

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LXII – n. 3-4 – Luglio-Dicembre 2023

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

AVVERTENZA

In questo fascicolo della Rivista (pp. 503-668) sono pubblicati gli Atti del Convegno tenutosi a Napoli il 27 ottobre 2023 sul tema: «La Procura europea e i controlli sull'impiego dei fondi PNRR».

ARTICOLI

- Elisa Teti - Consumatori sempre più tutelati, dagli esordi della normativa al digitale: le imprese hanno adeguate tutele? (Ever More Protected Consumers, from the Inception of Consumer Legislation to the Digital Era: but do Undertakings Have an Adequate Protection?)* Pag. 313

COMMENTI

- Enrica Adobati - In quali casi la Corte di giustizia può dichiarare l'irricevibilità delle questioni proposte dai giudici nazionali se la controversia presenta elementi che si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro* » 335
(When the Court of Justice Can Declare Inadmissible the Questions Proposed by a National Court if the Proceeding Presents Elements That Are All Located Within a Single Member State)
- Carlo Alberto Toffolon - Copyright and Geo-blocking Through the Lens of EU Competition Law* » 355
(Diritto d'autore e geo-blocking esaminati attraverso la lente del diritto della concorrenza dell'UE)

- Marco Casini* - Il venditore non ha responsabilità per la presenza di parassiti se le confezioni di pasta non presentano segni di alterazione
 (Parasites in Pasta Packages. The Store Manager is not Responsible if There Are no Signs of Alteration on the Packages) Pag. 415
- Gian Franco Simonini* - Il Regolamento (Ue) n. 2023/2854 sui dati (*Data Act*) e la concorrenza nel mercato dei servizi: riflessioni nel settore automobilistico » 427
 (Regulation (EU) n. 2023/2854 on Data (*Data Act*) and Competition in the Services Market: Impact on the Automotive Sector)
- Salvatore D'Acunto* - Il Mercato interno dei servizi 1993-2023: 30 anni di evoluzione giurisprudenziale e legislativa » 467
 (The Internal Market for Services 1993-2023: 30 Years of Jurisdictional and Legislative Evolution...)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

- Giovanni Ballarini* - La nebbia (“la Fumära”) della bassa parmense spiega come accudisce, da vera madre, il re dei salumi: il *Culatello di Zibello* » 483
 (The fog (“la Fumära”) of the Lower Parma Area Explains how it Looks After, Like a True Mother, the King of Cured Meats: Culatello di Zibello)

RECENSIONI

- Daron Acemoglu - Simon Johnson*, Power and Progress - Our Thousand-Year Struggle Over Technology and Prosperity (Fausto Capelli) » 487

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

- Quando la controversia che presenta aspetti puramente interni ad un solo Stato membro non consente alla Corte di giustizia di pronunciarsi**
 Sentenza della Corte di giustizia del 18 gennaio 2022 in causa n. C-261/20 » 331
Thelen Technopark Berlin GmbH c. MN
 (con commento di *Enrica Adobati*)

Sentenza *Valve* del Tribunale dell'UE e "geo-blocking" di videogiochi per PC: un punto a favore del mercato unico digitale?

Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 27 settembre 2023 in causa n. T-172/21

Valve Corporation c. European Commission

(con commento di *Carlo Alberto Toffolon*)

Pag. 343

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

Aggiornamento dei sistemi di calcolo per stabilire somme forfettarie e penalità nell'ambito dei ricorsi per inadempimento ex art. 260 TFUE

Sentenza della Corte di giustizia del 20 gennaio 2022 in causa n. C-51/20

Commissione europea c. Repubblica ellenica

» 389

La Corte di giustizia si pronuncia sulle questioni di giurisdizione nell'ambito di un'azione di contraffazione

Sentenza della Corte di giustizia del 27 aprile 2023 in causa n. C-104/22

Lännen MCE Oy c. Berky GmbH, Senwatec GmbH & Co KG

» 391

La limitazione del numero di autorizzazioni per i veicoli a noleggio con conducente nell'area metropolitana di Barcellona viola la libertà di stabilimento

Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2023 in causa C-50/21

Prestige and Limousine SL c. Área Metropolitana de Barcelona, Asociación Nacional del Taxi (Antaxi), Asociación Profesional Élite Taxi, Sindicat del Taxi de Catalunya (STAC), Tapoca VTCL SL, Agrupació Taxis Companys

» 393

Il diritto del consumatore di recedere da un abbonamento sottoscritto a distanza, inizialmente gratuito e rinnovato automaticamente, è garantito una sola volta, purché sia stato informato

Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2023 in causa n. C-565/22

Verein für Konsumenteninformation c. Sofatutor GmbH

» 396

La Corte di giustizia si pronuncia sulla lotta contro i contenuti illeciti su internet

Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2023 in causa n. C-376/22

Google Ireland Limited, Meta Platforms Ireland Limited, TikTok Technology Limited c. Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria), con l'intervento di: *Bundesministerin für Frauen, Familie, Integration und Medien im Bundeskanzleramt*

Pag. 397

Un viticoltore può indicare in etichetta la propria azienda anche se la pressatura avviene nei locali di un altro viticoltore purché l'affittuario assuma la direzione effettiva, il controllo stretto e permanente nonché la responsabilità di tale operazione

Sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2023 in causa n. C-354/22

Weingut A c. Land Rheinland - Pfalz

» 399

La Corte di giustizia si pronuncia sui segni religiosi sul luogo di lavoro statuendo che una pubblica amministrazione può vietare ai dipendenti di ostentare segni religiosi

Sentenza della Corte di giustizia del 28 novembre 2023 in causa n. C-148/22

OP c. Commune d'Ans

» 401

La Corte di giustizia interpreta il Regolamento (Ue) n. 2016/679 nell'ambito dell'irrogazione delle sanzioni *privacy*: nuovi criteri per stabilire la gravità delle infrazioni e le relative sanzioni?

Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2023 in causa n. C-683/21

Nacionalinis visuomenės sveikatos centras prie Sveikatos apsaugos ministerijos (Centro nazionale per la sanità pubblica presso il Ministero della Sanità, Lituania) c. Valstybinė duomenų apsaugos inspekcija (Ispettorato nazionale per la protezione dei dati, Lituania), con l'intervento di: *UAB «IT sprendimai sėkmei», Lietuvos Respublikos sveikatos apsaugos ministerija*

» 403

Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2023 in causa n. C-807/21

Deutsche Wohnen SE c. Staatsanwaltschaft Berlin

» 405

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

Presenza di parassiti in confezioni di pasta: esclusa la responsabilità del direttore del supermercato in assenza di segni di alterazione sulla confezione

Sentenza della Corte di cassazione del 26 aprile-19 giugno 2023, III sezione penale, n. 26278/23
(con commento di *Marco Casini*)

Pag. 409

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Una svolta epocale per il futuro dell'economia digitale in Europa: il *Data Act* introduce regole armonizzate che disciplinano l'accesso, l'utilizzo e la cessione dei dati industriali e consentono agli utenti dei prodotti connessi (IoT – AI) di accedere, utilizzare e condividere i dati generati da questi dispositivi

Regolamento (Ue) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (Ue) 2017/2394 e la direttiva (Ue) 2020/1828 (regolamento sui dati)
(con commento di *Gian Franco Simonini*)

» 419

DOCUMENTAZIONE

Il Mercato unico, pietra miliare dell'integrazione europea, a trent'anni dalla sua istituzione: risultati conseguiti e nuove sfide

30 anni di mercato unico - Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Com(2023)162 final del 16 marzo 2023
(con commento di *Salvatore D'Acunto*)

» 461

**Atti del Convegno tenutosi a Napoli il 27 ottobre 2023 sul
tema: «La Procura europea e i controlli sull’impiego dei
fondi PNRR»**

Presentazione di <i>Fabio Ferraro</i>	Pag. 507
<i>Enrico Traversa</i> - La Procura europea (“EPPO”): struttura, competenze e problemi istituzionali relativi alla legge ap- plicabile <i>(The European Public Prosecutor Office (EPPO): Structure, Powers and Institutional Problems Related to the Applicable Law)</i>	» 511
<i>Vania Maffeo</i> - Procura europea e Pubblico Ministero nazio- nale: relazioni investigative e di coordinamento <i>(European Prosecutor’s and National Prosecutor’s Office: Coordi- nating and Investigating Relationships)</i>	» 537
<i>Lorenzo Salazar</i> - I reati di competenza della Procura europea e prospettive di eventuale estensione <i>(Crimes Within the Powers of the European Public Prosecutor’s Office and Perspectives for their Possible Extension)</i>	» 555
<i>Benedetta Minucci</i> - Le competenze dell’EPPO verso possibi- li sviluppi? <i>(Eppo Skills Toward Potential Developments?)</i>	» 563
<i>Valeria Sico</i> - Valutazione dell’operatività della Procura eu- ropea alla luce delle prime prassi applicative e criticità <i>(Evaluation of the Activity of the European Public Prosecutor’s Office in the Light of the First Application Practices and Critical Issues)</i>	» 575
<i>Fausto Capelli</i> - Per impiegare correttamente i fondi PNRR: le indagini e i controlli che la Procura europea può eseguire sull’impiego dei fondi PNRR in Italia e nell’Unione euro- pea in base al Regolamento Ue n. 2021/241 <i>(To Use PNRR Funds Correctly: The Investigations and Controls that the European Prosecutor (EPPO) Can Carry Out on the Use of PNRR Funds in Italy and in the European Union Accord- ing to Regulation (EU) n. 2021/241)</i>	» 591

<i>Daniela Marrani - La tutela degli interessi finanziari dell'UE nella disciplina dei controlli sul PNRR: verso (nuove) forme di partecipazione della società civile?</i> <i>(The Protection of the EU Financial Interests in Italy's NRRP Controls: Towards (New) Forms of Civil Society Participation?)</i>	Pag. 617
<i>Adriano Giannola - L'impiego dei fondi del NGEU e il PNRR nel Meridione d'Italia</i> <i>(On the Implementation of the NGEU in the Italian Mezzogiorno, the Case of the Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR))</i>	» 631
<i>Ugo Liberatore - Il sistema di rendicontazione e controllo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)</i> <i>(The Reporting and Control System of the National Recovery and Resilience Plan)</i>	» 643
Hanno collaborato a questo numero	» 669
Indice 2023	» 671

ARTICOLI

CONSUMATORI SEMPRE PIÙ TUTELATI, DAGLI ESORDI DELLA NORMATIVA AL DIGITALE: LE IMPRESE HANNO ADEGUATE TUTELE?*

Sommario: 1. *Premessa* - 2. *Evoluzione della disciplina a tutela dei consumatori* - 3. *Il punto di vista delle imprese* - 4. *Conclusioni*.

1. Premessa

Il presente scritto ha l'intento di ripercorrere, anche in un'ottica processuale, l'evoluzione della tutela dei consumatori, dagli esordi della disciplina sino agli interventi legislativi da ultimo registrati con il *New deal for consumers*; nonché di illustrare il punto di vista delle imprese, sempre maggiormente coinvolte in procedimenti e contenziosi. A seguito del breve *excursus* normativo, ponendosi dal lato di osservazione dei professionisti che si interfacciano quotidianamente con i consumatori, si approderà ad alcune considerazioni aventi ad oggetto le principali criticità del costante ed ineluttabile allargamento delle maglie della disciplina consumeristica.

* Questo contributo, con minimi interventi redazionali, è apparso anche in E. A. RAFFAELLI (a cura di), *XV Antitrust between Eu Law and National Law - Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Bruxelles, Bruylant, 2023, p. 415 ss.

2. Evoluzione della disciplina a tutela dei consumatori

Il percorso evolutivo della disciplina a tutela dei consumatori si connota per l'intensa attività di produzione normativa susseguitasi nel corso degli anni e per la volontà del legislatore di fornire una tutela sempre più effettiva e ampia del consumatore tenuto conto anche del mutare del contesto economico di riferimento. A tal riguardo, è interessante notare come inizialmente i consumatori non erano visti come un "centro di interessi", bensì meramente come lo strumento per misurare la liceità dei singoli atti posti in essere dagli imprenditori¹. Solo successivamente verranno riconosciuti una serie di diritti che rappresentano oggi gli elementi costitutivi dello *status* di consumatore nell'ordinamento giuridico.

Occorre osservare che i *diritti fondamentali*² riconosciuti ai consumatori e intorno ai quali è strutturato e sviluppato l'intero impianto della disciplina consumeristica nell'Unione europea e in Italia sono i medesimi sin da quello che può essere considerato il documento che ha dato avvio a livello europeo alla politica a tutela dei consumatori. Il documento in parola è individuato nel «*Primo programma preliminare per la protezione del consumatore*» della Commissione europea del 1975, nel quale sono stati raggruppati gli interessi del consumatore in cinque categorie di diritti fondamentali – a) diritto alla protezione della salute e della sicurezza, b) diritto alla tutela degli interessi economici, c) diritto al risarcimento dei danni, d) diritto all'informazione e all'educazione, e) diritto alla rappresentanza (diritto di essere ascoltato)³ – individuando quali obiettivi della politica a tutela dei consumatori un'efficace protezione contro i rischi per la salute e la sicurezza, un'efficace protezione contro i rischi che possono nuocere ai suoi interessi economici con mezzi adeguati, consulenza, assistenza e risarcimento dei danni, l'informazione e l'educazione e la consultazione nonché la rappresentanza dei consumatori nella preparazione delle decisioni che li riguardano⁴.

Tuttora questi ultimi rappresentano i capisaldi del diritto dei consumatori riconosciuti oggi dal Codice del Consumo come fondamentali quali i

¹ Cfr. G. ALPA, *Il Codice del Consumo – il commento*, in *Contratti*, 2005, p. 11.

² Sul punto V. Cuffaro ritiene che sarebbe più corretto parlare di diritti essenziali del consumatore, in quanto non si tratta di diritti garantiti a livello costituzionale, ma di diritti che il legislatore italiano ha inteso ergere al rango di veri e propri diritti soggettivi, dotandoli di forme di tutela ugualmente forti rispetto a quelle approntate per i diritti costituzionalmente rilevanti, idonee a garantirne l'effettività: cfr. V. CUFFARO, *Codice del consumo commentato*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 15; si veda anche F. CARONNA, *La tutela del consumatore nell'ordinamento nazionale*, in A. CATRICALÀ, *Diritto antitrust*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 1267.

³ Cfr. *Primo programma preliminare per la protezione del consumatore*, risoluzione della Commissione europea del 14 aprile 1975, in *Guce* n. C 92 del 25 aprile 1975, p. 1, par. 3.

⁴ Cfr. *Primo programma preliminare per la protezione del consumatore*, *loc. cit.*, par. 14.

diritti alla tutela della salute, alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi, ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità, all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà, all'educazione al consumo, alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali, alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti, all'erogazione di servizi pubblici secondo *standard* di qualità e di efficienza.

Il 1975 è per tale ragione solitamente individuato come l'anno di esordio delle iniziative politico-legislative che nei successivi anni hanno condotto alla nascita e allo sviluppo del diritto dei consumatori. Invero, sulla base di detto *Programma preliminare* sono state successivamente emanate una serie di Direttive che costituiscono il nucleo fondamentale della disciplina: la Direttiva 84/450/Cee del Consiglio del 10 settembre 1984, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole; la Direttiva 85/374/Cee del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi; la Direttiva 85/577/Cee del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; la Direttiva 87/102/Cee del 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo.

Conseguentemente, a livello nazionale i primi interventi legislativi a tutela dei consumatori sono rappresentati dal dpr 24 maggio 1998, n. 224 con il quale è stata recepita la Direttiva n. 85/374/Ce e dal dlgs. 15 febbraio 1992 n. 50 che ha recepito la Direttiva 85/577/Ce e in cui compare il primo riferimento esplicito alla nozione di "consumatore".

Gli anni successivi – dal 1986 sino al 1999 circa – sono stati caratterizzati da una intensa produzione normativa avente ad oggetto gli obiettivi e gli ambiti di intervento più rilevanti già fissati dal *Programma preliminare*.

Ciò che occorre notare – che distingue questa fase del processo evolutivo dalla successiva – è che, in un'ottica di armonizzazione minimale, l'obiettivo comune delle Direttive sin ad allora emanate era quello di creare un livello minimo di protezione per tutti i consumatori residenti nei Paesi della CE, senza tuttavia impedire agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello di protezione più elevato rispetto a quello garantito dalle Direttive.

A livello nazionale, in questi anni si è giunti all'approvazione della Legge n. 281/1998 recante la «Disciplina dei diritti dei consumatori e de-

gli utenti» considerata come il *primo manifesto italiano dei diritti dei consumatori*⁵, che, introducendo l'azione inibitoria collettiva, ha riconosciuto in via generale i diritti individuali e collettivi dei consumatori inserendo l'elenco dei diritti qualificati come fondamentali.

Come anticipato, la successiva fase del processo è segnata dall'abbandono del modello dell'armonizzazione minima a favore di un modello incentrato sull'armonizzazione massima delle legislazioni nazionali in materia consumeristica.

Nell'ambito di tale filone legislativo si prenda in considerazione, a titolo esemplificativo, la Direttiva 2005/29/Ce dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, nella quale si dichiara espressamente che la Direttiva è *impostata sull'armonizzazione completa*. Tramite l'adozione di tale impostazione il legislatore europeo ha inteso rafforzare la certezza del diritto sia per i consumatori sia per le imprese, in modo tale che entrambi potessero contare su un unico quadro normativo fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite disciplinanti tutti gli aspetti inerenti le pratiche commerciali sleali nell'Unione europea. L'obiettivo ultimo è stato, dunque, quello di eliminare gli ostacoli derivanti dalla frammentazione delle norme sulle pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori e la realizzazione del mercato interno in questo settore⁶. In tale ottica il legislatore nell'ambito di tale Direttiva ha escluso la possibilità per gli Stati membri di modificare (*i.e.* ampliare o restringere) l'elenco delle pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli o aggressive (*c.d. black list*)⁷.

Tale intensa attività normativa del legislatore europeo, alla quale nel corso degli anni hanno sempre corrisposto interventi legislativi di recepimento a livello nazionale, ha imposto l'esigenza di una sistematizzazione della materia. In risposta a tale necessità nel 2005 è stato adottato il Codice del Consumo che ha provveduto ad una riorganizzazione dell'impianto normativo esistente, consacrando il diritto dei consumatori come branca autonoma del diritto a livello nazionale.

In linea generale, dunque, il processo evolutivo del diritto dei consumatori, seppur con qualche battuta d'arresto piuttosto lunga, può dirsi ca-

⁵ In particolare, G. ALPA, *Il Codice del Consumo – il commento*, *cit. supra*, nota 1, si riferisce a tale legge come il primo *bill of rights* dei consumatori in Italia. Sul punto, cfr. anche F. CARONNA, *La tutela del consumatore nell'ordinamento nazionale*, in A. CATRICALA, *Diritto antitrust*, *cit. supra*, nota 2, p. 1256.

⁶ Cfr. Direttiva 2005/29/Ce, *considerando* n. 12.

⁷ Cfr. Direttiva 2005/29/Ce, art. 5, par. 5.

ratterizzato da una costante risposta del legislatore alle esigenze del consumatore che sono mutate nel corso degli anni.

Ebbene, proprio, con l'intento di rispondere alle nuove esigenze e sfide poste dall'era digitale, il legislatore europeo ha da ultimo presentato il *New deal for consumers*, un pacchetto di misure a tutela degli interessi economici dei consumatori, e ha emanato la Direttiva (Ue) 2020/1828, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori che abroga la Direttiva 2009/22/Ce.

Il *New deal for consumers* ricomprende: (i) la Direttiva (Ue) 2019/770 del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali ("Direttiva sui contenuti digitali"); (ii) la Direttiva (Ue) 2019/771 del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni ("Direttiva sulla vendita dei beni"); (iii) la Direttiva (Ue) 2019/2161 del 27 novembre 2019 ("Direttiva Omnibus"), che, a sua volta, modifica la Direttiva 2005/29/Ce relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, la Direttiva 2011/83/UE sui Diritti dei Consumatori, la Direttiva 93/13/Cee concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori e la Direttiva 98/6/Ce, relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori.

Il dlgs. 4 novembre 2021, n. 173 ha dato attuazione in Italia alla Direttiva sui contenuti digitali introducendo nella Parte IV, Titolo III del Codice del Consumo il Capo I-bis, denominato "*Dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali*"; mentre il Decreto legislativo 4 novembre 2021 n. 170 ha dato attuazione alla Direttiva sulla vendita dei beni modificando il Capo I del Titolo III della Parte IV del Codice del Consumo dedicato alla disciplina di taluni aspetti dei contratti di vendita conclusi tra consumatore e venditore.

In linea generale occorre osservare che, nell'ottica di garantire certezza del diritto, l'intero pacchetto *New deal for consumers* ha l'obiettivo di armonizzare il più possibile le disposizioni a tutela dei consumatori al fine di instaurare un autentico mercato unico digitale.

In particolare, ad esempio, nell'ambito della *Direttiva sui contenuti digitali* viene evidenziata la necessità di un'armonizzazione completa di alcuni aspetti normativi chiave in modo tale da aumentare considerevolmente la certezza giuridica sia per i consumatori sia per le imprese. Invero, le criticità rilevate sotto tale punto di vista riguardano tanto le imprese quanto i consumatori. Da un lato le imprese, qualora offrano contenuti digitali o servizi digitali oltre frontiera, devono affrontare di frequente costi aggiuntivi imputabili alla diversità delle normative nazionali di diritto contrattuale dei consumatori e all'incertezza giuridica. Le imprese sostengono

inoltre i costi per adeguare i loro contratti alle specifiche norme imperative in materia di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali che sono già applicate in diversi Stati membri e che creano disparità nell'ambito di applicazione e nel contenuto tra le specifiche norme nazionali che disciplinano tali contratti. Per quanto riguarda i consumatori, invece, è stato osservato che quest'ultimi non sempre si sentono al sicuro quando fanno acquisti transfrontalieri online. Uno dei principali motivi della mancanza di fiducia dei consumatori è l'incertezza circa i diritti contrattuali essenziali e la mancanza di un chiaro quadro contrattuale per il contenuto digitale o i servizi digitali⁸.

Nella stessa ottica nella *Direttiva sulla vendita dei beni* si evidenzia come il progresso tecnologico abbia contribuito all'espansione del mercato dei beni che incorporano contenuti digitali o servizi digitali o sono interconnessi ad essi. La diffusione di tali dispositivi secondo il legislatore europeo impone un'azione a livello dell'Unione per garantire che sussista un livello elevato di protezione dei consumatori e per aumentare la certezza giuridica per quanto riguarda le norme applicabili ai contratti di vendita di tali prodotti. È così che, ad esempio, è stata evidenziata la necessità di prevedere un periodo durante il quale il consumatore ha diritto ai rimedi per qualsiasi difetto di conformità sussistente al momento rilevante per la determinazione della conformità (due anni è stato considerato un lasso di tempo ragionevole), nonché la necessità di armonizzare pienamente i rimedi a disposizione del consumatore per difetto di conformità dei beni e le condizioni a norma delle quali tali rimedi possono essere esercitati. In particolare, in caso di difetto di conformità i consumatori dovrebbero avere diritto al ripristino della conformità dei beni, a una riduzione adeguata del prezzo, o alla risoluzione del contratto⁹.

L'esigenza di certezza giuridica sembra avvertita dal legislatore europeo, laddove nell'ambito della *Direttiva Omnibus*, in materia di pratiche commerciali scorrette, viene espressamente rilevato che l'esperienza acquisita in materia di attuazione ha mostrato che, in assenza di disposizioni esplicite, i consumatori, i professionisti e le autorità nazionali competenti "possono non avere una visione chiara di quali pratiche commerciali possano essere contrarie alla direttiva 2005/29/CE"¹⁰. Vale la pena sottolineare in ultimo che, dal punto di vista dei consumatori, la disciplina nel corso del tempo ha assunto connotati sempre più tutelanti come si può

⁸ Cfr. *considerando* n. 4, n. 5 e n. 6, Direttiva 2019/770/Ue.

⁹ Cfr. *considerando* n. 41 e n. 47, Direttiva 2019/771/Ue.

¹⁰ *Considerando* n. 53, Direttiva 2019/2161/Ue.

agevolmente notare anche dalle principali modifiche e novità introdotte dal *New deal for consumers*.

La Direttiva Omnibus prevede un inasprimento del regime sanzionatorio nel senso che le norme esistenti in materia nelle Direttive 98/6/Ce, 2005/29/Ce e 2011/83/UE dovrebbero essere migliorate e, al tempo stesso, si dovrebbero introdurre nuove norme in materia di sanzioni nella Direttiva 93/13/CEE del Consiglio. La medesima Direttiva inoltre ha inserito il nuovo art. 11-*bis* nell'ambito della Direttiva 2005/29/Ce il quale prevede il dovere per gli Stati membri di consentire ai consumatori lesi da pratiche commerciali sleali di avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Sul punto si noti che la Direttiva nella sua formulazione originaria non obbligava i legislatori nazionali a modificare le norme interne sulla disciplina generale del contratto qualificando come nullo o annullabile il contratto concluso a valle di una pratica commerciale scorretta¹¹.

Si osserva infine come l'ambito di applicazione della Direttiva 2011/83/UE sia stato esteso anche al caso in cui il professionista fornisce o si impegna a fornire un contenuto digitale mediante un supporto non materiale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire *dati personali* al professionista, tranne i casi in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati dal professionista esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto digitale su supporto non materiale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui il professionista è soggetto, e questi non tratti tali dati per nessun altro scopo¹².

Tale previsione costituisce la traduzione dell'orientamento giurisprudenziale che assegna un vero e proprio valore economico ai dati personali, i quali non sono più soltanto informazioni che identificano una persona fisica, ma rappresentano un bene suscettibile di essere scambiato con altri beni e servizi (c.d. patrimonializzazione dei dati personali)¹³.

¹¹ Cfr. art. 3, par. 2, Direttiva 2005/29/Ce: «La presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità o efficacia di un contratto».

¹² Cfr. art. 4, punto 2., lett. b., Direttiva 2019/2161/UE.

¹³ Cfr. caso PS11112 – *Facebook – Condivisione dati con terzi* in cui l'Autorità ha sanzionato l'esercizio da parte delle società FB Inc. e FB Ireland Limited di un indebito condizionamento del consumatore-utente attraverso la richiesta dell'inserimento dei suoi dati sulla piattaforma, destinandoli poi alla profilazione commerciale con finalità di *marketing*, quale passaggio vincolante per poter accedere alla iscrizione, che veniva proclamata “gratuita”; cfr. anche sentenza del Consiglio di Stato n. 2631 del 2021.

3. Il punto di vista delle imprese

Ci si chiede se a fronte di un consumatore che gode di una tutela sempre più accentuata, il professionista possa beneficiare di un livello di protezione adeguato in termini di prevedibilità di una possibile violazione, soprattutto nell'ambito di illeciti, quali quelli derivanti dalla violazione delle norme di cui al Codice del Consumo in termini di pratiche commerciali scorrette, i cui confini non paiono essere sempre netti.

Tra i principi alla base del nostro ordinamento giuridico vi è quello della certezza giuridica, ossia il diritto del singolo di conoscere e prevedere con ragionevole esattezza le possibili conseguenze pregiudizievoli delle proprie azioni e omissioni.

È appena il caso di notare che tale diritto è tanto più rispettato quanto più la condotta qualificata come illecita sia descritta in maniera chiara, dettagliata e puntuale dal legislatore.

Con specifico riferimento al diritto dei consumatori ed, in particolare, alla disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette occorre rilevare che se, da un lato, detta disciplina prevede una serie di condotte tipizzate (c.d. liste nere) tratteggiate in maniera chiara e puntuale senza lasciare ampi margini all'interprete, dall'altro, la medesima disciplina si caratterizza al contempo per la previsione di condotte descritte impiegando concetti ampi e generici, come nel caso delle «pratiche commerciali ingannevoli» e delle «pratiche commerciali aggressive» di cui agli artt. 21, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo.

In tema occorre preliminarmente evidenziare che nel caso delle pratiche commerciali scorrette, il processo di sussunzione di una determinata condotta nell'ambito delle disposizioni del Codice del Consumo che vietano tale tipologia di illecito richiede, anzitutto, di stabilire se il comportamento del professionista possa integrare una delle condotte descritte nelle liste nere di cui agli artt. 23 e 26 del Codice del Consumo. In tali ipotesi il legislatore ha espressamente previsto che le condotte ivi annoverate sono in ogni caso ingannevoli o aggressive a prescindere dalle circostanze nelle quali si siano tenute e senza bisogno di ulteriori accertamenti in ordine alla diligenza professionale o alla capacità di alterare il processo formativo della volontà del consumatore medio¹⁴.

Le liste nere sono elenchi tassativi e non meramente esemplificativi; ciò significa anche, in altri termini, che si potrà ricorrere alla nozione di pratica ingannevole di cui agli artt. 21 e 22 oppure aggressiva di cui agli

¹⁴ G. FLORIDIA, *La tipizzazione normativa tratta dalla tutela pubblicistica del consumatore*, in *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 367.

artt. 24 e 25 del Codice del Consumo esclusivamente dopo aver accertato che la condotta non sia ricompresa nelle c.d. *black list*.

A tal riguardo vale la pena sottolineare, da un lato, che nel dettare tale elencazione tassativa il legislatore europeo ha escluso la possibilità per i legislatori nazionali di modificare detto elenco; dall'altro che la *ratio* stessa dell'elenco tassativo, nonché di tale descritta preclusione risiede espressamente nella volontà del legislatore europeo di "garantire una maggiore certezza del diritto"¹⁵.

Nello stilare le *black list* il legislatore, dunque, ha privilegiato la tutela della certezza del diritto, prescindendo da una valutazione caso per caso¹⁶.

Secondo taluni autori le liste nere rappresentano un efficace strumento di tutela per il consumatore, il quale è posto nella condizione di poter facilmente individuare le fattispecie concrete vietate dalla disciplina consumeristica¹⁷. Sembra comunque potersi affermare che tali liste possano fungere anche da strumento utile per il professionista, in quanto consentono di individuare preventivamente i comportamenti da evitare per non incorrere in una violazione.

Qualora, al contrario, non si possa ricondurre il comportamento del professionista nell'ambito di una delle condotte annoverate dal legislatore sarà necessario fare riferimento a quei concetti aperti che delineano gli estremi della pratica commerciale ingannevole o aggressiva ai sensi degli artt. 21, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo.

Sul punto si ricorda che il Codice del Consumo definisce le pratiche commerciali ingannevoli come «(i) azioni con le quali si rappresentano informazioni non rispondenti al vero o che comunque inducono o sono idonee ad indurre in errore il consumatore medio su una decisione commerciale. Tali informazioni possono riguardare, a titolo meramente esemplificativo, le caratteristiche del prodotto o del rapporto contrattuale, il prezzo di acquisto, le caratteristiche o l'identità della controparte contrattuale». Le pratiche commerciali ingannevoli possono estrinsecarsi anche come (ii) omissioni di informazioni rilevanti di cui il consumatore medio avrebbe bisogno per prendere una decisione consapevole ed informata. Sono, invece, considerate pratiche commerciali aggressive le condotte che attraverso molestie, coercizione, ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento limitano o sono idonee a limitare considerevolmente la libertà di scelta o

¹⁵ Cfr. *considerando* n. 17 e art. 5, par. 5 della Direttiva 2005/29/Ce.

¹⁶ V. CUFFARO, *Codice del consumo commentato*, cit. *supra*, nota 2, p. 251.

¹⁷ M. DONA, *L'elenco delle pratiche considerate in ogni caso sleali nell'allegato I della direttiva 2005/29/CE*, in E. MINERVINI - L. ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 192 ss.

di comportamento del consumatore medio oppure inducono o sono idonee ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

È proprio in queste ipotesi che può risultare difficile per le imprese prevedere in anticipo le condotte che il legislatore ha inteso sanzionare. Invero, è nelle definizioni di pratica ingannevole e aggressiva che la certezza giuridica potrebbe risultare attenuata. Se risulta più agevole inquadrare il comportamento del professionista nell'ambito delle condotte incluse nelle *black list*, altrettanto non pare potersi dire nel caso in cui il comportamento debba essere qualificato come «pratica ingannevole» o «aggressiva» sulla base degli artt. 21, 22, 24 e 25 del Codice del Consumo.

In tali circostanze, soltanto il riferimento alla prassi applicativa dell'Autorità consentirebbe di distinguere i comportamenti leciti da quelli illeciti, dovendosi, quindi, recuperare la tipicità dell'illecito direttamente dalle decisioni dell'Autorità.

Si aggiunga, in ultimo, che l'estrema elasticità della definizione che caratterizza le condotte in materia di pratiche commerciali scorrette è ancor più accentuata se si considera che l'art. 20, comma 2, del Codice del Consumo, disciplinante le “pratiche commerciali scorrette” – come recentemente affermato dal Consiglio di Stato nell'ambito della sentenza n. 2414 del 14 aprile 2020 – non è una mera clausola ricognitiva, bensì una fattispecie autonoma di illecito¹⁸. In particolare, il giudice amministrativo nella recente pronuncia sopra menzionata ha avuto modo di chiarire che attraverso una lettura sistematica del Titolo III della Parte seconda del Codice del Consumo è possibile chiaramente dedurre che le “pratiche commerciali scorrette” costituiscono un *genus* unitario di illecito, i cui elementi costitutivi sono definiti dall'art. 20, comma 2, del Codice del Consumo. All'interno della fattispecie generale, il legislatore ha “ritagliato” per finalità di semplificazione probatoria due sottotipi che si pongono in rapporto di specialità per specificazione rispetto alla prima (pratiche commerciali aggressive e ingannevoli). Alla luce di detta interpretazione è stato ritenuto in conclusione che l'art. 20, comma 2, del Codice del Consumo – laddove prevede che: «una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla

¹⁸ In particolare, il giudice amministrativo, nell'ambito della citata sentenza n. 2414 del 14 aprile 2020 afferma che, ove una condotta potenzialmente illecita non sia sussumibile nelle c.d. *black list* di cui agli artt. 23 e 26 del Codice del Consumo, né tantomeno sia riconducibile alle fattispecie della pratica commerciale ingannevole o aggressiva di cui agli articoli, rispettivamente, 21 e 22, e 24 e 25 del Codice del Consumo, occorre, in via residuale, ricorrere alla norma di chiusura sussidiaria di cui all'art. 20, comma 2 giacché, «la mancata caratterizzazione dell'illecito in termini di ingannevolezza e aggressività, impone di accertare in concreto il grado della “specifica competenza e attenzione” che “ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti”, tenuto conto delle peculiarità del caso di specie» (cfr. punto 4.2 della sentenza).

diligenza professionale ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori» – non è una mera clausola ricognitiva delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive, bensì integra una fattispecie di illecito dotata di autonomia portata disciplinare alla quale è possibile fare riferimento in via residuale¹⁹.

È da considerare, poi, che non mancano casi in cui l'AGCM ha affrontato le esigenze di tutela dei consumatori attraverso un'applicazione che possiamo definire proattiva ed innovativa della normativa sulle pratiche commerciali scorrette, anticipando talvolta anche le modifiche legislative. Tale circostanza è stata rilevata dal Direttore generale dell'Autorità nel corso dell'Audizione innanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sulla tutela dei consumatori del 24 maggio 2022. Infatti, il Dott. Calabrò, illustrando il punto di vista dell'Autorità in tema di *public enforcement* e mercati digitali, ha evidenziato il ruolo propulsivo svolto dall'AGCM, anche nel contesto dell'*e-commerce*, *anticipando di fatto, in sede di applicazione della normativa, scelte tipizzate solo successivamente dal legislatore europeo*. Il riferimento è, in particolare, ai casi WhatsApp e Facebook relativi alla gestione dei dati personali e della *privacy*, ove l'AGCM ha censurato le condotte delle società consistite nell'aver indotto gli utenti ad accettare integralmente le modifiche in termini di utilizzo dell'App seppure, nel caso di specie, non fosse prevista una controprestazione in denaro²⁰. Invero, il principio della monetizzazione dei dati personali è oggi consolidato e addirittura codificato nella *Direttiva Modernizzazione* (Direttiva 2019/2161/Ue), e rappresenta il principio su cui si fonda il rapporto tra *Big tech* e utenti. Sul punto si noti che, sebbene non possa negarsi un indubbio merito della Autorità Garante italiana con riguardo ai casi ora citati, occorre altresì ri-

¹⁹ Secondo un precedente orientamento dottrinale la clausola generale di cui art. 20, comma 2, Codice del Consumo dovrebbe essere impiegata ai fini di un'interpretazione teleologica e sistematica della disciplina delle pratiche commerciali scorrette. In tal senso la clausola generale dovrebbe fornire i criteri guida cui attingere nella ricostruzione in concreto delle fattispecie elencate nelle *black list*. In buona sostanza le liste nere avrebbero un valore soltanto presuntivo e sarebbe in ogni caso necessario costruire il divieto di pratiche commerciali scorrette come norma unitaria suscettibile di essere invocata in ogni caso per valutare l'incidenza concreta della pratica sul processo decisionale del consumatore; cfr. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in A. GENOVESE, *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Cedam, 2008, pp. 77 e ss.; cfr. altresì V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in A. GENOVESE, *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, loc. cit., p. 100.

²⁰ PS10601 – Whatsapp-Trasferimento dati a Facebook, Provvedimento n. 26597 dell'11 maggio 2017; PS11112 – Facebook-Condivisione dati con terzi, Provvedimento n. 27432 del 29 novembre 2018.

levare che detti interventi innovativi sono per loro natura in grado di minare la prevedibilità di determinate condotte a discapito degli operatori professionali coinvolti.

Ancora, con riguardo alla questione della tipicità dell'illecito, occorre in ultimo rilevare che talvolta sono le sentenze del giudice amministrativo, mediante le quali quest'ultimo si pronuncia sull'impugnazione dei provvedimenti dell'Autorità, a consentire di delineare un contorno più preciso della nozione di pratica commerciale scorretta vietata.

Solo per fare un esempio, si pensi al *quid pluris* che viene richiesto ai fini della qualificazione delle pratiche commerciali aggressive. In particolare, il giudice amministrativo ha ritenuto che la pratica per essere "aggressiva" necessita di un *quid pluris* che provochi *una sorta di manipolazione concreta o anestetizzi abilmente la volontà dell'utente*. In tal senso il confine tra pratica ingannevole e aggressiva dovrebbe essere individuato in una condotta che non si limiti ad incidere meramente sul diritto del consumatore a conoscere le informazioni necessarie ad effettuare una libera e consapevole scelta, ma che si concretizzi in una condotta che sia capace di coartare la libertà di scelta dell'utente²¹.

Un altro esempio è costituito dalle pronunce in cui il giudice amministrativo ha evidenziato come in alcuni provvedimenti dell'AGCM il confine tra pratica ingannevole ed aggressiva fosse troppo labile oppure ancora a quelle sentenze in cui il medesimo giudice ha ritenuto che una condotta caratterizzata da asimmetria informativa non può di per sé essere qualificata come aggressiva in modo tale da costituire uno sfruttamento indebito di una *non meglio identificata posizione di forza in capo al professionista*²². Sul punto, è stato altresì aggiunto che ritenere il contrario comporterebbe il rischio di una unificazione impropria delle pratiche commerciali ingannevoli e aggressive giacché, così operando, qualsiasi fattispecie addebitabile a un professionista e contraddistinta da omissioni o da incompletezze informative dovrebbe allora essere considerata "aggressiva"²³.

²¹ Cfr. Consiglio di Stato n. 2631 del 2021.

²² Così il Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 16 marzo 2018 n. 1679. La sentenza in oggetto si è pronunciata sull'appello proposto nei confronti della sentenza del TAR del Lazio n. 732/2011 che ha accolto in parte i ricorsi proposti dalla società La Rinascente e da Banca Findomestic avverso il provvedimento n. 19928 del 4 giugno 2009 (PS1720 - Rinascentecard - pagamenti rateizzati) con il quale l'Autorità aveva applicato sanzioni amministrative pecuniarie, rispettivamente, di € 150.000,00 a carico della Rinascente, e di € 180.000,00 nei confronti di Findomestic, avendo considerato ingannevole e aggressiva una pratica commerciale relativa alla commercializzazione di una carta di credito "co-branded" denominata «Rinascentecard».

²³ *Ibid.*

Da un punto di vista di certezza giuridica o della prevedibile qualificazione di una condotta come illecita o meno, quanto appena visto complica una valutazione *a priori*, in quanto concetti aperti quali quelli di cui alla normativa in esame rischiano di ampliare notevolmente i contorni della fattispecie illecita, contribuendo ad accentuare il suo carattere estremamente elastico.

In tale ottica, alcuni autori in dottrina²⁴ hanno già prospettato la necessità che i provvedimenti dell'Autorità siano costruiti in modo tale da delineare in maniera quanto più circostanziata possibile le caratteristiche della condotta che l'Autorità medesima intende sanzionare o che sono effettivamente oggetto di sanzione. Tale impostazione sembra essere la preferibile in un'ottica di certezza giuridica: infatti, un provvedimento di avvio chiaro e dettagliato agevola, ad esempio, una produttiva discussione in merito alla possibile conclusione del procedimento con impegni; al contempo, un analitico provvedimento di chiusura, da un lato non lascia margini interpretativi all'impresa in relazione alla sua ottemperanza, dall'altro non porrebbe neppure il giudice amministrativo in sede di impugnazione nella posizione di dover indagare circa la questione dell'illegittimità del provvedimento per violazione del principio di legalità. In ultimo, ovviamente, un provvedimento che definisca in maniera chiara e puntuale le condotte illecite consente in ogni caso di avere contezza precisa circa i principi che gli operatori del mercato dovranno seguire.

Indubbiamente, non è possibile avere una tipizzazione totale, ma – a fronte di concetti così ampi – è altresì indubbio che la prassi applicativa possa fornire strumenti importanti in termini di chiarezza e prevedibilità dei rischi a carico dei professionisti destinatari delle sanzioni dell'Autorità.

Il quadro ora delineato ci porta inoltre a considerare un ulteriore aspetto critico per le imprese – in parte connesso a quello appena affrontato – direttamente proporzionale all'estremamente accentuata tutela prevista nei confronti dei consumatori e rappresentato dalla possibile contestazione di una medesima condotta sotto il profilo della violazione di diverse discipline²⁵.

²⁴ In questo senso, è di particolare interesse lo spunto offerto da Fabio Cintioli in occasione dell'intervento tenuto al Convegno AAI di ottobre 2021, il quale ha suggerito la predisposizione, da parte dell'AGCM, di contestazioni analoghe al capo di imputazione previsto dal diritto penale che consentano alle parti del procedimento di individuare in maniera puntuale ed immediata i contorni soggettivi, temporali e materiali della condotta "incriminata".

²⁵ Sul punto, si segnala la recente pronuncia del Consiglio di Stato del 27 giugno 2022 n. 5254, con cui il giudice amministrativo ha respinto l'appello proposto dall'AGCM avverso la sentenza del TAR Lazio relativa a una pratica commerciale scorretta in precedenza già accertata dall'AGCOM a carico di Telecom Italia S.p.A., confermando le valutazioni effettuate dal giudice di merito circa la violazione del principio del *ne bis in idem*. In particolare, il Consiglio di Stato ha concordato con il giudice di prime cure nel senso di ritenere che vi fosse perfetta coincidenza, sia tra le condotte (in estrema sintesi sostanziatesi nella fornitura non richie-

In altri termini non è escluso che le imprese siano coinvolte in procedimenti complementari aventi ad oggetto il medesimo fatto con il rischio ultimo di essere sanzionate doppiamente. Tuttavia, come noto, ciò è lecito nella misura in cui (a) le due sanzioni perseguano scopi differenti e complementari; (b) il sistema normativo garantisca una coordinazione tra i due procedimenti sì da evitare eccessivi oneri per l'interessato e assicuri comunque che il complessivo risultato sanzionatorio non risulti sproporzionato rispetto alla gravità della violazione²⁶. Sul tema della violazione del principio *ne bis in idem* in materia di pratiche commerciali scorrette, è stato affermato che «l'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU implica soltanto la tendenziale messa al bando del c.d. “doppio binario” sanzionatorio, vale a dire della previsione, per il medesimo fatto, di sanzioni di natura distinta (sul piano della qualificazione interna) applicabili alla stessa persona tramite procedimenti di diverso tipo, essendo la violazione della norma convenzionale innescata non dalla mera pendenza contemporanea di due procedimenti, ma dal fatto che uno di essi venga instaurato o prosegua dopo che l'altro si sia chiuso con una decisione definitiva, non importa se di assoluzione o di condanna»²⁷.

Inoltre, occorre altresì considerare che, tenuto conto dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, il tema del rapporto fra normativa sulle pratiche commerciali scorrette e normative settoriali a tutela dei consumatori dovrebbe essere regolato secondo il principio di “incompatibilità”, in base al quale, in presenza di una pratica commerciale scorretta, la competenza è sempre dell'AGCM, mentre quella delle autorità di settore è residuale e ricorre solamente quando la disciplina di settore regoli aspetti specifici delle pratiche commerciali che rendono le due discipline incompatibili²⁸.

Invero, a tal proposito è stato precisato che la disciplina di settore e quella consumeristica si pongono in un *rapporto di complementarità e non di specialità*. In altri termini, come detto, la disciplina consumeristica non trova applicazione unicamente quando disposizioni estranee a quest'ultima, disciplinanti aspetti specifici delle pratiche commerciali sleali, impongono ai professionisti, senza alcun margine di manovra, obblighi in-

sta ai clienti di prodotti c.d. pregiati) contestate a Telecom dall'AGCOM prima, e dall'AGCM poi (PS4058 Telecom-Fornitura non richiesta prodotti pregiati), sia tra le finalità perseguite dai provvedimenti delle due Autorità, di talché, trattandosi di sanzionare i medesimi fatti già valutati e sanzionati da diversa Autorità, l'intervento da parte della AGCM, successivo rispetto a quello del Garante per le comunicazioni, andava inevitabilmente a scontrarsi con il divieto di *bis in idem*.

²⁶ Cfr. Corte costituzionale, 24 ottobre 2019, n. 222 e 12 giugno 2020, n. 114.

²⁷ Cfr. sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 novembre 2018, n. 6795.

²⁸ Così Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 25 ottobre 2019, n. 7296 e Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza del 1° ottobre 2021, n. 6596.

compatibili con quelli stabiliti dalla Direttiva 2005/29/Ce, dando vita a una divergenza insanabile che non ammette la coesistenza di entrambi i plessi normativi²⁹. Pertanto, la prevalenza della disciplina di settore è ravvisabile solo se sia individuabile un “contrasto” insanabile con quella di cui alla normativa generale prevista dal Codice del Consumo. In particolare, è stato osservato che la nozione di “contrasto” denota un rapporto che va oltre la mera difformità o la semplice differenza, mostrando una divergenza che non può essere superata mediante una formula inclusiva che permetta la coesistenza di entrambe le realtà senza che sia necessario snaturarle³⁰.

In tema, poi, nell’aprile 2022, la Corte di giustizia, nel caso C-319/20, *Meta Platforms Ireland* già *Facebook Ireland*, ha stabilito che la violazione di una norma relativa alla protezione dei dati personali può simultaneamente comportare la violazione di norme relative alla tutela dei consumatori o alle pratiche commerciali sleali. Analogamente, a livello nazionale, il giudice amministrativo, esprimendosi sulla questione relativa alla non commerciabilità dei dati personali e quindi alla non riconducibilità del loro trattamento nell’ambito del diritto consumeristico, ha affermato che è lo stesso legislatore europeo ad ammettere, in materia di protezione dei dati personali, la compresenza di diversi livelli di protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche, in particolare del diritto alla protezione dei dati personali. Sulla base di tale considerazione, il giudice amministrativo è giunto ad affermare che è essenziale garantire al consumatore “tutele multilivello” che possano amplificare il livello di garanzia dei diritti delle persone fisiche, anche quando un diritto personalissimo sia “sfruttato” a fini commerciali, indipendentemente dalla volontà dell’interessato-utente-consumatore³¹.

4. Conclusioni

A fronte di una, sia pur imprescindibile, tutela del consumatore sempre più estensiva dagli esordi della disciplina sino ad oggi, si rende necessario un ripensamento della disciplina anche in un’ottica che non sia com-

²⁹ Cfr. cause riunite C-54/17 e C-55/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Wind Tre SpA e Vodafone Italia SpA*, sentenza del 13 settembre 2018; cause riunite C-406/17, C-408/17 e C417/2017, *Acea Energia SpA e altri c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e a.*, ordinanza del 14 maggio 2019.

³⁰ Cfr. sentenza del Consiglio di Stato n. 9761 del 2020.

³¹ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 29 marzo 2021; ancora più di recente la contestabilità dal punto di vista delle due normative è stata affermata in TAR Lazio sentenza n. 603/2023.

pletamente afflittiva per le imprese che operano sul mercato e che quotidianamente si interfacciano con i consumatori.

Chiaramente, la parte più debole di un rapporto commerciale, come lo è indubbiamente il consumatore, va maggiormente tutelata. Tuttavia, considerato che – come visto dal breve *excursus* effettuato – non mancano certo casi di applicazione della normativa in tema di pratiche commerciali scorrette in cui la tipicità dell'illecito deve essere ricercata nella prassi applicativa dell'Autorità o nella giurisprudenza delle corti amministrative non è sempre semplice per le imprese orientarsi, soprattutto in ottica preventiva, al fine di evitare di essere destinatarie di provvedimenti di condanna nell'ambito di procedimenti per pratiche commerciali scorrette.

Le riflessioni ora riportate, che rappresentano il punto di vista delle imprese in merito all'ampia tutela di cui gode il consumatore, non sono di poco momento soprattutto tenuto in considerazione che gli illeciti in parola sono di natura amministrativa e possono avere importanti conseguenze di natura afflittiva³², considerato che, nonostante vi sia una assolutamente apprezzabile apertura dell'attuale Autorità agli strumenti della *moral suasion* e degli impegni, la chiusura di un procedimento con condanna accompagna l'inibitoria con importanti sanzioni che possono arrivare sino a cinque milioni di euro, tenuto conto della gravità e della durata della violazione. Il tutto con importanti ricadute in termini di immagine per l'impresa sanzionata, oltre che con la possibilità per le imprese di essere destinatarie di successive azioni di risarcimento danni da parte dei consumatori o associazioni di consumatori; quest'ultime sempre maggiormente attive anche da questo punto di vista. Sulle azioni di risarcimento dei danni, sarà necessario monitorare come nel prossimo futuro verrà implementata la direttiva sui ricorsi collettivi e l'applicazione della prassi in concreto che potrà avere la nuova *class action*. A tal riguardo si evidenzia che è già possibile rilevare che per le imprese potrebbe concretizzarsi il rischio di essere destinatarie di azioni potenzialmente molto onerose che andrebbero ad aggiungersi all'impianto sanzionatorio proprio dei procedimenti amministrativi innanzi l'Autorità.

Certamente un ripensamento di una disciplina di derivazione europea non è compito semplice ed immaginare una rivisitazione tale che possa portare ad una tipizzazione completa è utopia. Nondimeno, è indubbia-

³² Sulla particolare afflittività delle sanzioni irrogate a seguito della commissione di illeciti amministrativi, che induce a riconoscere agli stessi carattere essenzialmente penale, si veda Corte EDU, *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014. Si confronti altresì Cass., Sez. V, sent. 16 luglio 2018, n. 45829, all'interno della quale si osserva che *la nozione di «illecito amministrativo di natura sostanzialmente penale» è ormai considerata diritto vivente ed è recepita dalla Giurisprudenza delle Corti Europee e da quella di questa Corte di legittimità.*

mente possibile intervenire già a livello nazionale con la stesura di provvedimenti di avvio di istruttoria e di condanna che siano quanto più dettagliati possibile (come avviene in ambito antitrust, ad esempio); il che agevolerebbe le imprese destinatarie di tali provvedimenti a meglio circostanziare le condotte che l'Autorità medesima intende sanzionare o che sono effettivamente oggetto di sanzione o, nella fase intermedia, ad enucleare impegni che siano produttivi ed efficaci per una chiusura del procedimento senza sanzione. Sempre a livello nazionale, per i casi destinati a chiudersi con condanna (e pensando anche in questo caso ad un parallelo con quanto accade nel mondo antitrust), si rivelerebbe sicuramente di utilità pratica l'emanazione da parte della nostra Autorità di linee guida per il calcolo della sanzione. Ciò considerato che non sono rari i casi in cui, a fronte di condotte limitate (per estensione geografica, di destinatari o di durata), il fatturato aziendale assurge ad elemento prioritario nella quantificazione della sanzione, con inevitabile spostamento dell'asticella verso i massimi sanzionatori. Un livello di dettaglio come quello qui auspicato aiuterebbe poi anche le corti amministrative a dipanare eventuali dubbi interpretativi che spesso sorgono in sede di impugnazione dei provvedimenti dell'AGCM. Inutile dire che un tale operare agevolerebbe non poco, in un'ottica preventiva, le imprese che operano in costante contatto con i consumatori e che potrebbero in tal modo beneficiare di provvedimenti chiari e puntuali al fine di avere una miglior contezza circa i principi da seguire e le possibili conseguenze derivanti dai provvedimenti emessi dall'Autorità, anche in termini sanzionatori.

Elisa Teti**

SINTESI

A partire dal 1975, data alla quale si fa coincidere l'avvio delle iniziative politico-legislative a tutela dei consumatori, sino ad arrivare ai più recenti interventi normativi, si è assistito ad un'evoluzione verso una disciplina sempre più tutelante e attenta alle mutevoli esigenze del consumatore nel corso degli anni. Ponendosi, tuttavia, dal punto di vista delle imprese, ci si chiede se i professionisti, con particolare riguardo alla disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, siano messi nelle condizioni di prevedere quali siano le condotte lecite e quali, al contrario, quelle suscettibili di violazione della normativa. Il presente contributo, con una descrizione delle più recenti modifiche legislative, mette in luce come, talvolta, la volontà di fornire un'ampia tutela ai consumatori comporti come contropartita una carenza di certezza del diritto per i professionisti operanti sul mercato.

** Avvocato / Foro di Milano; Partner / Studio legale Rucellai & Raffaelli

ABSTRACT

Since 1975, the date of the beginning of the political-legislative initiatives to protect consumers, up to the most recent legislative measures, there has been an evolution towards a discipline that is increasingly protective and aware of the changing consumer interests over the years. However, from the point of view of companies, the question arises as to whether operators, with regard to the discipline of unfair commercial practices, are in a position to foresee what conduct is lawful and what, on the contrary, is unlawful. This paper, with description of the recent modification in the law, highlights how, in some cases, the aim of providing extensive protection to consumers sometimes results in a lack of legal certainty for professionals operating in the market.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

QUANDO LA CONTROVERSIA CHE PRESENTA ASPETTI PURAMENTE INTERNI AD UN SOLO STATO MEMBRO NON CONSENTE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DI PRONUNCIARSI

Corte di giustizia

Sentenza del 18 gennaio 2022 in causa n. C-261/20*

Thelen Technopark Berlin GmbH c. MN

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Libera prestazione di servizi - Art. 49 TFUE - Art. 15 della direttiva n. 2006/123/Ce - Onorari di architetti e ingegneri - Tariffe obbligatorie minime - Efficacia diretta - Sentenza dichiarativa dell'inadempimento pronunciata in pendenza di un procedimento dinanzi a un giudice nazionale - Normativa nazionale incompatibile con il diritto comunitario - Inadempimento da parte dello Stato membro - Responsabilità extracontrattuale di uno Stato membro per violazione del diritto dell'Unione.

Con la sua seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 49 TFUE debba essere interpretato nel senso che esso osta a una

* EU:C:2022:33. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 335 ss., il commento di *ENRICA ADOBATI*.

normativa nazionale che fissa tariffe minime per le prestazioni di architetti e ingegneri e che stabilisce la nullità dei contratti che derogano a tale normativa.

Il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi su una controversia intercorrente esclusivamente tra privati, non è tenuto, sulla sola base di detto diritto, a disapplicare una normativa nazionale che fissa, in violazione dell'art. 15, par. 1, par. 2, lett. g., e par. 3, della direttiva n. 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, tariffe minime per le prestazioni di architetti e ingegneri e che stabilisce la nullità dei contratti che derogano a tale normativa, fermi restando, tuttavia, da un lato, la possibilità, per tale giudice, di disapplicare detta normativa in base al diritto interno nell'ambito di una siffatta controversia e, dall'altro, il diritto della parte lesa dalla non conformità del diritto nazionale al diritto dell'Unione di chiedere il risarcimento del danno da essa subito.

(Omissis) In diritto

50. In proposito si deve ricordare che le disposizioni del Trattato FUE in materia di libertà di stabilimento, di libera prestazione di servizi e di libera circolazione dei capitali non sono applicabili, in linea di principio, a una fattispecie i cui elementi si collochino tutti all'interno di un solo Stato membro (sentenza del 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, n. C-268/15, EU:C:2016:874, punto 47 e giurisprudenza ivi citata).

51. Orbene, come risulta dalla decisione di rinvio, il procedimento principale è caratterizzato da elementi che si collocano tutti all'interno della Repubblica federale di Germania. Infatti, nessun elemento nel fascicolo a disposizione della Corte indica che una delle parti del procedimento principale sia stabilita al di fuori del territorio della Repubblica federale di Germania o che le prestazioni oggetto del procedimento principale siano state eseguite al di fuori di tale territorio.

52. A tal riguardo si deve rilevare che la Corte, adita da un giudice nazionale nel contesto di una situazione i cui elementi si collochino tutti all'interno di un solo Stato membro, non può, senza alcuna indicazione in tal senso da parte di detto giudice, considerare che la domanda di interpretazione pregiudiziale concernente le disposizioni del Trattato FUE relative alle libertà fondamentali sia necessaria ai fini della soluzione della controversia pendente dinanzi a tale giudice. Gli elementi concreti che consentano di stabilire un collegamento fra l'oggetto o le circostanze di una controversia, i cui elementi siano tutti collocati all'interno dello Stato membro interessato, e gli artt. 49, 56 o 63 TFUE devono infatti risultare dalla decisione di rinvio (v., in tal senso, sentenza del 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, n. C-268/15, EU:C:2016:874, punto 54).

53. Di conseguenza, nel contesto di una situazione come quella di cui al procedimento principale, spetta al giudice del rinvio indicare alla Corte, in conformità a quanto richiesto dall'art. 94 del regolamento di procedura della Corte, sotto quale profilo, malgrado il suo carattere puramente interno, la controversia dinanzi ad esso pendente presenti con le disposizioni del diritto dell'Unione relative alle libertà fondamentali un elemento di collegamento, che renda l'interpretazione in via pregiudiziale richiesta necessaria alla soluzione di tale controversia (v., in tal senso, sentenza del 15 novembre 2016, *Ullens de Schooten*, n. C-268/15, EU:C:2016:874, punto 55).

54. Orbene, poiché nella decisione di rinvio non è contenuta nessuna indicazione in tal senso, la questione in esame non può essere ritenuta ricevibile (v., in tal senso, sentenze del 20 settembre 2018, *Fremoluc*, n. C-343/17, EU:C:2018:754, punto 33; del 14 novembre 2018, *Memoria e Dall'Antonia*, n. C-342/17, EU:C:2018:906, punto 21; nonché del 24 ottobre 2019, *Belgische Staat*, n. C-469/18 e n. C-470/18, EU:C:2019:895, punto 26).

55. Alla luce dell'insieme delle suesposte considerazioni si deve dichiarare che la seconda questione è irricevibile.

(*Omissis*)

**IN QUALI CASI LA CORTE DI GIUSTIZIA
PUÒ DICHIARARE L'IRRICEVIBILITÀ DELLE QUESTIONI
PROPOSTE DAI GIUDICI NAZIONALI SE LA CONTROVERSA
PRESENTA ELEMENTI CHE SI COLLOCANO TUTTI
ALL'INTERNO DI UN SOLO STATO MEMBRO**

La sentenza sopra menzionata – che tratta una problematica di rilevante interesse in relazione alla portata e all'efficacia all'interno di uno Stato membro delle direttive comunitarie in tale Stato non trasposte¹ – affronta anche un aspetto sul quale la Corte di giustizia è più volte intervenuta con una giurisprudenza non sempre lineare che merita di essere esaminata con una certa attenzione.

La fattispecie della causa decisa dalla Corte di giustizia con la sentenza qui considerata riguarda una controversia tra una società immobiliare tedesca e un architetto tedesco sull'importo degli onorari che la società immobiliare doveva pagare all'architetto in base alle tariffe dell'ordine professionale tedesco rese obbligatorie dalla legge tedesca.

Poiché tutti gli elementi della controversia risultano collocati all'interno del solo Stato tedesco, la Corte di giustizia ha dichiarato irricevibile la

¹ Su tale problematica v. F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori e decadenza delle direttive comunitarie*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, *passim*. Sul tema delle situazioni puramente interne, cfr. A. ARENA, *Le situazioni puramente interne nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019 (e la bibliografia ivi richiamata). L'Autore precisa come la nozione di «situazioni puramente interne» abbia fatto la sua comparsa nella giurisprudenza della Corte di giustizia soltanto con la sentenza *Saunders* del 28 marzo 1979 (*The Queen c. Vera Ann Saunders*, domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dalla Crown Court di Bristol, in causa n. 175/78, in *Raccolta*, 1979, p. 1129, EU:C:1979:88), in concomitanza con l'*approfondissement* delle libertà fondamentali del mercato interno promosso dalla nota sentenza *Cassis de Dijon* del 20 febbraio 1979, in causa n. 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, in *Raccolta*, 1979, p. 649.

seconda questione proposta dal giudice del rinvio² che sollecitava una pronuncia anche sull'efficacia dell'art. 49 TFUE, ritenuto da quest'ultimo applicabile nella fattispecie di causa.

Considerate la delicatezza delle materie da decidere e la rilevanza delle conseguenze prodotte dalla dichiarazione di irricevibilità della questione relativa all'applicabilità dell'art. 49 TFUE (diritto di stabilimento), la Corte di giustizia (che si è pronunciata in "Grande Chambre") ha ritenuto di poter attribuire la responsabilità della dichiarazione di irricevibilità al giudice del rinvio, al quale è stato rimproverato di non aver fatto buon uso delle prescrizioni impartite dall'art. 94 del Regolamento di procedura della Corte³.

Più precisamente, come si ricava dai punti nn. 52, 53 e 54, sopra riportati, della sentenza in commento, al giudice del rinvio viene rimproverato di non aver indicato per quali motivi «la controversia dinanzi ad esso pendente presenti con le disposizioni del diritto dell'Unione e relative alle libertà fondamentali, un elemento di collegamento che renda l'interpretazione in via pregiudiziale richiesta necessaria alla soluzione di tale controversia».

² I quesiti posti alla Corte di giustizia dal giudice tedesco nella fattispecie in esame sono: «a) se la previsione, da parte della Repubblica federale di Germania, di tariffe minime obbligatorie per prestazioni di progettazione e supervisione effettuate da architetti e ingegneri, di cui all'articolo 7 della HOAI, costituisca una violazione della libertà di stabilimento in forza dell'articolo 49 TFUE o di altri principi generali del diritto dell'Unione. b) In caso di risposta in senso affermativo alla seconda questione, sub a): se da una siffatta violazione risulti che, in un procedimento giurisdizionale in corso tra privati, le disposizioni nazionali sulle tariffe minime obbligatorie (nella fattispecie: l'articolo 7 della HOAI) debbano essere disapplicate».

³ Ai sensi del quale: «Oltre al testo delle questioni sottoposte alla Corte in via pregiudiziale, la domanda di pronuncia pregiudiziale contiene: a) un'illustrazione sommaria dell'oggetto della controversia nonché dei fatti rilevanti, quali accertati dal giudice del rinvio o, quanto meno, un'illustrazione delle circostanze di fatto sulle quali si basano le questioni; b) il contenuto delle norme nazionali applicabili alla fattispecie e, se del caso, la giurisprudenza nazionale in materia; c) l'illustrazione dei motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a interrogarsi sull'interpretazione o sulla validità di determinate disposizioni del diritto dell'Unione, nonché il collegamento che esso stabilisce tra dette disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla causa principale. Articolo 95 Anonimato 1. Quando l'anonimato è stato concesso dal giudice del rinvio, la Corte rispetta detto anonimato nell'ambito del procedimento dinanzi ad essa pendente. 2. Su domanda del giudice del rinvio, su domanda debitamente motivata di una parte nel procedimento principale o d'ufficio, la Corte, qualora lo reputi necessario, può inoltre procedere a coprire con l'anonimato una o più persone o enti interessati dalla controversia. Articolo 96 Partecipazione al procedimento pregiudiziale 1. Conformemente all'articolo 23 dello statuto, possono presentare osservazioni dinanzi alla Corte: a) le parti nel procedimento principale; b) gli Stati membri; c) la Commissione europea; d) l'istituzione che ha adottato l'atto sulla cui validità o interpretazione si controverte; e) gli Stati aderenti all'accordo SEE, diversi dagli Stati membri, nonché l'Autorità di vigilanza AELS, quando alla Corte è posta una questione pregiudiziale concernente uno degli ambiti di applicazione di detto accordo; f) gli Stati terzi aderenti a un accordo concluso dal Consiglio in un determinato settore, quando l'accordo lo prevede ed un organo giurisdizionale di uno Stato membro pone alla Corte una questione pregiudiziale concernente l'ambito di applicazione di detto accordo. 2. La mancata partecipazione alla fase scritta del procedimento non pregiudica la partecipazione alla fase orale del medesimo».

Ovviamente, sarebbe stato senz'altro possibile al giudice del rinvio, aggiungere (nel testo della questione proposta con ordinanza di rinvio), un breve accenno al fatto che la società immobiliare coinvolta, invece di essere tedesca avrebbe potuto essere, ad esempio, francese o belga, oppure olandese, vale a dire una società con sede in un altro Stato membro dell'Unione.

A parere di chi scrive, una notazione del genere non sarebbe stata affatto necessaria perché è facilmente deducibile da una chiara relazione logica, come risulta dalle argomentazioni svolte dalla Corte di giustizia in altri casi nei quali problemi analoghi si erano posti. D'altra parte, l'Avvocato Generale Maciej Szpunar, è arrivato ad ammettere quanto appena ipotizzato, al punto 43 delle proprie conclusioni⁴, laddove ha affermato: «bisognerebbe allora valutare se una data normativa nazionale contraria alla direttiva n. 2006/123 sia anche contraria all'articolo 49 TFUE, assumendo ipoteticamente che la direttiva non sia stata adottata. Non ho dubbi che una tale soluzione violerebbe l'efficacia pratica della direttiva n. 2006/123».

In ogni caso, come appena accennato, la Corte di giustizia ha avuto più volte occasione di superare essa stessa la mancata indicazione di elementi di collegamento con gli ordinamenti di altri Paesi membri.

In una nota sentenza del 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. Giuseppe Calafiori*⁵, ad esempio, alla Corte di giustizia è stato richiesto dal giudice del rinvio (Corte di appello di Milano) di interpretare proprio l'art. 43 CE (ora art. 49 TFUE) per accertare gli effetti prodotti dalla sua diretta applicabilità.

⁴ Conclusioni depositate in data 15 luglio 2021.

⁵ Cfr. i commenti alla sentenza del 30 marzo 2006 in causa n. C- 451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c. Giuseppe Calafiori*, in *Raccolta*, 2006, p. 2941, di J. DERENNE, *La Cour considère qu'une rémunération perçue par les centres d'assistance fiscale italiens constitue une aide d'Etat*, in *Revue des droits de la concurrence*, 2006, n. 2, pp. 124-125; M. L. IDOT, *Remise en cause du monopole des centres d'assistance fiscale en Italie*, in *Europe*, 2006, mai 2006, Comm. n. 159, pp. 18-19; L. IDOT, *Financement de centres d'assistance fiscale*, in *Europe*, 2006, Mai, Comm. n. 159 p. 22; B. DU MARAIS, *La Cour considère comme non compatible avec les libertés d'établissement et de prestation de services l'attribution d'un droit exclusif pour l'activité d'assistance à la rédaction des déclarations fiscales, activité qui ne participe pas d'un intérêt général compte tenu de son caractère relativement banal et ne participe pas à l'exercice de l'autorité publique*, in *Concurrences - Revue des droits de la concurrence*, 2006, n. 3, pp. 165-166; D. GALLO, *I Centri di assistenza fiscale (CAF) al vaglio della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. comm. int.*, 2006, pp. 455-467; C. PRIETO, *Le droit exclusif des centres d'assistance fiscale italiens de remplir la déclaration des revenus des travailleurs est contraire au droit communautaire*, in *La Semaine juridique - entreprise et affaires*, 2006, n. 2184, pp. 1372-1375; J. CAVALLINI, *Les libertés de circulation: marchandises, capitaux, prestation de services et établissement (juillet 2005 à juin 2006)*, *RMCUE*, 2006, pp. 628-629; B. G. MATTARELLA, *I centri di assistenza fiscale e il diritto europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, pp. 299-303; B. ALTERSKJOER, *Interpretation of the Altmark Conditions: Case C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2007, pp. 73-78; M. ANNECCHINO, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 550-551.

A tale richiesta del giudice di rinvio si è opposto lo Stato italiano, chiedendone il rigetto perché irricevibile in quanto «*l'insieme degli elementi dell'attività di cui trattasi nella causa principale si colloca all'interno di un Solo Stato membro*»⁶.

Ebbene, la Corte di giustizia senza alcuna sollecitazione, né da parte del giudice del rinvio, né da parte dell'Avvocato Generale, ha spontaneamente considerato ricevibile la richiesta del giudice del rinvio esplicando essa stessa, nella sua sentenza, i motivi che ne giustificavano la ricevibilità.

Afferma, infatti, la sentenza⁷: «*(...) A tal riguardo si deve rilevare che una soluzione può tuttavia risultare utile al giudice del rinvio, in particolare nell'ipotesi in cui il suo diritto nazionale imponga, in un procedimento come quello in esame, di far beneficiare un cittadino italiano degli stessi diritti di cui godrebbe, in base al diritto comunitario, un cittadino di un altro Stato membro nella medesima situazione (...)*».

Di conseguenza, continua la sentenza, al punto 30: «*Occorre quindi esaminare se le disposizioni del Trattato, di cui è chiesta l'interpretazione, si oppongano all'applicazione di una normativa nazionale quale quella di cui trattasi nella causa principale, laddove essa verrebbe applicata a soggetti che risiedono in altri Stati membri*».

Per terminare, la sentenza della Corte, pronunciata nella causa appena esaminata, ha riconosciuto la diretta applicabilità dell'art. 43 (ora art. 49 TFUE) con la conseguenza di rendere inapplicabili le disposizioni nazionali di segno opposto che erano state contestate nella causa.

Orbene, questo orientamento giurisprudenziale è stato seguito dalla Corte di giustizia in altre sentenze. Si tratta certamente di sentenze che dichiarano l'irricevibilità di questioni specifiche proposte dai giudici nazionali perché gli elementi della causa si collocano tutti all'interno di uno stesso Stato membro⁸, ma un esame accurato delle motivazioni addotte porta a concludere che le decisioni della Corte, orientate in questo senso, sono piuttosto dettate dal contesto giuridico politico nel quale la Corte si è venuta a trovare e nel quale, grazie una decisione di irricevibilità, evita di farsi coinvolgere.

⁶ Cfr. punto 28 della sentenza, *cit. supra*, nota 5: «In via preliminare, occorre indicare che il governo italiano fa valere che tale questione è irricevibile, in quanto l'insieme degli elementi dell'attività di cui trattasi nella causa principale si colloca all'interno di un solo Stato membro».

⁷ Punto 29 della sentenza in causa n. C-451/03.

⁸ Cfr. sul punto: ordinanza del 17 febbraio 2005 in causa n. C-250/03, *Mauri*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 1267, punto 21. Si vedano, *ex multis*, le sentenze *Knoors*, EU:C:1979:31; *Auer* EU:C:1983:243; *Saunders*, *cit. supra*, nota 1; *Dzodzi*, EU:C:1990:360; *Guimont*, EU:C:2000:663; *Sbarigia*, EU:C:2010:388; *Ullens de Schooten*, EU:C:2016:874.

E non è escluso che questo sia il vero motivo che ha indotto la Corte di giustizia a dichiarare irricevibile la questione relativa alla diretta efficacia dell'art. 49 TFUE nella causa dedotta con la sentenza qui commentata.

I motivi che la Corte adduce ai punti nn. 52, 53 e 54 della sentenza per giustificare la propria decisione di dichiarare l'irricevibilità della questione proposta dal giudice appaiono forse eccessivi ed alimentano il sospetto che, se la Corte avesse dichiarato ricevibile la questione e applicato direttamente l'art. 49 TFUE nel caso di specie, sarebbero diventati superflui i più importanti argomenti che hanno portato all'affermazione della non applicabilità della direttiva invocata in causa.

Con la dichiarazione di irricevibilità della questione relativa all'applicabilità diretta dell'art. 49 TFUE si è così mantenuto salvo l'indirizzo giurisprudenziale finora seguito dalla Corte sulla portata ed efficacia delle direttive non trasposte.

Per verificare l'esattezza di questa ipotesi occorrerà, quindi, attendere che, in occasione di una prossima causa, il giudice di rinvio chiarisca espressamente alla Corte di giustizia quali siano i collegamenti tra le questioni di diritto invocate in causa relative, ad esempio, agli artt. 49, 56 e 63 TFUE, e le libertà fondamentali che devono essere garantite ai cittadini di tutti gli Stati membri e non soltanto a quelli del Paese membro nel quale la causa è sorta.

Volendo ora concludere questo breve commento, cercando di suggerire una lettura della sentenza qui commentata, si potrebbero sottolineare alcuni aspetti che la dottrina specialistica non dovrebbe lasciar passare sotto silenzio.

La sentenza, qui commentata, è stata pronunciata dalla "Grande Chambre" a riprova dell'importanza della causa che la Corte di giustizia ha dovuto risolvere.

Salvo errori, nessuna causa rimessa alla Corte di giustizia in via pregiudiziale a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, che avesse ad oggetto la portata e l'efficacia delle direttive comunitarie non trasposte, è stata decisa dalla "Grande Chambre".

Le relative sentenze sono state tutte emesse dalle diverse sezioni della Corte.

Si può, quindi, supporre che nella sentenza in commento la Corte medesima abbia ritenuto di dover fare il punto della sua giurisprudenza che, come noto, è stato bersaglio di diverse critiche⁹.

⁹ J. LINDEBOOM, *Thelen Technopark and the Legal Effects of the Services Directive in Purely Internal and Horizontal Disputes*, reperibile all'indirizzo https://www.europeanpapers.eu/it/system/files/pdf_version/EP_EF_2022_I_013_Justin_Lindeboom_00561.pdf; L. HORNKOHL, *Gesetzliche Mindestpreise im Europarecht: Zwischen Binnenmarktrecht,*

Dall'impostazione che è stata riservata alla sentenza in commento, sembra che i giudici della "Grande Chambre" abbiano trovato un terreno di intesa, pur rinviando la soluzione finale al momento in cui si presenterà un'occasione più favorevole.

Questa lettura della sentenza sembra suggerita dal rilevante contrasto tra la accuratezza e la puntigliosa meticolosità con cui la Corte ha redatto le risposte alla prima questione proposta dal giudice di rinvio e la rapidità con la quale la stessa Corte ha, invece, risolto la seconda questione in precedenza esaminata e commentata.

Orbene, poiché la risposta alla seconda questione risultava determinante agli effetti della soluzione dell'intera causa in quanto relativa alla portata e all'efficacia dell'art. 49 TFUE in materia di diritto di stabilimento, come lo stesso Avvocato Generale Szpunar ha rilevato al punto 43 delle proprie conclusioni¹⁰, sopra riportate, si potrebbe ritenere che i giudici della "Grande Chambre" abbiano considerato corretta la tesi sostenuta dall'Avvocato Generale, ma prematuro accoglierla.

Da qui il curioso e inedito invito ai giudici nazionali propensi al rinvio delle future cause destinate alla Corte, perché pongano in evidenza l'interesse "comunitario" delle questioni da risolvere qualora tutti gli elementi considerati in causa risultassero collocati all'interno di uno stesso Stato membro.

Enrica Adobati*

Kartellverbot und Vertragsfreiheit: Rs. C-261/20, Thelen Technopark Berlin, in Europäische Wirtschafts- und Steuerrecht, 2022, Heft 2, pp. 76-86; D. SIMON, Primauté - Directives, in Europe, 2022, n. 3, Mars, comm. 72 (FR), p. 16; O. REMIEN, Honorarklage, HOAI und das System des Binnenmarktrechts: ohne „Alchimie“, in Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union, 2023, n. 1, pp. 3-7; D. DERO-BUGNY, Sources écrites et non écrites du droit de l'UE, effet direct et primauté, in F. PICOD (sous la direction de), Jurisprudence de la CJUE 2020. Décisions et commentaires, Bruxelles, Bruylant, 2021, pp. 86-90.

¹⁰ Punto 43 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Szpunar: «Sono convinto che, se un determinato stato di fatto rientra nell'ambito di applicazione del capo III della direttiva 2006/123, si deve escludere la possibilità di invocare la libertà di stabilimento ai sensi dell'articolo 49 TFUE al fine di contestare una normativa di uno Stato membro in una controversia contro una persona. Ciò non solo sarebbe contrario all'idea di concretizzare la libertà di stabilimento mediante l'adozione della direttiva 2006/123, ma comporterebbe anche analisi complesse in relazione alla portata sostanziale della libertà di stabilimento. Bisognerebbe allora valutare se una data normativa nazionale contraria alla direttiva sia anche contraria all'articolo 49 TFUE, assumendo ipoteticamente che la direttiva non sia stata adottata. Non ho dubbi che una tale soluzione violerebbe l'efficacia pratica della direttiva 2006/123».

* Avvocato in Novara; cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

SINTESI

La Corte di giustizia dell'Unione europea ha il potere di dichiarare l'irricevibilità delle questioni proposte dai giudici nazionali, nel caso in cui la controversia presenti elementi che si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro. Questo potere è stato esercitato in una sentenza riguardante una controversia tra una società immobiliare tedesca e un architetto tedesco, nella quale la Corte ha dichiarato irricevibile la questione proposta dal giudice del rinvio riguardante l'applicabilità dell'art. 49 TFUE.

Nel commento si sottolinea come la decisione sia stata presa dalla Grande Camera, quasi a riprova dell'importanza della causa che la Corte si è trovata ad affrontare, e abbia voluto fare il punto su una giurisprudenza che è stata spesso oggetto di critiche rinviando però la soluzione finale a un momento più opportuno.

Un suggerimento, infine, viene rivolto ai giudici nazionali affinché evidenzino l'interesse comunitario nelle future cause, anche se tutti gli elementi della causa si trovano all'interno di uno stesso Stato membro.

ABSTRACT

The Court of Justice of the EU has the power to declare inadmissible questions proposed by national courts deciding cases in which all elements are placed within a single member State. This power was exercised in a judgment concerning a dispute between a German real estate company and a German architect, in which the Court declared inadmissible the question proposed by the referring Court concerning the applicability of Article 49 TFEU.

In the comment, it is underlined that the decision was made by the Grande Chambre, almost as an indication of the importance of the case the Court was faced with, and wanted to take stock of a case law that has often been the subject of criticism while postponing the final solution to a more appropriate time.

Finally, a suggestion is made to national courts to highlight the community interest in future cases, even if all the elements of the case are located within the same member State.

**SENTENZA VALVE DEL TRIBUNALE DELL'UE
E "GEO-BLOCKING" DI VIDEOGIOCHI PER PC:
UN PUNTO A FAVORE DEL MERCATO UNICO DIGITALE?**

**Tribunale dell'Unione europea
Sentenza del 27 settembre 2023 in causa n. T-172/21***

Valve Corporation c. European Commission

**Concorrenza - Intese - Mercato dei videogiochi per PC - Piattaforma -
Decisione che constata un'infrazione all'art. 101 TFUE e all'art. 53
dell'accordo SEE - Restrizione delle importazioni parallele - Nozioni
di «accordo» e di «pratica concordata» - Restrizione della concorren-
za per oggetto - Diritti d'autore.**

*Il Tribunale dell'Unione europea rigetta il ricorso di Valve Corpora-
tion volto all'annullamento della decisione C(2021)75 final della Com-
missione, del 20 gennaio 2021 relativa a un procedimento a norma del-
l'art. 101 TFUE e dell'art. 53 dell'accordo SEE (casi AT.40413 - Focus
Home, AT.40414 - Koch Media, AT.40420 - ZeniMax, AT.40422 - Bandai
Namco e AT.40424 - Capcom).*

*La sentenza stabilisce che la Commissione non ha commesso errori
nel ritenere che il contesto legale ed economico nel quale erano stati con-
clusi gli accordi o le pratiche concordate tra il ricorrente e gli editori non
fosse tale da mettere in discussione la sua conclusione che tali accordi o*

* EU:T:2023:587. Testo rettificato dall'ordinanza del 24 ottobre 2023. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 355 ss., il commento di CARLO ALBERTO TOFFOLON.

pratiche concordate, nella misura in cui erano volti a restringere le importazioni parallele, costituissero restrizioni della concorrenza per oggetto.

(Omissis)

Background to the dispute *(Omissis)*

3. PC video games compatible with the Steam platform ('Steam video games') are developed by gaming publishers ('publishers'), who hold the copyright on their respective games. In order to make Steam video games available on the Steam platform, publishers conclude a distribution agreement with the applicant, usually supplemented by specific provisions for the various games. In order to enable publishers to develop Steam video games, the applicant grants them a licence for Steam technology and offers technical services and solutions ('the Steamworks services'). The publishers then upload their games to the applicant's servers and grant it non-exclusive licences. The Steam video games are then accessed via the applicant's servers.

4. Access to Steam video games can be purchased by users directly on the Steam platform in the Steam Store. Alternatively, Steam-enabled PC video games may be purchased from third-party distributors, on either tangible or intangible media. In the event of acquisition from a third-party distributor, the user must activate the game on the Steam platform by means of an activation key consisting of a single alphanumeric code ('the Steam keys'), in order to be able to access and play that game in the Steam environment. Once the user has activated the game in his Steam user account, he or she can play it in the same way as if the game had been purchased from the Steam Store.

(Omissis)

First plea: errors of law and fact in the Commission's finding of agreements or concerted practices contrary to Article 101(1) TFEU *(Omissis)*

- The possibility of catching the conduct at issue under Article 101 TFEU *(Omissis)*

50. In fact, the applicant operated the Steam platform on which the video games at issue were accessible and without which it was not possible to play there. Furthermore, as stated by the applicant in its application, the Steam keys, which were the subject of the conduct at issue, could only be used on that platform. The applicant also stated at the hearing that the Steam video games sold by third-party distributors contained codes generated by it, which were stored on its servers and which had to be encrypted by it in order for them to correspond to the Steam keys supplied. Therefore, even if the Steam video games were distributed by third parties, they could not be used by the end user without a service provided by the applicant. The applicant therefore played a central role in the relation-

ship between the publishers and the end users of the Steam video games, which, moreover, it confirmed at the hearing. Thus, the applicant acted as an operator which was fully part of the economic chain for the operation of Steam video games distributed by third-party distributors and involving the use of Steam keys. The fact, relied on by the applicant, that the Steam keys are provided free of charge to the publishers is not such as to call such a finding into question.

51. What is more, as observed by the Commission in recitals 81 to 83 of the contested decision, the applicant, who had concluded Steam distribution agreements with each of the publishers, also sold the video games at issue in the Steam Store and was therefore also active on the market. It is true, as the applicant points out and as stated in paragraph 32 above, that the conduct which is the subject of that decision does not concern the Steam video games sold by the applicant in the Steam Store, but only certain Steam video games, distributed on a tangible or digital medium by third-party distributors by means of Steam keys. However, for the purposes of assessing whether there is an agreement or concerted practice, regard must be had to all the relevant factors, as well as to the economic and legal context specific to each case (see, to that effect, judgment of 10 February 2011, *Activision Blizzard Germany v Commission*, C-260/09 P, EU:C:2011:62, paragraph 72). It cannot be disregarded that the Steam video games sold by third-party distributors were at least in potential competition with the Steam video games sold by the applicant on the Steam platform. Irrespective of the means of acquisition, users accessed the Steam video games on the Steam platform and had access to the same content and experience.

(Omissis)

Second plea in law: errors of law and errors in the assessment of the facts in the finding of a restriction of competition by object, contrary to Article 101 TFEU *(Omissis)*

The novelty of the case

(Omissis)

172. In the first place, it should be noted that the Commission examined the content of the agreements or concerted practices between the applicant and the five publishers and the objectives which they pursued, in order to conclude that they constituted a restriction of competition by object. In Section 8.2.2.2 of the contested decision (recitals 310 to 345 of the contested decision), the Commission examined the content and objective of those agreements or concerted practices. It referred, in that regard, to the various items of evidence on the basis of which it found the existence of those agreements or concerted practices, and in particular to the various exchanges between the applicant and the publishers. Following that analysis, the Commission concluded that the object of those agreements or concerted practices at issue was to place technical restraints on the circulation of the video games at issue, outside certain EEA territories, so as to restrict passive sales of those games.

173. As found in the context of the examination of the first plea, it is apparent from the exchanges between the applicant and each of the publishers, as set out in Section 6.1.6 of the contested decision, that the supply of geo-blocked Steam keys did indeed have the object of restricting parallel imports of the video games at issue, by making any passive sales outside the territory of certain EEA countries practically impossible. More specifically, the geo-blocking sought to prevent those video games, distributed through Steam keys in the territory of EEA countries at low prices, from being purchased by distributors or users located in the territory of other EEA countries where the prices at which those video games are distributed were much higher. In addition, although the parties' intention is not a necessary factor in determining whether an agreement between undertakings is restrictive, there is nothing prohibiting the competition authorities, the national courts or the Courts of the European Union from taking that factor into account (see judgment of 11 September 2014, *CB v Commission*, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, paragraph 54 and the case-law cited).

174. As correctly observed by the Commission in recitals 280 to 292 of the contested decision, since the judgment of 13 July 1966, *Consten and Grundig v Commission* (56/64 and 58/64, EU:C:1966:41), and in accordance with settled case-law, it is accepted that agreements having as their object the restriction of parallel trade (see judgments of 28 April 1998, *Javico*, C-306/96, EU:C:1998:173, paragraph 14 and the case-law cited, and of 6 October 2009, *GlaxoSmithKline Services and Others v Commission and Others*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P, EU:C:2009:610, paragraph 59 and the case-law cited), including when they tend to prevent users from purchasing products or services on account of their geographical location, are sufficiently harmful to constitute a restriction by object within the meaning of Article 101 TFEU (see, to that effect, judgments of 6 July 2000, *Volkswagen v Commission*, T-62/98, EU:T:2000:180, paragraphs 115 and 178, and of 9 July 2009, *Peugeot and Peugeot Nederland v Commission*, T-450/05, EU:T:2009:262, paragraph 282).

175. Agreements which are intended to make the interpenetration of national markets more difficult, to partition national markets according to national borders or to artificially segment the internal market are liable to frustrate the Treaty's objective of achieving the integration of those markets through the establishment of a single market (judgment of 13 July 1966, *Consten and Grundig v Commission*, 56/64 and 58/64, EU:C:1966:41, p. 497; see also, to that effect, judgment of 4 October 2011, *Football Association Premier League and Others*, C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631, paragraph 139 and the case-law cited).

176. Moreover, as the Commission observed in recitals 299 and 300 of the contested decision, restrictions on passive sales and, in particular, additional measures to ensure compliance with the territorial limitations contained in exclusive licensing agreements may be regarded as having as their object the restriction of competition (see, to that effect, judgment of 9 December 2020, *Groupe Canal + v Commission*, C-132/19 P, EU:C:2020:1007, paragraphs 51 to 54 and the case-law cited).

177. Thus, in principle, an agreement intended to prohibit or limit parallel trade has as its object the prevention of competition (see judgment of 6 October 2009, *GlaxoSmithKline Services and Others v Commission and Others*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P, EU:C:2009:610, paragraph 59 and the case-law cited) unless other circumstances falling within its economic and legal context support the conclusion that such agreements are not liable to harm competition (see, to that effect, judgment of 4 October 2011, *Football Association Premier League and Others*, C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631, paragraph 140).

178. It is true that, unlike the present case, the case-law relating to restrictions on passive sales was developed mainly in relation to agreements or concerted practices forming part of an exclusive distribution or licence agreement. However, it is clear from that case-law that it is not the existence of an exclusive distribution or licence agreement as such that has been considered harmful to competition, but rather the establishment of contractual obligations or additional measures preventing passive sales and resulting in partitioning of the internal market (see, to that effect, judgments of 13 July 1966, *Consten and Grundig v Commission*, 56/64 and 58/64, EU:C:1966:41, pp. 497 and 498; of 1 February 1978, *Miller International Schallplatten v Commission*, 19/77, EU:C:1978:19, paragraph 7; and of 4 October 2011, *Football Association Premier League and Others*, C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631, paragraphs 138 and 139).

179. The object of the conduct at issue is to make it practically impossible to use the Steam keys outside the territory of certain EEA countries and to introduce a genuine restriction on passive sales of the video games at issue outside those territories. Thus, like the additional measures referred to in paragraph 178 above, that conduct leads to a reconstruction of the partitioning of national markets and an artificial segmentation of the internal market liable to frustrate the Treaty's objective of achieving the integration of national markets through the establishment of a single market.

(*Omissis*)

181. As observed by the Commission in recitals 314, 321, 328, 335 and 342 of the contested decision, the geo-blocking of the Steam keys prevented the distributors of the publishers, to whom those keys were supplied from selling the video games at issue (in particular in response to unsolicited requests from potential users) to users located in EEA countries other than those covered by the restrictions. Such conduct leads to the elimination of competition, in countries where prices are higher, between passive sales of the video games at issue distributed by means of the geo-blocked Steam keys and sales of the games at issue in the Steam Store. Similarly, the conduct at issue leads to the elimination of competition, in countries where prices are higher, between passive sales of the video games at issue distributed by means of the geo-blocked Steam keys and those distributed by the publishers' distributors in the territories where the prices are highest. Thus, the agreements or concerted practices at issue may be treated

in the same way as the additional measures examined in the case-law relating to parallel imports cited in paragraph 178 above, which restricted competition between the supplier's various distributors.

(*Omissis*)

Analysis of the legal context (Omissis)

191. First, as correctly noted by the Commission in recitals 293 and 294 of the contested decision, it is settled case-law that the mere fact that an agreement involves intellectual property rights does not preclude the application of Article 101 TFEU. Although the Treaty does not affect the existence of intellectual property rights, in particular copyright, the exercise of those rights may nevertheless fall within the prohibitions laid down by the Treaty, in particular by Article 101 TFEU. Thus, the exercise of an intellectual property right may fall within the prohibition laid down in Article 101 TFEU whenever it appears to be the object, the means or the consequence of an agreement (see, to that effect, judgments of 8 June 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft*, 78/70, EU:C:1971:59, paragraphs 6 and 10, and of 6 October 1982, *Coditel and Others*, 262/81, EU:C:1982:334, paragraph 17), notwithstanding the fact that it may constitute a legitimate expression of that right authorising its holder, inter alia, to oppose any unauthorised use (see, to that effect, judgment of 30 January 2020, *Generics (UK) and Others*, C-307/18, EU:C:2020:52, paragraph 79 and the case-law cited).

192. In addition, as rightly observed by the Commission in recital 295 of the contested decision, the distinction between the existence of intellectual property rights and the exercise of such rights also applies where those rights are exploited in intangible form, namely in the form of a service rather than on a physical medium. In the judgment of 6 October 1982, *Coditel and Others* (262/81, EU:C:1982:334, paragraphs 14 and 17), referred to by the Commission in that recital, the Court of Justice expressly envisaged that the exercise of the copyright on a film and the right of exhibition which derives from copyright could distort competition and be caught by the prohibition laid down in Article 101 TFEU (judgment of 9 December 2020, *Groupe Canal + v Commission*, C-132/19 P, EU:C:2020:1007, paragraph 52). In particular, the Court pointed out that that could be the case irrespective of the fact that making a film available by way of exhibition may be repeated ad infinitum, that the copyright holder could require royalties for any exhibition of that film and that the copyright holder could grant a single licensee the exclusive right to exhibit that film, and thus prohibit its exhibition by others, in the territory of a Member State for a specified period of time (see, to that effect, judgment of 6 October 1982, *Coditel and Others*, 262/81, EU:C:1982:334, paragraphs 11, 12 and 15). It accordingly follows from the case-law of the Court of Justice that the fact that the copyright holder may continue to exercise his or her rights, in particular in order to require a fee for each exhibition of a film or for the prohibition of successive exhibitions by others, does not preclude such an exercise of copyright from being caught by Article 101 TFEU,

where that exercise could constitute a disguised restriction on trade between Member States (see, to that effect, judgment of 6 October 1982, *Coditel and Others*, 262/81, EU:C:1982:334, paragraphs 13 and 17).

193. It follows that the question of whether or not the intellectual property right is exhausted does not in itself preclude the application of Article 101 TFEU or the conduct at issue from constituting a restriction by object where the exercise of that right is liable to constitute a disguised restriction on trade between Member States.

194. In the light of the foregoing, it must be held that, contrary to the applicant's assertions, the Commission did not err in finding that the applicant's arguments relating to non-exhaustion of the copyright in the video games at issue were not relevant for the purposes of its analysis. Thus, the applicant's arguments criticising the Commission for having failed to examine whether the sale of the Steam video games by means of the Steam keys came within the distribution right (Article 3 of the Copyright Directive) or the right of communication to the public (Article 4 of that directive) and the inferences to be drawn from the judgment of 19 December 2019, *Nederlands Uitgeversverbond and Groep Algemene Uitgevers* (C-263/18, EU:C:2019:1111), as regards the application of the rule of exhaustion of copyright to the video games at issue, are ineffective. Furthermore, in the light of the case-law cited in paragraphs 191 and 192 above, the applicant's argument that the case-law on free movement is based on the principle of exhaustion of the intellectual property right in order to determine whether a commercial barrier is artificial cannot lead to a different conclusion and must therefore be rejected on the same grounds.

195. Second, contrary to what the applicant claims, the Commission did not fail to take account of the Copyright Directive and, more specifically, Article 6 thereof, or deprive it of practical effect.

196. It is true that the Commission did not expressly refer to either the Copyright Directive or Article 6 of that directive in the contested decision, even though that question had been raised by the applicant in its replies to the Statements of Objections.

197. However, it is clear, first of all, that, as stated by the Commission in recital 347 of the contested decision, that decision does not call into question the possibility for publishers to grant their distributors licences which are limited to the territory of certain EEA countries. The conduct at issue relates to the additional measures, adopted by the applicant and each of the publishers, intended to ensure compliance with such territorial limitations by making any sale or any use of the video games at issue outside the territory of certain EEA countries impossible. In addition, as is apparent from paragraphs 191 to 196 above, the Commission analysed in detail the case-law relating to the interaction between copyright and Article 101 TFEU. It did take into account the existence of copyright in the video games at issue and took that into account in its assessment of whether there was a restriction of competition by object.

198. In that regard, in the light of the case-law set out in paragraphs 191 and 192 above, the Court finds that, contrary to what the applicant claims, the mere

fact that recital 29 and Article 6 of the Copyright Directive provide for the possibility of adopting «technological measures» does not preclude such measures from being taken under Article 101 TFEU when they are the object, the means or the consequence of conduct which infringes that article. Moreover, Article 9 of that directive expressly states that the provisions of that directive are not to affect the application of the law on restrictive practices and unfair competition.

199. As stated in paragraph 176 above, the Commission correctly observed that, according to the case-law, while the very grant of licences, including exclusive licences, is not contrary to Article 101 TFEU, additional measures aimed at ensuring compliance with the territorial limitations on the exploitation of those licences, and in particular the obligation to take measures making it impossible to access the protected subject matter from outside the territory covered by the licence agreement concerned, may have an anti-competitive object and be caught by Article 101 TFEU (see, to that effect, judgments of 4 October 2011, *Football Association Premier League and Others*, C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631, paragraphs 141 to 143, and of 9 December 2020, *Groupe Canal + v Commission*, C-132/19 P, EU:C:2020:1007, paragraphs 51, 53 and 54).

200. Contrary to what the applicant claims, the fact that the judgment of 4 October 2011, *Football Association Premier League and Others* (C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631), was delivered in the specific context of the application of Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission (OJ 1993 L 248, p. 15) does not call into question the possibility of adopting the same solution in the present case.

201. In the case which gave rise to the judgment of 9 December 2020, *Groupe Canal + v Commission* (C-132/19 P, EU:C:2020:1007, paragraphs 51 to 54), delivered in the context of pay TV services involving internet transmission, which are not subject to the specific regime of the Satellite Broadcasting Directive, the Court of Justice held, irrespective of the question of exhaustion of copyright, that the conclusions contained in the judgment of 4 October 2011, *Football Association Premier League and Others* (C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631), could be applied to the measures at issue in that case, since the situations were comparable in commercial and competitive terms.

202. Next, it must be held that, in the present case, the exercise of the publishers' copyright was indeed the object, the means or the consequence of an agreement within the meaning of the case-law set out in paragraph 191 above. As is apparent from paragraphs 172 and 173 above, the geo-blocking of the Steam keys did not pursue an objective of protecting the publishers' copyright, but was used to eliminate parallel imports in order to protect sales of the video games at issue and the high royalty amounts collected by the publishers, or by the applicant, as regards the Steam Store, in certain EEA countries. As observed by the Commission in recitals 347 and 356 of the contested decision, the fact that the publishers are copyright holders in the video games at issue, at least for the entire territory of the EEA, confirms such a finding.

203. Moreover, as is apparent from recitals 305 to 309 and 352 to 354 of the contested decision, the question whether or not publishers' copyright was subject to the rule of the exhaustion of copyright and whether passive sales by the publishers' distributors could be the subject of legal proceedings before the competent national courts is not decisive for the purposes of the application of Article 101 TFEU. Moreover, irrespective of whether passive sales by distributors were liable to be penalised before the competent national courts for infringement of the publishers' copyrights, it must be noted, as stated by the Commission at the hearing, that it is apparent from the email exchanges between the applicant and the publishers identified in Section 6.1.6 of the contested decision that the publishers were confronted with passive sales issues and that the geo-blocking of the Steam keys was implemented in order to respond to the phenomenon of passive sales actually found by the publishers and the applicant. Thus, the object of the conduct at issue was to make passive sales impossible, thereby eliminating the actual or potential competition which those sales represent. In addition, as stated in paragraph 183 above, the applicant indeed received a remuneration of 30% on sales of the video games at issue in the Steam Store, so that it had an interest in preventing parallel imports liable to affect sales in the Steam Store. It follows that the agreements or concerted practices between the applicant and the five publishers were capable in practice of preventing, restricting or distorting competition within the internal market within the meaning of the case-law referred to in paragraph 168 above.

204. [As rectified by order of 24 October 2023] Lastly, it should be noted that, in the judgment of 4 October 2011, *Football Association Premier League and Others* (C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631, paragraphs 108 to 115), the Court of Justice emphasised that copyright is intended only to ensure for the right holders concerned protection of the right to exploit commercially the marketing or the making available of the protected subject matter, by the grant of licences in return for payment of remuneration; it does not guarantee the right holders concerned the opportunity to demand the highest possible remuneration or to engage in conduct such as to lead to artificial price differences between the partitioned national markets. Such partitioning and such an artificial price difference to which it gives rise are irreconcilable with the fundamental aim of the Treaty, which is completion of the internal market (judgment of 4 October 2011, *Football Association Premier League and Others*, C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631, paragraphs 108 to 115 and 145). As stated in paragraph 202 above, the geo-blocking of the Steam keys did not pursue an objective of protecting the publishers' copyright, but was clearly used to eliminate parallel imports entirely and thus protect the high royalty amounts collected by the publishers, or by the applicant, as regards the Steam Store, in certain EEA countries.

205. In the light of the foregoing, it must be held that the Commission did not err in finding that the publishers' copyright on the video games at issue did not preclude the application of Article 101 TFEU to the conduct at issue or its categorisation as a restriction by object. Accordingly, the Commission was correct in finding, in the light of the relevant legal context, that the establishment, by

means of the geo-blocked Steam keys, of a practical impossibility of activating or using the video games at issue in other EEA territories, and thus of importing them into other EEA territories, constituted a restriction of competition by object.

Analysis of the economic context (Omissis)

211. It should be noted that recitals 356 to 366 of the contested decision contain the analysis of the economic context. The Commission's principal observation was that there was no specific obligation or justification for the geo-blocking of the Steam keys other than the restriction of potential passive sales in order to create artificial barriers to trade within the EEA. Thus, the agreement to block the Steam keys was not inherent in the nature of the licence itself, but was envisaged for the purpose of ensuring that third-party distributors receiving the keys complied with the territorial limits of their respective licences. As a secondary point, the Commission stated that the provision of the geo-blocked Steam keys had to be examined in the context of the business relations between the applicant and each of the publishers as a whole. Thus, it found that, in so far as the applicant also acted as a distributor of the video games at issue, it was in competition with the distributors of the Steam keys and could use the geo-blocking of the Steam keys in order to protect its margins in the Steam Store.

212. First, as regards the applicant's complaint that the Commission did not examine whether the conduct at issue was sufficiently harmful because it led to reductions in output and price increases to the detriment of consumers, it must be noted that the Court of Justice has held that Article 101 TFEU was intended not to protect only the interests of competitors or consumers, but also to protect the structure of the market and, in so doing, competition per se. Therefore, in order to find that an agreement has an anti-competitive object, it is not necessary for final consumers to be deprived of the advantages of effective competition in terms of supply or price (judgment of 6 October 2009, *GlaxoSmithKline Services and Others v Commission and Others*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P, EU:C:2009:610, paragraph 63).

213. Second, the applicant complains that the Commission failed to take account of the nature of the Steam keys. In that regard, it should be noted, first, that, in recital 4 of the contested decision, the Commission did examine in detail the functioning of the PC video games industry and the manner in which those games are distributed. Second, it is apparent in particular from recitals 349 to 355 of that decision, relating to the legal context, that the Commission responded to the applicant's arguments that the products or services at issue were not tangible goods, but in reality consisted in the acquisition, by the end user, of a licence to access and play a game on Steam. It is, moreover, in that context that the Commission considered that the question of the exhaustion of copyright was not relevant for the purposes of concluding that there was a restriction by object. As has been examined in paragraphs 191 to 194 above, the fact that the conduct at issue relates to intangible goods or digital services, covered by copyright which has not

been exhausted, does not preclude that conduct from being found to be a restriction by object.

(Omissis)

218. Next, the applicant's arguments that the Commission could not ignore the fact that the EU legislature had taken into account the particular characteristics of digital products and online services by excluding them from the scope of Regulation (EU) 2018/302 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2018 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulations (EC) No 2006/2004 and (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC (OJ 2018 L 60 I, p. 1) must also be rejected. That regulation was not in force at the material time. In any event, as is apparent from the review clause introduced in Article 9 of that regulation, the EU legislature expressly envisaged the possibility of extending the scope of the prohibition on geo-blocking to electronically supplied services the main feature of which is to provide access to copyright-protected works, provided that the seller or supplier has the rights required for the territories concerned.

(Omissis)

COPYRIGHT AND GEO-BLOCKING THROUGH THE LENS OF EU COMPETITION LAW*

Summary: **I.** Introduction - **II.** The Commission's antitrust cases against Valve and five video game publishers - **III.** Geo-blocking of video games in the EU - **IV.** The Valve judgment of the General Court - **a.** Novelty of the case - **b.** Legal context - **c.** Economic context - **V.** The copyright protection of video games in the EU - **VI.** Open copyright questions in light of the Valve judgment - **VII.** A possible interpretation of the concept of "public" in light of the Valve case - **VIII.** Conclusion.

I. Introduction

The interplay between copyright law, the internal market and EU competition law has been subject to a few landmark judgments by the European Courts lately such as the ones rendered in the *Murphy* and *Canal +* cases¹. This article examines in detail the legal aspects of the *Valve* case², which adds further to this case-law.

* The views expressed in this article are strictly personal and should not be construed as reflecting the opinion of the European Commission. The Author wishes to thank *THOMAS KRAMLER* (European Commission) for his valuable comments.

¹ Judgments of the EU Court of Justice (also, the «Court of Justice») in, respectively, *Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others* (C-403/08) and *Karen Murphy v Media Protection Services Ltd* (C-429/08), Joined cases C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631 (hereinafter, «*Murphy*») and *Groupe Canal + v Commission*, C-132/19 P, EU:C:2020:1007 (hereinafter, «*Canal +*»).

² Judgment of the General Court of 27 September 2023, *Valve Corporation v European Commission*, T-172/21, EU:T:2023:587 (hereinafter, «the *Valve* judgment» or «the *Valve* case»). Valve is a US company active in the PC video games and entertainment technologies sector (*Valve* judgment, para. 2). On 24 October 2023, the General Court adopted an order rectifying certain clerical mistakes found in certain paragraphs of the judgment, some of which are cited in this article. On 3 November 2023, the operative part of this judgment was published in the Official Journal C 228, 14.6.2021 (see www.curia.europa.eu, case T-172/21, Case information).

The *Murphy* and *Canal +* cases confirmed the anticompetitive nature of agreements and/or concerted practices preventing passive sales³ of copyright-protected content⁴ in the European Economic Area (EEA). In particular, the Court of Justice confirmed that while the grant of licences, including exclusive licences, is not contrary to Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)⁵, «additional obligations designed to ensure compliance with the territorial limitations upon exploitation of those licences»⁶, and in particular the obligation to take measures «blocking access to the protected subject matter outside the territory covered by the licensing agreement concerned»⁷ may have an anti-competitive object and be caught by Article 101 TFEU.

The General Court (also, «the Court») fully confirmed these findings in the *Valve* judgment⁸ where, adding further to the *Murphy* and *Canal +* cases, it made several important clarifications, based on settled EU case-law, regarding the relationship between copyright law and EU competition law⁹. In particular, the Court confirmed that «the fact that the conduct at issue relates to intangible goods or digital services, covered by copyright

³ In this article, the terms «passive sales» refer to practices preventing or hindering companies from responding to unsolicited requests from outside a specific territory. The Court of Justice has held that an agreement which might tend to restore the divisions between national markets is liable to frustrate the Treaty's objective of achieving the integration of those markets through the establishment of an internal market and must be regarded, in principle, as an agreement the object of which is to restrict competition within the meaning of Article 101(1) TFEU, unless other circumstances falling within its economic and legal context justify the finding that such an agreement is not liable to impair competition (see, e.g., paras 139-142 of the *Murphy* judgment).

⁴ The *Murphy* case concerned territorial restriction clauses contained in contractual licence agreements between broadcasters and right holders for encrypted satellite broadcasts preventing the cross-border sale of decoder cards used for decryption of those broadcasts. The *Canal +* case concerned geo-blocking clauses contained in pay-TV licensing agreements concluded between six United States («US») studios and the main paid-for broadcasters in the European Union.

⁵ Article 101 TFEU prohibits anti-competitive agreements between two or more independent market operators. Although Article 101(1) TFEU draws a distinction between the concept of concerted practices and agreements between undertakings, the object is to bring within the prohibition of that Article a form of co-ordination between undertakings by which, without having reached the stage where an agreement has been concluded, they knowingly substitute practical co-operation between them for the risks of competition. See judgments of the Court of Justice in *Imperial Chemical Industries Ltd. v Commission*, C-48/69, EU:C:1972:70, para. 64, and in *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, C-8/08, EU:C:2009:343, para. 26.

⁶ See paras 141 to 143 of the *Murphy* judgment.

⁷ *Canal +* judgment, paras 51, 53 and 54.

⁸ *Valve* judgment, para. 199, citing both the *Murphy* and *Canal +* judgments. The *Valve* case concerned a group of bilateral agreements and/or concerted practices containing clauses geo-blocking certain personal computer («PC») video games across the EEA – see *infra* Chapter II of this article.

⁹ See *infra* Chapter IV of this article.

which has not been exhausted, does not preclude that conduct from being found to be a restriction by object». ¹⁰ It also confirmed the position of the European Commission («the Commission») that the question «whether passive sales by the publishers' distributors could be the subject of legal proceedings before the competent national courts is not decisive for the purposes of the application of Article 101 TFEU» ¹¹.

It is clear from the *Valve* judgment that no commercial actor involved in the publishing, marketing, import or distribution of a PC video game or any other product or service protected by copyright can engage in concerted practices or conclude agreements with other trading partners which include geo-blocking clauses preventing or hindering parallel imports, or passive sales ¹², of those products or services within the EEA, without risking to infringe EU competition law.

Chapter VI of this article tackles the open copyright questions at stake in the *Valve* case, namely whether the right of communication to the public is subject to exhaustion within the European Union in accordance with the Copyright Directive ¹³. The Court did not expressly take a position on such copyright question and dismissed Valve's copyright arguments as not relevant for the purposes of competition law analysis only ¹⁴. Nonetheless, it is suggested in this article that a video game publisher's act of communication to the public would, in similar circumstances as in the *Valve* case, not involve a «new public» within the meaning of the relevant EU copyright case-law ¹⁵.

While the principles set out by the Court in the *Valve* judgment may extend to other categories of copyright-protected content beyond PC video games that are to be activated on an online gaming platform by way of digital keys ¹⁶, the pending copyright questions would need to be resolved via a specific Court ruling or by way of a review of the EU Geo-blocking Regulation ¹⁷, enlarging the scope of that regulation, or through the creation

¹⁰ *Valve* judgment, para. 213.

¹¹ *Valve* judgment, para. 203.

¹² *As supra* n. 3.

¹³ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, [2001] OJ L 167/10 (hereinafter, the «Copyright Directive»).

¹⁴ *Valve* judgment, para. 194.

¹⁵ See *infra* Chapter VII of this article.

¹⁶ See *infra* Chapter II of this article.

¹⁷ Regulation (EU) 2018/302 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2018 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulations (EC) 2006/2004 and (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, [2018] OJ L 60 I/I (hereinafter, the «EU Geo-blocking Regulation»).

of a bespoke EU legal instrument recognizing a full cross-border «access right» to such copyright-protected digital content.

II. The Commission's antitrust cases against *Valve* and five video game publishers

The geo-blocked products at issue in the Commission's *Video games Decisions*¹⁸ were activation keys consisting of a single alphanumeric code that the user needs in order to be able to access and play a game on the Steam online gaming platform operated by Valve («Steam Keys»).

In order to make Steam video games available on the Steam platform, video game publishers conclude a distribution agreement with Valve whereby Valve grants them a license for Steam technology and related software tools that enable publishers to create Steam-enabled PC video games as well as to benefit from technical services and solutions such as digital rights management and anti-piracy services (so-called «Steamworks services»). Valve then generates Steam activation keys for a particular game upon request by the publisher, free of charge, and then undertakes to provide sufficient Steam Keys to meet the publishers' request within ten days after receiving the request¹⁹. The publishers then upload their games to Valve's servers and grant it non-exclusive licenses. The Steam video games are then accessed via Valve's servers²⁰. Access to Steam video games can be purchased by users directly on the Steam online gaming

¹⁸ In this article, the terms «*Video games Decisions*» or «*Video games cases*» refer to the six Commission's Decisions of 20 January 2021 adopted under Article 7 of Regulation (EC) 1/2003 against, respectively, Valve and five video game publishers, namely Bandai Namco, Capcom, Focus Home, Koch Media and ZeniMax. This latter company is the parent company of Bethesda Softworks, one of the largest video game developers and publishers in the world (see «Microsoft to acquire ZeniMax Media and its game publisher Bethesda Softworks» available at <https://news.microsoft.com/2020/09/21/microsoft-to-acquire-zenimax-media-and-its-game-publisher-bethesda-softworks/>). More information on these cases can be found in the public case register on the Commission's competition website (see https://competition-policy.ec.europa.eu/index_en, under the antitrust case numbers AT.40413 – Focus Home, AT.40414 – Koch Media, AT.40420 – ZeniMax, AT.40422 – Bandai Namco and AT.40424 – Capcom). There is no separate case number for the Commission's case against Valve which includes all five antitrust case numbers mentioned above. In this article, this latter decision is referred to as «the Commission's Decision against Valve».

¹⁹ Points 84-87 of the Commission's Decision against Valve.

²⁰ *Valve* judgment, para. 3. Valve stated at the hearing that the Steam video games sold by third-party distributors contained codes generated by it, which were stored on its servers, and which had to be encrypted by it in order for them to correspond to the Steam Keys supplied. Therefore, even if the Steam video games were distributed by third parties, they could not be used by the end user without a service provided by Valve. Valve therefore played a central role in the relationship between the publishers and the end users of the Steam video games (*Valve* judgment, para. 50).

platform via the Steam Store or, alternatively, from third-party distributors, on either tangible or intangible media²¹, via Steam Keys²².

In January 2021, the Commission fined Valve and the five video games publishers concerned (also «the Publishers») for having engaged in geo-blocking practices across the EEA in violation of Article 101 TFEU²³.

The Commission found that Valve and the Publishers used the geo-blocking of Steam Keys to restrict passive sales from the territories in which the games were sold at a lower price²⁴. These anticompetitive practices lasted between one and five years and were implemented, depending on the cases, between September 2010 and October 2015²⁵. In parallel, the Commission found that geo-blocking practices in the form of licensing and distribution agreements had been concluded bilaterally between the Publishers, with the exception of Capcom, and some of their respective PC video games distributors in the EEA (other than Valve). These agreements contained clauses which restricted cross-border (passive) sales of the affected PC video games within the EEA, including Czechia, Poland, Hungary, Romania, Slovakia, Estonia, Latvia and Lithuania²⁶. These anticompetitive practices lasted generally longer, i.e., between three and 11 years and were implemented, depending on each bilateral relationship, between March 2007 and November 2018²⁷.

Therefore, the anticompetitive practices involved Valve, the Publishers as well as third-party distributors²⁸.

²¹ *Valve* judgment, para. 4.

²² *Ibid.* It should be noted that the conduct at issue in the *Valve* case did not concern the Steam video games sold by Valve in the Steam Store, but only certain Steam video games distributed on a tangible or digital medium by third-party distributors by means of Steam Keys. Once the user has activated the game in the Steam user account using a Steam Key, he or she can play it in the same way as if the game had been purchased from the Steam Store. The geo-blocking measures examined by the Commission in the *Video games* cases concerned only those keys which were used only for the sale of such video games by third-party distributors outside the Steam Store.

²³ See “Antitrust: Commission fines Valve and five publishers of PC video games € 7.8 million for “geo-blocking” practices”, available at https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/ip_21_170.

²⁴ *Valve* judgment, para. 72.

²⁵ *As supra* n. 23.

²⁶ Notably, the Commission found evidence showing that the term «CIS», referred to in an exchange of e-mails between Valve and one of the Publishers in the context of the launch of one game, included *inter alia* Estonia, Latvia and Lithuania (*Valve* judgment, para. 112).

²⁷ *As supra* n. 23.

²⁸ In the *Valve* judgment, the Court emphasized that the Commission found that Valve was not aware or could not reasonably be expected to have been aware of the fact that the geo-blocked Steam Keys were used in addition to clauses restricting parallel imports contained in the distribution agreements concluded by four of the publishers with their third-party distributors (*Valve* judgment, para. 76).

The affected PC video games covered different genres, including sports, simulation and action games²⁹, and were distributed on a tangible or digital medium by third-party distributors by means of Steam Keys³⁰. The games were developed by the Publishers who were the copyright holders in the video games at issue, at least for the entire territory of the EEA³¹.

The five Publishers cooperated with the Commission by providing evidence of added value to the investigation, and by expressly acknowledging the facts and the infringements of EU antitrust rules. The Commission therefore granted reductions to the fines depending on the extent of this cooperation ranging from 10% (for Bandai, Focus Home, Koch Media and ZeniMax) and 15% (for Capcom)³².

The Commission imposed fines on the companies concerned for a total of EUR 7.8 million, out of which over EUR 1.6 million were imposed on Valve. While the cases *vis-à-vis* the Publishers were settled, Valve chose not to cooperate with the Commission and instead appealed the Decision against it. In its judgment of 27 September 2023, the General Court dismissed Valve's action in its entirety³³.

III. Geo-blocking of video games in the EU

Geo-blocking refers to a situation where traders operating in a given country limit or block access to their online interfaces, such as websites and apps, by customers from another country wishing to engage in cross-border transactions³⁴.

The existence of geo-blocking – or «regional locks» – has been a long-standing feature of the video game industry. Historically, some distinctions

²⁹ Examples of video game titles affected by the practices at issue included «Ridge Racer Unbounded» and «Inversion» of Bandai; «Resident Evil 4» and «Resident Evil 6» of Capcom; «Magrunner», «Cities XL Platinum», «Of Ores and Men» and «A Game of Thrones» of Focus Home; «Dead Island», «Dead Island Riptide» and «Metro Last Light» of Koch Media (see *Valve* judgment, paras 97, 98, 112, 114, 122, 125, 133, 136).

³⁰ *Valve* judgment, para. 32.

³¹ *Valve* judgment, para. 202.

³² As *supra* n. 23.

³³ See Chapter IV of this article.

³⁴ See Recital 1 of the EU Geo-blocking Regulation, as *supra* n. 17. Under this regulation, a «trader» means any natural person or any legal person, irrespective of whether privately or publicly owned, who is acting, including through any other person acting in the name or on behalf of the trader, for purposes relating to the trade, business, craft or profession of the trader (Article 2(18)); a «customer» means a consumer who is a national of, or has his or her place of residence in, a Member State, or an undertaking which has its place of establishment in a Member State, and receives a service or purchases a good, or seeks to do so, within the Union, for the sole purpose of end use (Article 2(13)); a «consumer» means any natural person who is acting for purposes which are outside his or her trade, business, craft or profession (Article 2(12)).

between different macro-regions worldwide – e.g., Japan, North America and Europe – were mainly justified by the different TV standards used (i.e., PAL or NTSC). This resulted in technical incompatibilities between game consoles and TV sets. Region locks were often implemented to ensure that consumers received products which were compatible with their television equipment, while modern TV sets can produce a satisfactory display from those formats³⁵.

While regional locks are not an issue among major video game console manufacturers, some video games may still have different local release dates or different content due to localization³⁶ or copyright law³⁷. Video games, in particular, are sometimes geo-blocked by initiative of publishers and developers who may decide to apply region-specific restrictions that limit the availability of – or access to – certain games between different countries. The most common reasons for these forms of «territory control»³⁸ are the following:

- *Copyright limitations*: video game publishers may have licenses for the game or its audiovisual content that are valid in specific countries or regions only;

- *Statutory requirements*: in countries like Germany and Austria the depiction of violence or symbols related to the Third Reich is prohibited– hence publishers often create two versions of the same games (one being a «low-violence» version for those two Member States) to comply with these requirements;

- *Staggered video game releases*: in order to effectively manage marketing strategies and prevent online infrastructure overload, video game

³⁵ For an overview of regional locks in video games, see A. MACCULLOCH, *Game over: the 'region lock' in video games*, (2005) 27(5) EIPR 176-183.

³⁶ In the context of video games, localization refers to the process of translating software from one spoken language into another. The extent of localization can vary depending on the financial feasibility of introducing a game to a new region. Sometimes, localization may only involve translating the box, documentation, or manuals associated with the game, while leaving the game itself unchanged. However, in other cases, localization can encompass the entire video game. When a video game is fully localized, all aspects of the game, including voiceover files, game text, graphics, and manuals, are translated into the target language. Alternatively, a partial localization may involve translating only the text within the game while leaving the voiceover files in the original language. For an overview of video games localization, see D. CZECH, *Challenges in video game localization: An integrated perspective*, in *Explorations: A Journal of Language and Literature*, Vol. 1 (2013) 3-25 (available at https://explorations.uni.opole.pl/wp-content/uploads/CzechDawidText_Vol1_Lang.pdf); H. M. CHANDLER and S. O'MALLEY DEMING, *The Game Localization Handbook*, 2nd Revised Edition (2011); A. ESSER, I. R. SMITH AND M. A. BERNAL-MERINO, *Media Across Borders: Localising TV, Film and Video Games* (Routledge; 2016).

³⁷ Copyright is territorial, i.e., the rights are acquired and enforceable on a country-by-country basis under national law.

³⁸ In addition to the Steam Keys system, Valve provides to the publishers a territory control function among the Steamworks services. See *Valve* judgment, paras 3 and 5.

publishers may choose to release a game earlier in some areas and delay it in others and hence restrict purchases in certain countries or regions during the early release period;

- *Commercial strategies*: to maintain price differentials and prevent unauthorized reselling or importing games from lower-priced countries into specific regions or countries (commercial traders engage in a phenomenon known as «grey marketing» or «grey imports»)³⁹. Video game publishers may decide to set different prices to accommodate varying purchasing power and hence prohibit importation or distribution of video games across different countries or regions where pricing differentials exist. By implementing geo-blocking or regional restrictions, publishers attempt to curtail such «grey marketing» activities and ensure that their intended pricing and market strategies are maintained.

As a result of these geo-blocking restrictions, European consumers are denied the benefits of the EU's Digital Single Market to shop around between Member States to find the most suitable offer whenever they purchase cross-border digital content distributed either on physical media, such as DVDs, or through downloads⁴⁰ from online gaming platforms such as Steam.

With regard to digital video games, in particular, the digital storefront of the place where the user is located determines the conditions for access and availability of games. Digital video game stores display different content depending on the EU Member State from where the user accesses the

³⁹ *Valve* judgment, para. 39. The terms «grey marketing» or «grey imports» (i.e., parallel imports) are commonly used among video game publishers and distributors. It is an industry jargon for parallel trade. With specific regard to the Steam Keys, it indicates the phenomenon of imports from companies that buy Steam Keys in countries where retail prices are lower to resell them in countries where games are generally higher priced. In the *Valve* judgment, the Court confirmed the Commission's conclusion that the reference to «no more ... grey marketing» which appeared in a number of Valve presentations regarding the Steamworks services was an indication that Valve was promoting the use of that function for the purpose of restricting passive sales. The Court also confirmed the Commission's conclusion that, in referring to «grey marketing», Valve was referring to the possibility of limiting the impact of sales in territories where prices are lower and not only to the provision of technical measures to safeguard copyright (*Valve* judgment, para. 100).

⁴⁰ Downloading a PC video game involves transferring digital files from a remote server which is then saved onto a user's local hard drive (computer). In the *Valve* case, the Court confirmed that «the gaming experience is enabled by a combination of code that the subscriber downloads and installs on his/her PC and code held by Valve». Nonetheless, «Steam-enabled PC video games, regardless of how they are purchased, may be played in offline mode (e.g., during a flight with no internet access) unless they require an active connection or use an external launcher. Whether a PC video game requires an active connection or not to be played depends on the set up of the PC video game». See points 95-96 of the Commission's Decision against Valve. In addition, according to one of the distribution agreements at issue in the *Valve* case, «Key(s)»: means the trackable activation key attached to each download of the Product which allows the End-User to unlock and play the Product» (See Commission's Decision against Valve, point 214 and footnote 380).

video game. This geo-location of the user affects for example, the availability of languages for certain game titles, the prices of games or the possibility to activate and play certain games on the platform. For example, Valve's Steam platform has an entire webpage dedicated to «Steam region restrictions»⁴¹. If there is an activation restriction in place, then the video game can only be activated on the Steam platform in the authorized territory. Once activated, it is possible to play the video game outside the authorized territory. If there is a run-time restriction, then the user can activate and play the video game in the authorized territory only⁴².

The geographical location of the user is often identified on the basis of the user's Internet Protocol address («IP address») or the billing information in cases where the platform operator has such information from a previous purchase (e.g., due to the use of a credit card). If the user employs territory-neutral payment systems, the territory is identified on the basis of the user's IP address only⁴³.

IV. The *Valve* judgment of the General Court

In its application before the Court, Valve put forward two pleas in law: *(i)* in the first plea, Valve alleged errors of law and errors in the assessment of the facts in the application of Article 101(1) TFEU; in essence, Valve claimed that the Commission was wrong to conclude that it had entered into an agreement or participated in a concerted practice in order to restrict passive sales of the video games at issue; *(ii)* in the second plea, Valve claimed, in essence, that the Commission was wrong to characterize its conduct as a restriction of competition by object⁴⁴.

This article focusses on the legal arguments raised by Valve in the second plea, summarized under three limbs, namely that the Commission: *(a)* failed to appreciate the novelty of the conduct at issue, *(b)* wrongly assessed the relevant legal context, namely the relevance of the Copyright Directive, the role of Valve as a two-sided platform and the nature of the products and services at issue (digital video games), and *(c)* wrongly assessed the relevant legal context.

⁴¹ Available at <https://help.steampowered.com>.

⁴² *Valve* judgment, para. 5.

⁴³ Point 89 of the Commission's Decision against Valve.

⁴⁴ *Valve* judgment, para. 24. A summary of Valve's application is available at <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=242857&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=871706>.

a. *Novelty of the case*

Under the first limb of the second plea in law, Valve claimed that the Commission failed to take sufficient account of the novelty of the case, as it was the first time that the Commission examined conduct consisting of the provision by a third party of technological measures provided for by the Copyright Directive⁴⁵.

Valve submitted, in particular, that it was not acting, in the context of the conduct in question, as a reseller or distributor of the Publishers' Steam-enabled video games, but rather as a supplier of digital services; that, contrary to the Commission's finding, it had no financial interest in locking Steam Keys or any strategy to protect the Steam Store's sales or its margins, and that, therefore, the existing case-law on parallel imports does not constitute relevant «experience» for the purpose of categorizing the agreements in question as a restriction of competition by object⁴⁶.

The Court rejected Valve's arguments in their entirety, thus confirming the Commission's conclusions on all these points. It first emphasized that the concept of «restriction of competition by object» must be strictly interpreted and must be applied only to those practices which reveal a sufficient degree of harm to competition for it to be considered that it is not necessary to show effects⁴⁷.

The Court observed that the Commission examined the content of the agreements between Valve and the Publishers and that, following that analysis, the Commission rightly concluded that the object of those agreements or concerted practices was to place technical restraints to the circulation of the video games at issue outside certain EEA territories so as to restrict passive sales of those games⁴⁸.

More specifically, the Court sided with the Commission in concluding that the geo-blocking sought to prevent those video games, distributed in EEA countries at low prices, from being purchased by distributors or users

⁴⁵ *Valve* judgment, para. 164. Article 6 of the Copyright Directive specifically protects technological protection measures designed to prevent or restrict acts in respect of works or other subject-matter which are not authorized by the right holder. Article 7 of Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs (Codified version), [2009] OJ L 111/16 (hereinafter, the «Software Directive») protects «any technical device which may have been applied to protect a computer program». The Software Directive is *lex specialis* with regard to the regulation of the use of technical protection measures in software - see, e.g. judgment of the Court of Justice in *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp*, C-128/11, EU:C:2012:407, para. 56 (hereinafter, «*UsedSoft*»).

⁴⁶ *Valve* judgment, para. 164.

⁴⁷ *Valve* judgment, para. 169.

⁴⁸ *Valve* judgment, para. 172.

located in other EEA countries at much higher prices, thus restricting passive sales of those games, as was apparent from the exchanges between Valve and each of the Publishers⁴⁹.

The Court then stated that the Commission was correct to conclude that the existing case-law on parallel imports should apply to the case at hand⁵⁰. Confirming previous settled case-law⁵¹, the Court emphasized that agreements which are intended to make the interpenetration of national markets more difficult, to partition national markets according to national borders or to artificially segment the internal market are liable to frustrate the Treaty's objective of achieving the integration of those markets through the establishment of a single market⁵².

Moreover, the Court sided with the Commission in concluding that Valve's conduct led to a restriction of competition, in countries where prices are higher, between passive sales of the video games at issue, distributed by means of the geo-blocked Steam Keys, and sales of the games at issue in the Steam Store and between passive sales of the video games at issue and those distributed by the Publishers' distributors in the territories where the prices are highest; thus, the Court concluded that «the agreements or concerted practices at issue may be treated in the same way as the additional measures examined in the case-law relating to parallel imports», which «restricted competition between the supplier's various distributors»⁵³.

Finally, the Court dismissed Valve's allegation that it was not acting as a reseller or distributor of the publishers' Steam video games but rather as a supplier of digital services. Instead, the Court emphasized that the fact that Valve and the Publishers were not in a distributor-supplier relationship in the context of the conduct at issue is irrelevant⁵⁴ and that, in any event, Valve had an interest in the Steam Keys being geo-blocked for the ter-

⁴⁹ *Valve* judgment, paras 172 and 173. The Court emphasized that the supply of geo-blocked Steam Keys did have the object of restricting parallel imports of the video games at issue, by making any passive sales outside the territory of certain EEA countries practically impossible.

⁵⁰ *Valve* judgment, para. 174.

⁵¹ In particular, judgments of the Court of Justice in *Consten and Grundig v Commission*, Cases 56/64 and 58/64, EU:C:1966:41 (hereinafter, «*Consten and Grundig*»), in *Miller International Schallplatten GmbH v Commission*, C-19/77, EU:C:1978:19 (hereinafter, «*Miller International*»), and in *Murphy*, as *supra* n. 1.

⁵² *Valve* judgment, para. 175.

⁵³ *Valve* judgment, para. 181.

⁵⁴ This is because the conduct in itself has as its object the prevention of parallel imports and the restriction of competition between the Publishers' various distributors. *Valve* judgment, para. 182.

ritories in which the games at issue were being sold by third party distributors at lower prices⁵⁵.

b. *Legal context*

Under the second limb of the second plea in law, Valve submitted that the Commission failed to take account that intellectual property (IP) rights and the Copyright Directive are essential elements of the legal context which must be taken into account in the application of Article 101 TFEU⁵⁶.

Valve claimed that the Commission misapplied the distinction established in the case-law between the existence and the exercise of copyright⁵⁷ with regard to the video games concerned; that, in order to ensure a balance between IP law and competition law, the competition rules must be interpreted in a way that is consistent with the rules on free movement and that, in accordance with the Copyright Directive, the IP rights held by the Publishers in the video games in question were not subject to exhaustion⁵⁸ within the European Union (as the Publishers' conduct was, according to Valve, con-

⁵⁵ This is because also Valve was selling the same video games in the Steam Store, for which it retained 30% of the amounts received and which were at least potentially in competition with the Steam video games sold by third-party distributors by means of the geo-blocked Steam Keys. Thus, the restrictions on parallel imports of the geo-blocked Steam Keys were such as to be capable of influencing sales in the Steam Store and thus the margins earned by Valve as a result of those sales. *Valve* judgment, para. 183.

⁵⁶ *Valve* judgment, paras 185-188.

⁵⁷ The existence/exercise of an IP right dichotomy is set out in settled EU case-law – see, e.g., judgment of the Court of Justice in *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG.*, C-78/70, EU:C:1971:59 (hereinafter, «*Deutsche Grammophon*»), para. 11: «although the Treaty does not affect the existence of rights recognized by the legislation of a Member State with regard to industrial and commercial property, the exercise of such rights may nevertheless fall within the prohibitions laid down by the Treaty». See also the judgment of the Court of Justice in *Coditel SA, Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, and others v Ciné-Vog Films SA and others*, C-262/81, EU:C:1982:334 (hereinafter, «*Coditel I*»), p. 3387: «the question raises the issue as to whether Article [101 TFEU] is inapplicable because the action derives from a legal status. Interpreted in that manner, the question asks in effect “where in this particular case the line is to be drawn between the existence of copyright and the exercise thereof”. The Court of Justice, in drawing that distinction itself, took the view that the exercise of such a right might fall within the ambit of the prohibitions contained in the Treaty each time it manifested itself as the subject, the means or the consequence of a restrictive practice»; and p. 3401: «the mere fact that the owner of the copyright in a film has granted to a sole licensee the exclusive right to exhibit that film in the territory of a Member State and, consequently, to prohibit, during a specified period, its showing by others, is not sufficient to justify the finding that such a contract must be regarded as the purpose, the means or the result of an agreement, decision or concerted practice prohibited by the Treaty».

⁵⁸ The principle of EU exhaustion of an IP right is embodied in settled EU case-law. For copyright, see *inter alia* the *Deutsche Grammophon* judgment, para. 13; for trademarks, see *inter alia* the judgment of the Court of Justice in *Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v Winthrop BV*, C-16/74, EU:C:1974:115, para. 12. See also the judgment of the Court of Justice in *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, C-355/96, EU:C:1998:374, para. 31, and Article 15 of Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trademarks (recast), [2015] OJ L 336/1.

sistent with the right of communication to the public, which does not exhaust⁵⁹); and that technical measures, such as the geo-blocking of Steam Keys, are expressly authorized by that Directive and cannot be categorized as a restriction by object. Consequently, according to Valve, the Publishers were entitled to use territorial control measures to prevent unauthorized communication to the public of their Steam-enabled video games in certain EEA territories.

The Court rejected Valve's arguments in their entirety, thus confirming the Commission's conclusions on these points.

Starting from the well-established principle that although the Treaty does not affect the existence of IP rights the exercise of those rights may nevertheless fall within the prohibition of Article 101 TFEU, the Court stated that the distinction between existence and exercise of IP rights also applies where those rights are exploited in the form of a service rather than on a physical medium⁶⁰.

Applying this case-law to the facts of the *Valve* case, the Court stated that while the existence of copyright is not called into question in such case⁶¹, the exercise of the Publishers' copyright was «the object, the means or the consequence of an agreement within the meaning of the case-law» that establishes that contractual terms reflecting the exercise of IP rights may fall within Article 101 TFEU whenever it appears that they have a restrictive object and thus constitute a disguised restriction on trade between Member States⁶².

⁵⁹ Article 3(3) of the Copyright Directive states the following: «The rights referred to in paragraphs 1 and 2 shall not be exhausted by any act of communication to the public or making available to the public as set out in this Article». With regard to the non-exhaustion of services, Recital 29 of the Copyright Directive states the following: «Unlike CD-ROM or CD-I, where the intellectual property is incorporated in a material medium, namely an item of goods, every on-line service is in fact an act which should be subject to authorization where the copyright or related right so provides».

⁶⁰ The Court of Justice referred in particular to the *Coditel I* judgment as well as the *Canal +* judgment, where it expressly envisaged that the exercise of the copyright on a film and the right of exhibition which derives from copyright could distort competition and be caught by the prohibition laid down in Article 101 TFEU. In *Coditel I*, the Court pointed out that that could be the case irrespective of the fact that making a film available by way of exhibition may be repeated ad infinitum, that the copyright holder could require royalties for any exhibition of that film and that the copyright holder could grant a single licensee the exclusive right to exhibit that film, and thus prohibit its exhibition by others, in the territory of a Member State for a specified period of time. The copyright holder may continue to exercise his or her rights, in particular in order to require a fee for each exhibition of a film or for the prohibition of successive exhibitions by others. However, this does not preclude such an exercise of copyright from being caught by Article 101 TFEU, where that exercise could constitute a disguised restriction on trade between Member States (*Valve* judgment, paras 191 and 192).

⁶¹ The Commission's Decision against Valve did not call into question the possibility for Publishers to grant their distributors licences which were limited to the territory of certain EEA countries. *Valve* judgment, para. 197.

⁶² *Valve* judgment, para. 191, citing the judgments in *Deutsche Grammophon*, *Coditel I* and *Generics (UK) and Others*, C-307/18, EU:C:2020:52 (hereinafter, «*Generics (UK)*»).

Therefore, the Court confirmed that the Commission was right in finding that Valve's argument that the Publishers' copyright was subject to the rule of exhaustion was «not decisive for the purposes of the application of Article 101 TFEU»⁶³.

In addition, the Court found that «irrespective of whether passive sales by distributors were liable to be penalised before the competent national courts for infringement of the publishers' copyrights [...] it is apparent from the e-mail exchanges between [Valve] and the publishers [...] that the publishers were confronted with passive sales issues and that the geo-blocking of the Steam Keys was implemented in order to respond to the phenomenon of passive sales actually found by the publishers and [Valve]»⁶⁴. In this regard, the Court seemed to confirm the Commission's conclusion that «the fact that a given business conduct (e.g. passive sales by the licensee outside its licensed territory in the context of a non-exhausted IP right) may be potentially "risky" for the licensee because it may be subject to legal action (since the IP holder may resort to IP infringement action in courts to block such sales), the merits of which have to be determined by the relevant courts, does not preclude the application of Article 101 of the Treaty as, at the very least, such conduct represents potential competition which may be restricted by means of an agreement»⁶⁵. The Court concluded that «the object of the conduct at issue was to make passive sales impossible, thereby eliminating the actual or potential competition which those sales represent»⁶⁶.

Similarly, the Court found Valve's arguments criticizing the Commission for having failed to examine whether the sale of the Steam video games by means of Steam Keys came within the distribution right set out in Article 4 of the Copyright Directive⁶⁷ or the right of communication to the public set out in Article 3(1) of the Copyright Directive⁶⁸ as well as the inferences

⁶³ *Valve* judgment, para. 203.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ See point 309 of the Commission's Decision against Valve.

⁶⁶ *Valve* judgment, para. 203.

⁶⁷ «1. Member States shall provide for authors, in respect of the original of their works or of copies thereof, the exclusive right to authorise or prohibit any form of distribution to the public by sale or otherwise. 2. The distribution right shall not be exhausted within the Community in respect of the original or copies of the work, except where the first sale or other transfer of ownership in the Community of that object is made by the rightholder or with his consent».

⁶⁸ «Member States shall provide authors with the exclusive right to authorise or prohibit any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them». For many commentators, this right is intended as the right to «authorize or prohibit» access to digital goods through technological measures. See, for example, M. FAVALE, *The Right of Access in Digital*

to be drawn from the *Tom Kabinet* judgment⁶⁹ as regards the application of the rule of copyright exhaustion to the video games at issue ineffective⁷⁰.

The Court equally considered ineffective and rejected Valve's argument that the case-law on free movement is based on the principle of exhaustion of the IP right in order to determine whether a commercial barrier is artificial⁷¹.

Moreover, the Court decided that, contrary to Valve's claims, the Commission did not fail to take into account the Copyright Directive and, more specifically, Article 6 thereof⁷² (i.e., a provision that specifically protects technological protection measures) or deprive it of practical effect⁷³, even though the Commission did not expressly refer to the Copyright Directive or Article 6 in its Decision against Valve. In this regard, the Court stated that it is clear, first of all, that that Decision «does not call into question the possibility for publishers to grant their distributors licences which are limited to the territory of certain EEA countries. The conduct at issue relates to the additional measures, adopted by the applicant and each of the publishers, intended to ensure compliance with such territorial limitations by making any sale or any use of the video games at issue outside

Copyright: Right of the Owner or Right of the User?, (2012) 15(1) The Journal of World Intellectual Property, 1-25.

⁶⁹ Judgment of the Court of Justice in *Nederlands Uitgeversverbond and Groep Algemene Uitgevers v Tom Kabinet Internet BV and Other*, C-263/18, EU:C:2019:1111 (hereinafter, «*Tom Kabinet*»). Tom Kabinet provided an online “reading club” where it offered – in return for payment of a sum of money – its members “second-hand” e-books which were either purchased by Tom Kabinet or donated free of charge by members of the club, in which latter case those members had to provide the download link in respect of the book in question and declare that they had not kept a copy of the book. The Court of Justice found that the supply of an e-book within Tom Kabinet's online service is not subject to the distribution right under Article 4 of the Copyright Directive, but rather constitutes an act of communication within the meaning of Article 3(1) of that Directive. One of the determinants factors for such finding was the fact that the defendant's communication was addressed to a «public» and that the technical means used for the initial and the defendant's communication were identical i.e., the internet, because of the terms of the licence accompanying the e-books subsequently made available for «sale» by Tom Kabinet. The Court of Justice also decided that an e-book is not a computer program and that the *UsedSoft* judgment cannot apply to e-books because the Software Directive is *lex specialis*. It ruled that the supply of a book on a material medium and the supply of an e-book cannot be considered equivalent from an economic and functional point of view, and even if an e-book were to be considered complex matter comprising both a protected work and a computer program eligible for protection under the Software Directive, the computer program is only incidental in relation to the work contained in such a book and the fact that it may form part of an e-book so as to enable it to be read cannot result in the application of the specific provisions of the Software Directive (see the *Tom Kabinet* judgment, paras 57-59, 62, 69, 70-71). However, in that judgment the Court did not address the critical question for this article, namely whether the public at which the communication was directed was «new», since Tom Kabinet's communication was, in fact, a new communication to the public.

⁷⁰ *Valve* judgment, para. 194.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² See text accompanied by *supra* n. 45.

⁷³ *Valve* judgment, para. 195.

the territory of certain EEA countries impossible»⁷⁴. In addition, the Court stated that the Commission «did take into account the existence of copyright in the video games at issue and took that into account in its assessment of whether there was a restriction of competition by object»⁷⁵. The Court also found that «the mere fact that recital 29 and Article 6 of the Copyright Directive provide for the possibility of adopting “technological measures” does not preclude such measures from being taken under Article 101 TFEU when they are the object, the means or the consequence of conduct which infringes that article»⁷⁶, and noted that Article 9 expressly states that the provisions of that directive do not «affect the application of the law on restrictive practices and unfair competition»⁷⁷.

In this part of the judgment, the Court stated that the geo-blocked Steam Keys should be assimilated to such “additional measures” aimed at ensuring compliance with the territorial limitations on the exploitation of (exclusive) licenses recognized by the case-law⁷⁸ as being contrary to Article 101 TFEU, and in particular the obligation to take measures making it impossible to access the protected subject matter from outside the territory covered by the license agreement concerned⁷⁹. The Court referred here to the “additional measures” in the form of “geo-blocked” decoder cards used for decryption of encrypted satellite broadcasts of football matches (*Murphy*) and to the geo-blocking clauses included in the pay-TV licensing agreements that prevented EEA passive sales outside the UK and Ireland (*Canal +*). It is therefore now settled that contractual clauses including geo-blocking “measures” or “devices” such as those at issue in the *Valve*, *Murphy* and *Canal +* cases are contrary to Article 101 TFEU because they partition national markets according to national borders and as such «are liable to frustrate the Treaty’s objective of achieving the integration of those markets through the establishment of a single market»⁸⁰.

⁷⁴ *Valve* judgment, para. 197.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Valve* judgment, para. 198.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Valve* judgment, para. 199. The Court cited the *Murphy* and *Canal +* judgments. At para. 200, the Court stated that, contrary to Valve’s claims, the fact that the *Murphy* judgment «was delivered in the specific context of the application of Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission ([1993] OJ L 248, p. 15) does not call into question the possibility of adopting the same solution in the present case». At para. 201, the Court stated that, in the *Canal +* case, «irrespective of the question of exhaustion of copyright», the conclusions contained in the *Murphy* judgment «could be applied to the measures at issue in that case, since the situations were comparable in commercial and competitive terms».

⁷⁹ *Valve* judgment, para. 199.

⁸⁰ *Valve* judgment, para. 175.

Next, the Court emphasized that «the exercise of the publishers’ copyright was indeed the object, the means or the consequence of an agreement within the meaning of the case-law on parallel imports⁸¹, as «the geo-blocking of the Steam Keys did not pursue an objective of protecting the publishers’ copyright, but was used to eliminate parallel imports in order to protect sales of the video games at issue and the high royalty amounts collected by the publishers, or by the applicant, as regards the Steam Store, in certain EEA countries»⁸². In addition, the Court stated, as observed by the Commission, that «the fact that the publishers are copyright holders in the video games at issue, at least for the entire territory of the EEA, confirms such a finding»⁸³.

Moreover, the Court dismissed the question whether the rule of the exhaustion of copyright and whether passive sales by the Publishers’ distributors could be the subject of legal proceedings before the competent national courts as not decisive for the purposes of the application of Article 101 TFEU⁸⁴.

Finally, recalling the *Murphy* judgment, the Court emphasized that «the geo-blocking of the Steam Keys did not pursue an objective of protecting the Publishers’ copyright, but was clearly used to eliminate parallel imports entirely and thus protect the high royalty amounts collected by the publishers, or by [Valve], as regards the Steam Store, in certain EEA countries»⁸⁵.

c. *Economic context*

Under the third limb of the second plea in law, Valve submitted that the Commission failed to examine sufficiently the economic context surrounding the conduct at issue. It claimed in particular that the Commission should have considered whether passive sales restrictions were, by their very nature, harmful to the proper functioning of competition in that they reduced output and increased prices, to the detriment of consumers; that

⁸¹ Namely, judgments in *Deutsche Grammophon* and in *Coditel I*, as *supra* n. 57 as well as in *Generics (UK)*, as *supra* n. 62.

⁸² *Valve* judgment, para. 202.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Valve* judgment, para. 203.

⁸⁵ *Valve* judgment, para. 204, referring to paras 108 to 115 of the *Murphy* judgment. In the same paragraph of the *Valve* judgment, the Court emphasized that «copyright is intended only to ensure for the right holders concerned protection of the right to exploit commercially the marketing or the making available of the protected subject matter, by the grant of licenses in return for payment of remuneration; it does not guarantee the right holders concerned the opportunity to demand the highest possible remuneration or to engage in conduct such as to lead to artificial price differences between the partitioned national markets. Such partitioning and such an artificial price difference to which it gives rise are irreconcilable with the fundamental aim of the Treaty, which is completion of the internal market».

digital products and on-line services are fundamentally different from tangible goods; that geographical blocking benefited consumers, since it enabled the publishers to build an audience and increase output and also ensured supply in countries where prices are lower; and that there was no sufficient degree of harm to competition caused by the agreements or concerted practices⁸⁶.

The Court rejected Valve's arguments in their entirety, thus confirming the Commission's conclusions on these points.

At the outset, the Court noted that the Commission's Decision against Valve contains an analysis of the economic context and that the Commission notably observed that the agreement to geo-block the Steam Keys was not inherent in the nature of the license itself, but was envisaged for the purpose of ensuring that third-party distributors receiving the keys complied with the territorial limits of their respective licenses⁸⁷; moreover, it noted that the Commission found that, insofar as Valve also acted as a distributor of the video games at issue, it was in competition with the distributors of the Steam Keys and could use the geo-blocking of the Steam Keys in order to protect its margins in the Steam Store⁸⁸.

In the first place, contrary to Valve's claim that the Commission did not examine whether the conduct at issue was sufficiently harmful because it led to reductions in output and price increases to the detriment of consumers, the Court recalled that Article 101 TFEU was intended not only to protect the interests of competitors or consumers, but also to protect the structure of the market and competition, and therefore that, in order to find that an agreement has an anticompetitive object, it is not necessary that the final consumers be deprived of the advantages of effective competition in terms of supply or price⁸⁹.

In the second place, the Court dismissed Valve's allegation that the Commission failed to take account of the nature of the Steam Keys. In that regard, the Commission responded to Valve's argument that the Steam Keys were not physical goods but rather consisted in the acquisition of a license for end-users to access and play games on Steam. In this part of the judgment, the Court referred back to the Commission's position that the question of exhaustion of copyright was not relevant for the purposes of concluding that there was a restriction by object⁹⁰.

⁸⁶ *Valve* judgment, paras 206-209.

⁸⁷ *Valve* judgment, para. 211.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Valve* judgment, para. 212.

⁹⁰ *Valve* judgment, para. 213.

In the third place, the Court dismissed all other Valve's arguments aimed at departing from the established case-law which presumes that agreements aimed at preventing or limiting parallel imports generally have the object of restricting competition. The Court dismissed *inter alia* Valve's argument that, with regard to the nature of the Steam Keys or the functioning of the video games market, the Commission should have taken into account the fact that digital products and online services are excluded from the scope of the EU Geo-blocking Regulation⁹¹.

Finally, the Court dismissed all remaining arguments raised by Valve to justify its practices from an economic viewpoint⁹², based on their vagueness or irrelevance in the context of the analysis of restrictions by object, and also dismissed Valve's arguments about the pro-competitive effects of geo-blocking of Steam Keys⁹³.

V. The copyright protection of video games in the EU

Generally speaking, as soon as a video game as an original work is fixed on a medium it is protected by copyright. In order to be protected by copyright, a video game does not need registration. This is different from the grant of patents or trademarks which have application processes with registration fees⁹⁴.

The World Intellectual Property Organization (WIPO) considers⁹⁵ that «video games are complex creations, composed by multiple copyrighted works (e.g., literary works, graphics, sound, characters and software) which deserve independent legal protection. Although the majoritarian trend considers that software is the prevailing element of video games, we believe that the distinguishing element of one video game from another will not be the underlying software only, but also the various audiovisual

⁹¹ *Valve* judgment, para. 218. The Court observed, in particular, that the EU Geo-blocking Regulation «was not in force at the material time. In any event, as is apparent from the review clause introduced in Article 9 of that regulation, the EU legislature expressly envisaged the possibility of extending the scope of the prohibition on geo-blocking to electronically supplied services the main feature of which is to provide access to copyright-protected works, provided that the seller or supplier has the rights required for the territories concerned».

⁹² Namely, that PC video games are “semi-perishable” products, with the result that price differentiation takes place over time; that Valve has no interest in the geo-blocking of the Steam Keys; that those keys concern only certain games and represent only 3% of the total sales of the Steam video games. *Valve* judgment, paras 220-222.

⁹³ *Valve* judgment, paras 224-232.

⁹⁴ For an overview of the legal aspects of video games, see S. G. BOYD - B. PYNE - S. F. KANE, *Video Game Law: Everything you need to know about Legal and Business Issues in the Game Industry*, (Routledge; 2019); R. GARD AND E. TOWNSEND GARD, *Video games and the law*, (Routledge; 2017).

⁹⁵ See https://www.wipo.int/copyright/en/activities/video_games.html: Video Games (wipo.int).

and literary elements created for each video game. Those may also include performances by actors and musicians [...] none of the elements neither the software nor the audiovisual, would necessarily prevail; a distributive approach seems to be appropriate, insofar as a video game is made of both elements»⁹⁶. According to the WIPO, however, for certain games like those developed for social networks or smartphones (e.g., card games or bubble shooter games), which may not rely heavily on audiovisual elements, copyright protection would be sought primarily through the game's software rather than its audiovisual components⁹⁷.

Similarly, in the EU video games are considered complex works containing multiple elements (including the characters in a given video game, its settings, soundtrack, and audio-visual parts) that can each be individually copyright-protected, if they achieve a certain level of originality and creativity. Works such as computer programs (software) that run the game are a common element of all video games and are also copyright protected «only if they are original in the sense that they are their author's own intellectual creation»⁹⁸.

In the *Nintendo* judgment⁹⁹, which concerned console games, the Court considered that «although videogames take their functionality from a computer program, they begin and progress following a narrated predetermined route by the authors of those games in a way to make a group of images and sounds appear together with some conceptual autonomy»¹⁰⁰. In addition, «video games [...] constitute complex matter comprising not only a computer program but also graphic and sound elements, which, although encrypted in computer language, have a unique creative value which cannot be reduced to that encryption. In so far as the parts of a videogame, in this case, the graphic and sound elements, are part of its originality, they are protected, together with the entire work, by copyright in the context of the system established by Directive 2001/29»¹⁰¹. Therefore, under EU copyright law, video games may be considered “hybrid” products: while on the one hand the Copyright Directive would protect the video game as such as a «work or other subject matter», the underlying code or software component

⁹⁶ See *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, WIPO (2013), point 294, available at <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4130>.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ See judgment of the Court of Justice in *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening*, C-5/08, EU:C:2009:465, para. 35 and point 50 of the Commission's Decision against Valve.

⁹⁹ Judgment of the Court of Justice in *Nintendo Co Ltd and Others v PC Box Srl and 9Net Srl*, C-355/12, EU:C:2014:25 (hereinafter, «*Nintendo*»).

¹⁰⁰ *Nintendo* judgment, para. 16.

¹⁰¹ *Nintendo* judgment, para. 23.

would be protected under the Software Directive¹⁰². Also the WIPO observed that this is the prevalent position in the EU¹⁰³.

In terms of ownership and grant of rights, if the publisher of a video game owns the copyright to the game, then it will have the exclusive right to exploit the game worldwide in perpetuity, including the exclusive right to distribute it either directly or by means of other publishers/distributors, either by traditional retail “boxed” games, or by digital distribution (typically, streaming or downloads) via mobile, online or other digital distribution platforms¹⁰⁴. If the developer controls the copyright to the video game, the IP situation depends on the specificities of each jurisdiction. Generally, in the contractual negotiations with the publisher, the developer would retain ownership of the source code and any tools used to create the software used to run the game¹⁰⁵. However, if the developer has no expertise or financial means to distribute and sell the game, it will normally seek a publisher for the distribution and marketing of the PC video game. In such cases, the developer will normally enter into a licence and distribution agreement with the publisher, who will act as a distributor, either on an exclusive or non-exclusive basis. In turn, the publisher may conclude a sub-licence and distribution agreement with a distributor. In this latter case, the publisher cannot pass more rights to the distributor than those that it had itself obtained from the developer. In such instances, the distributor acts essentially as a sub-distributor¹⁰⁶.

VI. Open copyright questions in light of the *Valve* judgment

The above discussion has made it clear that, while it is undisputed that video games can be protected by copyright as «works or other subject matter» (see Chapter V of this article), due to their complex and cross-cutting nature, they present a number of questions and challenges in terms of copyright. In particular, the *Valve* case has left open the question whether, in case of Steam-enabled PC video games that are accessed to and activated on the Steam online gaming platform via the use of Steam Keys, the right of communication to the public, recognized by Article 3(1) of the Copyright Directive¹⁰⁷ is subject to exhaustion pursuant to Article 3(3)¹⁰⁸ and, in

¹⁰² See text accompanied by *supra* n. 45.

¹⁰³ See *Mastering the Game: Business and Legal Issues for Video Game Developers – A Training Tool*, WIPO (2022), available at <https://tind.wipo.int/record/45851>.

¹⁰⁴ See point 38 of the Commission’s Decision against Valve.

¹⁰⁵ See point 39 of the Commission’s Decision against Valve.

¹⁰⁶ See point 40 of the Commission’s Decision against Valve.

¹⁰⁷ See text accompanied by *supra* n. 68.

¹⁰⁸ See text accompanied by *supra* n. 59.

connection to this, what is the role of the distribution right, recognized by Article 4 of the same directive¹⁰⁹.

In order to examine whether copyright exhaustion applies to video games, a distinction should be made between video games where the copyright protected «work or other subject matter» is not embodied in a tangible medium (e.g., downloadable games) and video games embodied in a tangible medium such as a boxed DVD that need to be activated via digital means such as a code or key. While it is undisputed that the principle of exhaustion applies to copyright-protected content embodied in a tangible medium, it is debatable whether that principle would apply to PC video games that require a code or a key to be accessed and played on digital gaming platforms such as Steam. As discussed in Chapter IV of this article, in the *Valve* case Valve claimed that the video game publishers' conduct was consistent with the right of communication to the public, which does not exhaust. However, the Court fully dismissed Valve's copyright arguments as not relevant for the purposes of competition law analysis.

Nonetheless, it is doubtful whether digital activation codes or keys, which are mere series of alphanumeric codes or sequences that uniquely identify each copy of a PC video game, possess the minimum level of originality that would be required to warrant copyright protection. Similarly, it is debatable whether such activation codes or keys would be protected as technical protection measures under Article 6 of the Copyright Directive or under Article 7 of the Software Directive¹¹⁰. In the view of some commentators, by applying the *lex specialis* doctrine to “hybrid products” such as video games, the law applicable to “technical protection measures” or “technical devices” used to protect a video game should be the Software Directive and the distribution of devices to circumvent such measures or devices should be governed by the Software Directive¹¹¹. Therefore, based on the interpretation of these commentators, following the *UsedSoft* judgment¹¹², the distribution right would play a role and the principle of exhaustion would apply.

¹⁰⁹ See text accompanied by *supra* n. 67.

¹¹⁰ See text accompanied by *supra* n. 45.

¹¹¹ See T. RENDAS, *Lex Specialis(sima): Videogames and Technological Protection Measures in EU Copyright Law*, (2015) 37(1) EIPR 39-45.

¹¹² In the *UsedSoft* judgment, as *supra* n. 45, the Court of Justice decided that the principle of exhaustion concerns both tangible and intangible copies of a computer program, including copies which, on occasion of their first sale, were downloaded from the internet on the first acquirer's computer. The Court concluded that the downloading of the computer program from the claimant's website and the sale of the user licence formed an indivisible whole and, moreover, amounted to a transfer in ownership of the software copy in question. The Court of Justice further ruled that this interpretation would not be affected by a possible different interpretation of the exhaustion principle under Article 4(2) of the Copyright Directive, in the light of Recitals 28 and 29 and of the WIPO Copyright Treaty (*UsedSoft* judgment, paras 44, 52, 59-63).

Whatever legal interpretation is given to these open copyright questions, in the *Valve* judgment the Court clearly stated that the question whether the video game publishers' copyright was subject to the rule of copyright exhaustion was not decisive for the purposes of the application of Article 101 TFEU¹¹³.

Some commentators argue in this regard that if one followed the Court, a restriction of passive selling would be restrictive by object unless and until a national court declares that such passive selling amounts to a copyright infringement and that therefore the presumptive validity of IP titles would bear no relevance in competition law analysis. This interpretation, however, misrepresents the presumption of validity of an IP title such as a patent or trademark and the infringement of an IP right for which no presumption exists. In the EU, registration is not necessary for litigation over copyright infringement (differently from the US)¹¹⁴ and an original work is valid and protected by copyright as soon it is fixed on a medium. An infringement of copyright is not presumed but has to be proven in court.

The Court therefore correctly decided in the *Valve* case that the object of the conduct at issue was to make passive sales impossible, thereby eliminating the actual or potential competition which those sales represented «irrespective of whether passive sales by distributors were liable to be penalized before the competent national courts for infringement of the publishers' copyrights»¹¹⁵.

As described in detail in Chapter IV of this article, by applying settled case-law regarding the concept of contractual obligations or additional measures¹¹⁶ preventing passive sales and resulting in partitioning of the internal market¹¹⁷ to the facts of the case, the Court determined that the object of the conduct at issue was to make it practically impossible to use the Steam Keys outside the territory of certain EEA countries and to introduce a genuine restriction on passive sales of the video games at issue outside those territories. Therefore, by assimilating the geo-blocked Steam Keys to «additional measures» aimed at ensuring compliance with the territorial

¹¹³ *Valve* judgment, para. 203.

¹¹⁴ Determining copyright infringement requires comparing the fixed expression in the copyrighted game to the fixed expression of the accused infringer. This comparison is problematic, but there have been copyright cases involving, for example, arcade machines: see *Mastering the Game: Business and Legal Issues for Video Game Developers – A Training Tool*, as *supra* n. 103, chapters 3.1.1.1 and 3.1.1.4.

¹¹⁵ *Valve* judgment, para. 203.

¹¹⁶ Within the meaning of the case-law in *Murphy*, para. 141, and *Canal +*, para. 51, as *supra* n. 1.

¹¹⁷ *Valve* judgment, para. 178, where the Court quoted to that effect the judgments of the Court of Justice in *Consten and Grundig*, *Miller International* and *Murphy*.

limitations on the exploitation of (exclusive) licenses such as those concerned in the *Murphy* and *Canal +* cases, the Court clarified that Valve's conduct leads to a reconstruction of the partitioning of national markets and an artificial segmentation of the internal market liable to frustrate the Treaty's objective of achieving the integration of national markets through the establishment of a single market¹¹⁸. In this regard, the concept of absolute territorial protection, set out in previous settled case-law¹¹⁹, strikes the appropriate balance between the right holders' interests in protecting their IP rights and the free circulation of products and services – including copyright-protected services – within the internal market.

However, differently from the *Murphy* case, which concerned tangible products, namely decoder cards used for un-encryption of satellite broadcasts of football matches, covered by exclusive licenses, in the *Valve* case the Court applied those principles to intangible copyright-protected goods or services such as Steam Keys used to activate PC video games that were covered by EEA-wide non-exclusive licences: «it is apparent [...] that the products or services at issue were not tangible goods, but in reality consisted in the acquisition, by the end user, of a licence to access and play a game on Steam. It is, moreover, in that context that the Commission considered that the question of the exhaustion of copyright was not relevant for the purposes of concluding that there was a restriction by object [...], the fact that the conduct at issue relates to intangible goods or digital services, covered by copyright which has not been exhausted, does not preclude that conduct from being found to be a restriction by object»¹²⁰.

Finally, the Court dismissed Valve's further copyright arguments based on Recital 29 and Article 6 of the Copyright Directive¹²¹. It moreover observed that the provisions of the Copyright Directive do not affect the application of competition law¹²².

¹¹⁸ *Valve* judgment, paras 178-179.

¹¹⁹ See, e.g., judgments of the Court of Justice in *L.C. Nungesser KG and Kurt Eisele v Commission of the European Communities*, C-258/78, EU:C:1982:211, para. 78, in *Canal +*, para. 45, and in *Murphy*, para. 142.

¹²⁰ *Valve* judgment, para. 213.

¹²¹ *Valve* judgment, para. 198: «the Court finds that, contrary to what the applicant claims, the mere fact that recital 29 and Article 6 of the Copyright Directive provide for the possibility of adopting “technological measures” does not preclude such measures from being taken under Article 101 TFEU when they are the object, the means or the consequence of conduct which infringes that article».

¹²² *Valve* judgment, para. 198: «Moreover, Article 9 of that directive expressly states that the provisions of that directive are not to affect the application of the law on restrictive practices and unfair competition».

VII.A possible interpretation of the concept of «public» in light of the *Valve* case

While the question whether or not there is copyright infringement needs to be decided by the relevant courts¹²³, a purposeful reading of the *Valve* judgment in light of settled precedents such as the *Murphy* and *Canal* + judgments as well as relevant copyright case-law of the Court of Justice on the concept of communication to the public, it can be argued that, in similar circumstances as in the *Valve* case, the publishers' right of communication to the public would not be infringed because users of geo-blocked Steam Keys across the EEA were taken – or ought to have been taken – into account by the right holders when the latter authorized their use by the «original» (i.e., first) public. In other terms, those (passive) users should be considered, for the purpose of copyright law, as part of the «original» public and not part of a «new public» within the meaning of the notion developed by the Court in the relevant copyright case-law¹²⁴.

Nonetheless, several commentators observe that the «new public» criterion has been applied inconsistently across a range of judgments of the Court of Justice and consider that such criterion is unnecessarily compli-

¹²³ National courts are the proper forum for actions by an IP rights holder who wishes to obtain a finding of an IP law violation by a licensee on the basis of national IP law. See, e.g., para. 52 of the judgment of the Court of Justice in *Windsurfing International Inc. v Commission of the European Communities*, C-193/83, EU:C:1986:75.

¹²⁴ See *Murphy*, para. 197, citing to this effect the judgment of the Court of Justice in *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA*, C-306/05, EU:C:2006:764, paras 40 and 42 (hereinafter, «*Rafael Hoteles*»), and the order of the Court of 18 March 2010 in *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optik-oakoustikon Ergon*, C-136/09, EU:C:2010:151, para. 38 (hereinafter, «*Divani*»). See also the Opinion of AG Sharpston in the *Rafael Hoteles* case, where the Court of Justice first adopted the “new public” criterion, as well as the Opinion of AG La Pergola in the previous Court of Justice case in *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda) v Hostelería Asturiana SA (Hoasa)*, C-293/98, EU:C:2000:66. Since the 2006 *Rafael Hoteles* judgment, more than 20 references for preliminary rulings have touched upon the concept of communication to the public, ranging from the field of broadcasting and public performance (*Divani*, C-136/09, EU:C:2010:151; *Airfield and Canal Digitaal*, C-431/09, EU:C:2011:648; *Phonographic Performance (Ireland)*, C-162/10, EU:C:2012:141; *OSA*, C-351/12, EU:C:2014:110; *Reha Training*, C-117/15, EU:C:2016:379), to the consideration of whether the technical means used was essential to the “new public” assessment (e.g. *ITV Broadcasting and Others*, C-607/11, EU:C:2013:147; *SBS Belgium*, C-325/14, EU:C:2015:764; *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300; *Stichting Brein («Ziggo»)*, C-610/15, EU:C:2017:456; *VCAST*, C-265/16, EU:C:2017:913; *Tom Kabinet*, C-263/18, EU:C:2019:1111), to situations in which the defendant gave access, through clickable links, to works previously communicated to the public by third parties (e.g. *Svensson and others*, C-466/12, EU:C:2014:76; *BestWater International*, C-348/13, EU:C:2014:2315; *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644; *VG Bild-Kunst*, C-392/19, EU:C:2021:181), to situations in which the defendant's activity consisted of an independent act of communication to the public on the internet of third-party protected subject-matter (*Renckhoff*, C-161/17, EU:C:2018:634).

cated and overall incoherent¹²⁵. Many of these commentators advocate for the removal of the concept of «new public» from the analysis of the right of communication to the public, including the «making available» aspect¹²⁶, based, essentially, on the argument that it is practically impossible to make a functional distinction between «original» and «new» public, especially on the internet¹²⁷. For some of these commentators, the «new public» criterion should be replaced with the concept of «organization other than the original one» adopted as the governing criterion for the retransmission right under Article 11bis(1)(ii) of the Berne Convention¹²⁸, so as to avoid similar situations as in the *Svensson* case which led to the *de facto* exhaustion of the right of communication to the public (namely, with regard to hyperlinks)¹²⁹.

However, most of the judgments of the Court of Justice mentioned above¹³⁰ concerned situations where the relevant act of communication was not authorized by the right holder. Therefore, except in those cases where the right of communication to the public was *de facto* exhausted because the works were made freely available on the internet with the consent of the right holder¹³¹, in cases of unauthorized acts of communication of works on the internet that right would still apply. In the *GS Media*

¹²⁵ For a critical review of the concept of «new public», see J. KOO, *The right of communication to the public in EU copyright law* (Oxford: Hart; 2019); P. B. HUGENHOLTZ and S. VAN VELZE, *Communication to a New Public? Three Reasons why EU Copyright Law Can Do Without a “New Public”*, (2016) 47(7) IIC 797-816; S. KARAPAPA, *The Requirement for a “New Public” in EU Copyright Law*, (2017) 42(1) ELR, 63-81; E. ROSATI, *When does a communication to the public under EU copyright law need to be to a ‘new public’?* (2020) 45(6) ELR, 802-823.

¹²⁶ See text accompanied by *supra* n. 68.

¹²⁷ See J. KOO; P. B. HUGENHOLTZ and S. VAN VELZE, as *supra* n. 125.

¹²⁸ See J. KOO as *supra* n. 125. The text of Article 11bis(1)(ii) of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (as amended on September 28, 1979) states: «(1) Authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing: [...] (ii) any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work, when this communication is made by an organization other than the original one». Text available at <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/>: Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.

¹²⁹ It has been claimed by certain commentators (see J. KOO, as *supra* n. 125) that «when a work is made freely accessible on the internet without authorization, it is available to all internet users, that is anyone with an internet connection. Thus, any subsequent communication of that work online will not be made to a “new public” because it is already freely accessible by everyone. Consequently, the communication to the public right can be *de facto* exhausted with regard to hyperlinks, contrary to Article 3(3) of the [Copyright Directive], where the “new public” is the governing criterion. This is because the [European Court] in *Svensson* failed to consider the possibility that there are different categories of internet users that can be divided into different markets according to factors such as language, geographic location, taste and preference (website interests)».

¹³⁰ As *supra* n. 124.

¹³¹ Like in the *Svensson* judgment, as *supra* n. 124.

judgment¹³², for example, the Court of Justice assumed that if there is «knowledge» that the work in question is unauthorized there will be a «new public»; in the *Ziggo* judgment¹³³, it stated that there must be a communication to a «new public» because the operators of the Pirate Bay¹³⁴ could not have been unaware that their platform provided access to unauthorized works¹³⁵.

In addition, according to some commentators¹³⁶, when a right holder communicates a work to the public to get a financial gain, i.e. “for profit”, the act of communication to the public would fall within the scope of copyright protection while «acts such as simple and deep hyperlinking that do not affect the earning capacity of the right holders should be excluded from the scope of the right of communication to the public»¹³⁷. This approach would «allow for a more proportional right, adequately balancing the competing interests of right holders and users» while the “for profit” concept could assist courts in deciding whether to include the act complained of within the scope of the right¹³⁸.

While neither the Copyright Directive nor the WIPO Treaties¹³⁹ refer explicitly to the commercial nature of the communication of the work to the public, it could be argued, on the basis of the *Valve* and *Murphy* judgments, that when a right holder and a trader who want to commercially exploit the work on the internet agree on a remuneration, nothing prevents the concerned right holder from calculating an amount which takes ac-

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Pirate Bay is a well-known online sharing platform that enables users (known as “peers”) to share files using the BitTorrent protocol. For a description of the characteristic of BitTorrent, see para. 9 of the «*Ziggo*» judgment, as *supra* n. 124.

¹³⁵ See J. KOO, as *supra* n. 125.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ At para. 205 of the *Murphy* judgment, as *supra* n. 1, the Court of Justice stated that «it is indisputable that the proprietor transmits the broadcast works in his public house in order to benefit therefrom and that that transmission is liable to attract customers to whom the works transmitted are of interest. Consequently, the transmission in question has an effect upon the number of people going to that establishment and, ultimately, on its financial results».

¹³⁸ See J. KOO, as *supra* n. 125, according to whom this approach could be used «in more subtle cases involving services not prone to infringing activity, media that are obscure or websites with significantly less content or less user traffic». In particular, «in circumstances that are not clear-cut, or where no notice of the unauthorised nature of the works is given, acts of subsequent communication that are not “for-profit” are unlikely to lead to a finding of communication to the public except where there is actual knowledge. An example of this situation would be where an intermediary’s service is used for both infringing and non-infringing uses. In this context the intermediary is aware of the risk of infringing uses, but is unaware of actual cases of infringement».

¹³⁹ The texts of the WIPO Copyright Treaty and of the WIPO Performances and Phonograms Treaty are available at <https://www.wipo.int/wipolex/en/main/treaties>: WIPO Lex, Treaties Collection.

count of the «actual audience and the potential audience»¹⁴⁰ of an act of copyright exploitation involving passive sales, such as an act of commercial exploitation involving the communication, including the “making available”, of works to the public such as PC video games that are uploaded on the servers of a digital gaming platform and are accessed via activation keys, such as Steam Keys.

In this regard, already in the *Murphy* judgment¹⁴¹ the Court of Justice observed that it was «possible to determine with a very high degree of precision the total number of viewers who form part of the “actual and potential audience” of the broadcast concerned, hence of the viewers residing within and outside the Member State of broadcast», because in a case such as the one at issue, which concerned the reception of an encrypted satellite broadcast, possessing a satellite decoder and a decoding device such as a decoder card was required for the access to the broadcast at issue, and therefore it was possible to determine the number of viewers with «a very high degree of precision».

Applying these principles by analogy to the case of PC videogames accessed on the Steam online gaming platform, it should be possible to determine similarly with a «very high degree of precision» the total number of Steam users because, in order to access and play PC video games on the Steam platform, it is necessary to use Steam Keys or codes which exist in pre-defined quantities.

Indeed, as indicated in Chapter II of this article, for a given PC video game that needs to be accessed to, activated and played on the Steam platform, there is a certain pre-defined number of Steam Keys or batches of keys that are created and issued by Valve and distributed/sold by the publishers and/or their distributors and retailers/e-tailers in the EEA countries concerned. Given that Valve generates Steam Keys and the total number of such products circulating in the EEA does not change, i.e. once the publisher decides how many keys it needs for a given EEA territory the number of such keys is always the same and cannot be changed (other than by Valve)¹⁴², in such circumstances the video game publishers could take ac-

¹⁴⁰ See notably, paras 112, 113, 120 of the *Murphy* judgment concerning, in particular, the concept of «actual and potential audience» of the broadcast concerned.

¹⁴¹ As *supra* n. 1.

¹⁴² A separate matter, which is not relevant for the purpose of this article, concerns the various techniques devised by the video game industry to combat the “grey market” phenomenon. For example, recourse to «silent key activation» which does not pass on the key to the e-tailer or the end-user is said to help solve “grey market” issue as it would give video game publishers control of how their products are distributed – see *Ubisoft and Genba to “kill the grey market” with silent key activation*, at <https://www.gamesindustry.biz/ubisoft-and-genba-to-kill-the-grey-market-with-silent-key-activation>.

count of the total number of Steam Keys in circulation that, once activated by the Steam users, would form part of the «actual and potential» audience¹⁴³ of a given Steam-enabled PC video game – irrespective of whether those Steam Keys are geo-blocked or not – with a view to calculating the amount of the remuneration due for the commercial exploitation of the video game, i.e. for access and activation on the Steam platform.

Under this interpretation, such «actual and potential» audience would include users of geo-blocked Steam Keys across the EEA who would thus be part of the «original» (i.e., first) public - and not of a «new public» within the meaning of the relevant copyright case-law¹⁴⁴ - as access to a game on the Steam platform can technically occur across borders, including for the first time. By way of example, supposing that a Steam subscriber has legitimately purchased a Steam key from a retailer/e-tailer in one EEA country (e.g. Poland) and has attempted to activate the game from another EEA country (e.g. France) and the copyright holder holds the relevant IP rights for the exploitation of a Steam-enabled PC video game in those two EEA countries (or, *a fortiori*, at the EEA level), it could be argued that the copyright holder ought to have taken into account, in the original communication to the public of a given PC video game/Steam Key in one of those two countries, of any «unsolicited requests» coming from such «actual or potential» audience located in the other country. In this example, a Steam user located in France who seeks to activate and play on the Steam platform a given PC video game using a Steam activation key that he/she has legitimately purchased from a digital store in Poland would arguably not be infringing the video game publisher's right of communication to the public/making available because the latter's IP rights would cover the relevant acts of copyright exploitation (for both countries) as if it were addressed to a “first” public.

From a copyright law perspective, it may be counter-argued that the use of a Steam Key by a Steam user located in an «unauthorized» EEA country¹⁴⁵ would not correspond to a «normal exploitation of the work»¹⁴⁶,

¹⁴³ See the *Murphy* judgment, para. 112.

¹⁴⁴ As *supra* n. 124.

¹⁴⁵ In the sense that the relevant copyright holder has not explicitly issued the required licence for that EEA country.

¹⁴⁶ Within the meaning of the second step of the three-step-test pursuant to Article 5(5) of the Copyright Directive («The exceptions and limitations provided for in paras 1, 2, 3 and 4 shall only be applied in certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work or other subject-matter and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholder») and Article 13 of the TRIPS Agreement (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights as Amended by the 2005 Protocol Amending the TRIPS Agreement, available at https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/trips_e.htm#art1).

because the right holder has not explicitly granted a license covering such EEA country. A similar interpretation may be argued on the basis of the above-mentioned case-law of the Court of Justice regarding the “for profit” criterion of the communication to the public framework of analysis according to which, if a right holder communicates a work to the public to get a financial gain, then the act of communication to the public would fall within the scope of copyright protection¹⁴⁷. Conversely, according to the majoritarian opinion of the commentators mentioned above, acts of communication to the public that do not affect the earning capacity of the right holders should be excluded from the scope of the right of communication to the public.

This latter framework of analysis would seem more appropriate for the case at hand, for the following reasons. Valve grants the geo-blocked Steam Keys to the video game publishers for free. Therefore, as such, those products would not bring any financial gain to the right holders. From a copyright perspective, the “first act” of communication to the public of a given Steam-enabled PC video game would occur as soon as that game is uploaded onto Valve’s servers¹⁴⁸. At that moment in time, the right holder would have normally been remunerated for such “first act” of communication¹⁴⁹. Thus, any subsequent act of communication to the public/making available that would occur each time that a (legitimately purchased) Steam-enabled PC video game is downloaded¹⁵⁰ from Valve’s servers into any given Steam user’s PC would not require an authorization from the right holder, because the latter would supposedly have already granted the necessary authorization at the moment of upload of the game onto Valve’s servers, i.e., when the “first act” of communication took place. Therefore, from a technical viewpoint, any act of communication to the public/making available that occurs each time that a game is activated

¹⁴⁷ See, in particular, the *GS Media* judgment, as *supra* n. 124, where a «new public» was established due to the unauthorized upload of the specific photographs that were hyperlinked to. According to J. KOO, as *supra* n. 125, «knowledge» can be presumed where the act is done “for profit”, and the reason for the introduction of the concept was that the Court of Justice wanted to clarify that the *Svensson* Decision was limited to situations where works were made freely available on the internet with the consent of the right holder; therefore, the communication to the public right would remain applicable to any unauthorised works on the internet.

¹⁴⁸ Although the Court has not explicitly pronounced on this point, this interpretation may be inferred from para. 3 of the *Valve* judgment: «The publishers then upload their games to the applicant’s servers and grant it non-exclusive licences. The Steam video games are then accessed via the applicant’s servers».

¹⁴⁹ As already discussed above, nothing prevents the concerned right holder from including in the remuneration an amount which takes account of the «actual audience and the potential audience» of a given Steam-enabled PC video game, i.e., to take account of any «unsolicited requests» coming from Steam users located in the other EEA country.

¹⁵⁰ See text accompanied by *supra* n. 40.

on the Steam platform via the use of Steam Keys – that the publisher has received from Valve in certain numbers for free – would not affect the earning capacity of the publisher¹⁵¹ as the actual cost of activation of the Steam-enabled PC video game on the Steam gaming platform via a Steam Key would be the same, irrespective of the EEA country where that game is activated. As these acts of communication to the public/making available would not affect the earning capacity of the right holder, it may be argued on the basis of the above-mentioned case-law that they should be excluded from the scope of the right of communication to the public.

In addition, it may also be argued that in those circumstances in which the right holder has the «requisite rights»¹⁵² in both the EEA country of «origin» and in the EEA country of access to the game the right holders' right of communication to the public/making available would not be infringed, including in the absence of an explicit license by the relevant copyright holder covering the “unauthorized” EEA country. However, this latter interpretation would need to be recognized in a specific judgment of the European courts or find a place within a proper EU legal framework such as through a review of the EU Geo-blocking Regulation¹⁵³ or through the creation of a bespoke EU legal instrument recognizing a full cross-border access right to such copyright-protected digital content.

A similar interpretation could be extended to other categories of digital video games, like console games. However, while for most of those digital games there would not seem to be major problems of cross-border access or availability¹⁵⁴, and therefore the interpretation of the «actual audience and the potential audience»¹⁵⁵ would not be decisive in such context, it would seem that certain models of cloud gaming services (for example, both the “layered” and “integrated” models of Gaming-as-a-

¹⁵¹ As observed at point 93 of the Commission's Decision against Valve, «From a practical perspective, when a user purchases a Steam-enabled PC video game outside Steam, irrespective of whether it does through the digital or physical distribution channel, he/she receives the key necessary to activate it. The retail purchase price of the PC video game is typically linked to and advertised as the purchase price of the Steam activation key for that given PC video game (although technically there is no purchase price for the Steam activation key itself)».

¹⁵² See Section 3 of the Commission's analysis in its first report on the review of the Geo-blocking Regulation: «a trader making any such works accessible across borders must hold “the requisite rights in the relevant territories”. This implies that consumers may access online content services in other Member States only if the service provider holds the rights for their territories. This approach is broadly consistent with the intervention logic of the Regulation, and leaves copyright law unaffected. However, it does not address the question as to what the “requisite rights” are, in particular when a trader responds to unsolicited requests from customers located in other Member States (known as a “passive sales”)».

¹⁵³ As *supra* n. 17.

¹⁵⁴ See Chapter III of this article.

¹⁵⁵ As *supra* n. 140 and 143.

Service – “GaaS”) would implicate the right of making available for which such interpretation may be relevant¹⁵⁶.

VIII. Conclusion

From a competition perspective, as argued in Chapter IV of this article, contractual clauses preventing passive sales in the EEA of copyright-protected products such as Steam-enabled PC video games from outside the territory concerned constitute a restriction of competition «by object», in violation of Article 101 TFEU¹⁵⁷, irrespective of whether passive sales by distributors are liable to be penalized before the competent national courts for infringement of the publishers’ copyright. The relevance of the *Valve* judgment lies on the dismissal by the Court of the relevant copyright questions raised by Valve as not decisive for the purposes of the application of Article 101 TFEU.

From a copyright perspective, as argued in Chapters VI and VII of this article, based on a purposeful interpretation of the relevant EU copyright case-law, the cross-border first activation of a given Steam-enabled PC video game/Steam Key on the Steam platform would not fall within the scope of the right of communication to the public/making available, as the relevant cross-border act would not be addressed to a «new public» within the meaning of the relevant EU copyright case-law and the earning capacity of the right holder, which does not depend on the EEA country where the game is activated, would not be affected.

In conclusion, the principles of the *Valve* judgment seen through the lens of EU competition law may well apply to other categories of copyright-protected content such as certain categories of cloud games, films, e-books or music, where the agreements and/or concerted practices preventing passive sales of those products or services have the object of making

¹⁵⁶ See M. LONGAN - G. DIMITA - J. D. MICHELS and C. MILLARD, *Cloud Gaming Demystified: An Introduction to the Legal Implications of Cloud-Based Video Games*, Queen Mary Law Research Paper No. 369/2021, available at <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1046&context=mlr>. In this paper, the authors note that «the purpose of a GaaS-service is to make the videogame (a copyright-protected work) available to customers, that is: to allow an indeterminate number of people (“a public”) remote access to a work. The provider is therefore engaged in a communication to the public. The gamers are recipients of this communication – they do not themselves make the work available to others».

¹⁵⁷ In the *Valve* judgment, the licenses at issue were non-exclusive, differently from the agreements at issue in the *Murphy* and *Canal +* judgments where the anticompetitive «additional measures» were applied to the granting of exclusive licences.

those passive sales «impossible, thereby eliminating the actual or potential competition which those sales represent»¹⁵⁸.

Carlo Alberto Toffolon**

SINTESI

L'articolo esamina la recente sentenza del Tribunale dell'Unione europea (UE) nel caso *Valve*, che si trova al crocevia tra il diritto d'autore, il mercato unico digitale e il diritto della concorrenza dell'UE.

Sulla base di precedenti giurisprudenziali quali i casi *Murphy* e *Canal +*, il Tribunale ha confermato che clausole di “geo-blocking” incluse in accordi e/o pratiche concordate che impediscono le vendite passive dei prodotti e servizi in questione, vale a dire l'accesso e l'attivazione sulla piattaforma di giochi *online* “Steam” di certi videogiochi per PC distribuiti in diversi Paesi dello Spazio Economico Europeo (SEE), violano la concorrenza. Il Tribunale ha, inoltre, chiarito che beni e servizi digitali protetti dal diritto d'autore quali quelli afferenti ai videogiochi in questione sono soggetti al diritto della concorrenza ogniqualvolta clausole di “geo-blocking” ne ostacolano le importazioni parallele o le vendite passive nello SEE. Ha, altresì, ritenuto che altre questioni – quali l'esaurimento del diritto d'autore nell'UE o la possibilità di avviare azioni legali dinanzi ai tribunali nazionali competenti – non sono determinanti per l'applicazione dell'art. 101 del Trattato.

Sebbene la sentenza *Valve* non abbia affrontato esplicitamente quesiti di diritto d'autore, l'articolo suggerisce che gli atti di comunicazione al pubblico in questione non sarebbero indirizzati ad un «pubblico nuovo» ai sensi della pertinente giurisprudenza delle corti dell'UE sul diritto d'autore, ed inoltre che la capacità di guadagno del titolare del diritto, che è indipendente dal Paese dello SEE in cui il gioco viene attivato, non sarebbe interessata.

Indipendentemente da tale interpretazione, l'importanza della sentenza *Valve* risiede nella conferma, da parte del Tribunale, dell'irrelevanza della risoluzione dei quesiti di diritto d'autore, sollevati da *Valve*, ai fini dell'applicazione dell'art. 101 del Trattato.

I principi stabiliti nella sentenza *Valve*, visti attraverso la lente del diritto della concorrenza, potrebbero potenzialmente estendersi ad altre forme di contenuti protetti dal diritto d'autore quali certe categorie di giochi su *cloud*, film, *e-book* o musica ogniqualvolta la loro circolazione nel mercato unico digitale è ostacolata da clausole di “geo-blocking” che impediscono vendite passive di tali prodotti nello SEE.

¹⁵⁸ *Valve* judgment, para. 203.

** Senior Case Handler / DG Competition / European Commission. The Author is Principal Administrator at the European Commission. He has been working for five years at DG Internal Market and Services as Legal and Policy Officer and for 18 years in DG Competition as Antitrust Case Handler. His areas of expertise include Intellectual Property Rights (in particular, Copyright and Neighbouring Rights), E-Commerce & the Digital Platform Economy, Sports & Media, Energy & Environment, Professional Services

ABSTRACT

The article examines the recent judgment by the General Court of the European Union (EU) in the *Valve* case, which stands at the crossroads of copyright law, the Digital Single Market, and EU competition law

Based on precedents such as the *Murphy* and *Canal +* cases, the General Court has confirmed that geo-blocking clauses included in agreements and/or concerted practices preventing passive sales of the products and services at issue that is access to and activation on the “Steam” online gaming platform of certain PC videogames distributed in different countries of the European Economic Area (EEA) infringe competition. The General Court has further clarified that digital goods and services protected by copyright, such as those concerning the videogames at issue, are subject to competition law whenever geo-blocking clauses hinder parallel imports or passive sales in the EEA. Moreover, it deemed other questions such as the issue of EU copyright exhaustion or the possibility to bring legal proceedings before the competent national courts not decisive for the application of Article 101 of the Treaty.

While the *Valve* judgment has not explicitly tackled copyright law questions, this article suggests that the acts of communication to the public at stake would not address a “new public” within the meaning of the relevant EU copyright case-law and, moreover, that the earning capacity of the right holder, which does not depend on the EEA country where the game is activated, would not be affected.

Irrespective of this interpretation, the relevance of the *Valve* judgment lies on the dismissal by the Court of the relevant copyright questions raised by *Valve* as not decisive for the purposes of the application of Article 101 TFEU.

The principles established in the *Valve* judgment, seen through the lens of competition law, could potentially extend to other forms of copyright-protected content such as certain categories of cloud games, films, e-books or music whenever their circulation in the Digital Single Market is hindered by geo-blocking clauses preventing passive sales of those products in the EEA.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

AGGIORNAMENTO DEI SISTEMI DI CALCOLO PER STABILIRE SOMME FORFETTARIE E PENALITÀ NELL'AMBITO DEI RICORSI PER INADEMPIMENTO EX ART. 260 TFUE

Corte di giustizia

Sentenza del 20 gennaio 2022 in causa n. C-51/20

Commissione europea c. Repubblica ellenica

Inadempimento di uno Stato - Aiuti di Stato - Aiuti dichiarati illegali e incompatibili con il mercato interno - Obbligo di recupero - Sentenza della Corte che constata l'inadempimento - Mancata esecuzione - Mancato rispetto dell'obbligo di recuperare aiuti illegali e incompatibili - Sanzioni pecuniarie nell'attuazione delle sentenze della Corte di giustizia dell'Ue - Carattere proporzionato e dissuasivo - Penalità - Somma forfettaria - Capacità di pagamento - Ponderazione dei voti dello Stato membro al Parlamento europeo - Prodotto interno lordo (PIL) - Sussistenza dell'inadempimento.

Non avendo adottato tutte le misure che la sentenza del 9 novembre 2017, Commissione c. Grecia (C-481/16, non pubblicata, EU:C:2017:845) comporta, la Repubblica ellenica è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 260, par. 1, TFUE¹.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

La Repubblica ellenica è condannata a versare alla Commissione europea una penalità di importo pari a EUR 4 368 000 per ogni periodo di sei mesi a decorrere dalla data di pronuncia della presente sentenza e fino alla data di esecuzione completa della sentenza del 9 novembre 2017, Commissione c. Grecia (C-481/16, non pubblicata, EU:C:2017:845)².

La Repubblica ellenica è condannata a versare alla Commissione europea una somma forfettaria pari a EUR 5 500 000³.

La Repubblica ellenica è condannata alle spese⁴.

¹⁻⁴ Ai sensi dell'art. 260, 1° e 2° comma TFUE, «1. Quando la Corte di giustizia dell'Unione europea riconosca che uno Stato membro ha mancato ad uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù dei trattati, tale Stato è tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta. 2. Se ritiene che lo Stato membro in questione non abbia preso le misure che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta, la Commissione, dopo aver posto tale Stato in condizione di presentare osservazioni, può adire la Corte. Essa precisa l'importo della somma forfettaria o della penalità, da versare da parte dello Stato membro in questione, che essa consideri adeguato alle circostanze. La Corte, qualora riconosca che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata, può comminargli il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità». La prima misura mira a sanzionare il proseguimento dell'infrazione dopo la sentenza di constatazione dell'inadempimento, la seconda ad indurre lo Stato membro a non ripetere la violazione.

Infatti, secondo una giurisprudenza costante, l'irrogazione di una penalità è giustificata, generalmente, solo se l'inadempimento legato alla mancata esecuzione di una precedente sentenza perdura fino all'esame dei fatti da parte della Corte (cfr. sentenza del 31 maggio 2018 in causa n. C-251/17, *Commissione c. Italia*, EU:C:2018:358 e sentenza del 12 luglio 2005 in causa n. C-304/02, *Commissione c. Francia*, EU:C:2005:444, annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 710).

Ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE, la Commissione precisa l'importo di tali sanzioni che essa considera adeguato alle circostanze e, per determinare tale importo, essa si è basata inizialmente su un metodo di calcolo contenuto in una Comunicazione del 12 dicembre 2005 (Comunicazione della Commissione, Applicazione dell'art. 228 del Trattato CE, SEC(2005)1658 (in *Gu-Ue* n. C 126 del 2007, p. 15). Tale Comunicazione è stata dalla Commissione estesa, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, alle procedure disciplinate dall'art. 260, par. 2, TFUE (cfr. Comunicazione della Commissione, Applicazione dell'art. 260, par. 3, del TFUE, del 15 gennaio 2011, in *Gu-Ue* n. C 12 del 2011, p. 1).

Tale metodo di calcolo tiene conto – unitamente ad altri elementi, quali la gravità e la durata dell'infrazione – della capacità finanziaria dello Stato membro accusato, espressa nel c.d. *fattore «n»*. Il calcolo del fattore «n» si fondava inizialmente su due criteri: da un lato, il prodotto interno lordo (PIL) dello Stato membro in questione e, dall'altro lato, il numero dei voti di cui quest'ultimo disponeva in seno al Consiglio per le votazioni a maggioranza qualificata.

A seguito dell'entrata in vigore, il 1° aprile 2017, del nuovo sistema di calcolo della maggioranza qualificata in seno al Consiglio, previsto dall'art. 16, par. 4, TUE, la Corte ha ritenuto, nella sentenza del 14 novembre 2018, *Commissione c. Grecia* (in causa n. C-93/17, EU:C:2018:903), che la regola della doppia maggioranza, su cui si basava tale sistema, non fosse direttamente applicabile al meccanismo di calcolo delle sanzioni da infliggere agli Stati membri nel quadro di procedure d'infrazione e non potesse, dunque, sostituire il precedente sistema dei voti ponderati su cui si basava fino ad allora il calcolo del fattore «n».

La Commissione ha, dunque, adottato nel 2019 una nuova comunicazione (Comunicazione della Commissione, Modifica del metodo di calcolo delle somme forfettarie e delle penalità giornaliere alla Corte di giustizia dell'Ue (in *Gu-Ue* n. C 70 del 2019, p. 1), modificando la componente del fattore «n» non legata al PIL, sostituendo, in sostanza, al criterio costituito dal numero dei voti in seno al Consiglio, il diverso criterio del numero dei seggi assegnati a ciascuno Stato membro per i propri rappresentanti al Parlamento europeo.

Nel caso di specie, gli importi delle sanzioni che la Commissione propone alla Corte di infliggere alla Grecia nel quadro del presente ricorso, introdotto ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE sono stati determinati applicando tale nuovo metodo di calcolo del fattore «n».

Con tale ricorso, la Commissione ha chiesto alla Corte di constatare la violazione da parte della Repubblica ellenica per non aver adottato tutte le misure necessarie a dare esecuzione alla sentenza del 9 novembre 2017, *Commissione c. Grecia* (in causa n. C-481/16, non pubblicata, EU:C:2017:845) e di condannare la Repubblica ellenica a versare una pena-lità e una somma forfettaria.

La Corte ha constatato che la violazione delle norme del TFUE in materia di aiuti di Stato è stata considerevole in quanto la Grecia ha posto in essere misure dirette al recupero degli aiuti solamente dopo la data del 29 gennaio 2020, data in cui è stato proposto il ricorso per inadempimento.

La Corte ha ritenuto, perciò, di irrogare alla Grecia sanzioni pecuniarie nella forma di penalità semestrale al fine di consentire alla Commissione di valutare lo stato di avanzamento delle misure di esecuzione della sentenza che constata l'inadempimento, alla luce della situazione esistente al termine del periodo in questione. La Corte, inoltre, sulla base del complesso degli elementi di diritto e di fatto che hanno condotto alla constatazione dell'inadempimento conclude nel senso che la prevenzione effettiva della futura reiterazione di infrazioni analoghe al diritto dell'Unione è tale da richiedere l'adozione di una misura dissuasiva, quale l'imposizione di una somma forfettaria.

Con riferimento alla fissazione degli importi la Corte ha utilizzato tre criteri: *a.* la gravità dell'infrazione; *b.* la durata e *c.* la capacità finanziaria dello Stato considerato. La Corte, dopo aver constatato il carattere reiterato del comportamento illecito della Grecia, la durata considerevole dell'infrazione, si è soffermata sulla valutazione della capacità finanziaria della Grecia sottolineando come ci si debba basare sul PIL dello Stato quale fattore predominante.

A parere della Corte di giustizia, non deve essere considerato il peso istituzionale espresso dal numero di voti di cui la Grecia disponga in senso al Parlamento europeo per la fissazione delle sanzioni dissuasive e proporzionate.

Con questa pronuncia cambia, dunque, nel calcolo delle sanzioni pecuniarie imposte agli Stati per inadempimento nelle procedure di infrazione il criterio del peso istituzionale: la base è costituita ora dal PIL.

Infine, proprio grazie alla sentenza, sopra massimata, la Commissione ha aggiornato il metodo di calcolo, che si applicherà a tutti i futuri rinvii alla Corte decisi dalla Commissione nelle prossime decisioni sulle procedure di infrazione. D'ora in avanti, la capacità finanziaria di uno Stato membro sarà determinata sulla base di una combinazione del prodotto interno lordo (PIL) e della popolazione di uno Stato membro, piuttosto che di una combinazione di PIL e peso istituzionale, come avveniva in precedenza (cfr. Comunicazione della Commissione, Sanzioni pecuniarie nei procedimenti d'infrazione, in *Gu-Ue* n. C 2 del 4 gennaio 2023, p. 1). Per l'Italia, per esempio, il fattore «n» contenuto nell'allegato I della Comunicazione citata è pari al 3,41 e la somma forfettaria di riferimento è pari ad Euro 9.548.000.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLE QUESTIONI DI GIURISDIZIONE NELL'AMBITO DI UN'AZIONE DI CONTRAFFAZIONE

Corte di giustizia

Sentenza del 27 aprile 2023 in causa n. C-104/22

Lännen MCE Oy c. Berky GmbH, Senwatec GmbH & Co KG

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 125, par. 5, del Regolamento (Ue) n. 2017/1001 - Marchio dell'Ue - Competenza internazionale - Contraffazione - Competenza degli organi giurisdizionali dello Stato membro in cui l'atto di contraffazione è stato commesso o minaccia di essere commesso - Pubblicità visualizzata da un motore di ricerca che utilizza un nome di dominio di primo livello nazionale - Pubblicità su un sito internet che non precisa l'area geografica di consegna - Elementi che consentano di dimostrare che l'indicizzazione naturale sia destinata ad un pubblico stabilito.

L'art. 125, par. 5, del Regolamento (Ue) 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, sul marchio dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che:

il titolare di un marchio dell'Unione europea che si ritenga leso dall'uso senza il suo consenso, da parte di un terzo, di un segno identico a tale marchio in pubblicità e in offerte di vendita online di prodotti identici o simili a quelli per i quali detto marchio è registrato, può proporre un'azione per contraffazione nei confronti di tale terzo dinanzi a un tribunale dei marchi dell'Unione europea dello Stato membro nel cui territorio si trovano consumatori e professionisti destinatari di tali pubblicità o offerte di vendita, nonostante il fatto che detto terzo non elenchi in modo esplicito e univoco tale Stato membro tra i territori verso i quali potrebbe essere effettuata una consegna dei prodotti di cui trattasi, se tale stesso terzo ha fatto uso del segno in parola mediante indicizzazione a pagamento sul sito internet di un motore di ricerca che utilizza un nome di dominio di primo livello nazionale di tale Stato membro. Per contro, così non è per il solo fatto che il terzo interessato ha effettuato l'indicizzazione naturale delle immagini dei suoi prodotti su un servizio di condivisione online di foto con un dominio di primo livello generico, facendo ricorso a meta tag che utilizzano come parola chiave il marchio di cui trattasi¹.

¹ La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 125, par. 5, del Regolamento (Ue) n. 2017/1001 (in *Gu-Ue* n. L 154 del 2017, p. 1) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato, la Lännen MCE Oy (in prosieguo: la «Lännen») e, dall'altro lato, le società Berky GmbH e Senwatec GmbH & Co KG, dello stesso gruppo, per l'asserita contraffazione del marchio dell'Unione europea denominato WATERMASTER, di cui la Lännen è titolare.

A parere della Lännen, la Berky e la Senwatec hanno svolto attività di promozione commerciale su internet indirizzate al territorio della Repubblica di Finlandia e visibili ai consumatori e ai professionisti in tale Stato membro. I loro prodotti sarebbero stati venduti in tutto il mondo. Secondo la Lännen, la pubblicità di cui trattasi, redatta in lingua inglese, sarebbe rivolta ad un pubblico internazionale e sarebbe destinata a tutti i Paesi nei quali essa è visibile.

Con le sue tre questioni pregiudiziali il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte se il titolare di un marchio dell'Unione europea, che si ritenga leso dall'uso senza il suo consenso,

da parte di un terzo, di un segno identico a tale marchio in pubblicità e in offerte di vendita *online* di prodotti identici o simili a quelli per i quali detto marchio è registrato, può proporre un'azione per contraffazione nei confronti di tale terzo dinanzi ad un tribunale dei marchi dell'Unione europea dello Stato membro nel cui territorio si trovano consumatori e professionisti destinatari di tali pubblicità o offerte di vendita, nonostante il fatto che il terzo non specifichi tale Stato membro tra i territori verso i quali potrebbe essere effettuata una consegna dei prodotti di cui trattasi.

La Corte in sentenza ha richiamato principalmente quanto statuito nel caso *AMS Neve e a.* (cfr. sentenza del 5 settembre 2019 in causa n. C-172/18, *AMS Neve e a.*, EU:C:2019:674, punto 44 e giurisprudenza *ivi* citata, annotata in questa *Rivista*, 2020, p. 39) specificando che il criterio di competenza giurisdizionale espresso nell'art. 125, par. 5, del Regolamento n. 2017/1001 «[territorio] dello Stato membro in cui l'atto di contraffazione è stato commesso o minaccia di essere commesso», fa riferimento ad un comportamento attivo dell'autore di tale contraffazione. E ancora, con riferimento all'obbligo in capo al Tribunale dei marchi dell'Ue di assicurarsi di essere il giudice competente a pronunciarsi su una contraffazione ex art. 125, par. 5, la Corte ha dichiarato che, quando tali atti consistono in pubblicità e in offerte di vendita pubblicate per via elettronica per prodotti aventi un segno identico o simile a un marchio dell'Unione europea, senza il consenso del titolare di tale marchio, è necessario considerare che tali atti siano stati commessi nel territorio dove si trovano i consumatori o i professionisti ai quali sono destinate suddette pubblicità ed offerte di vendita (punti 46 e 47, sentenza *AMS Neve*, *loc. cit.*).

Nel caso di specie, è compito del giudice investito dell'azione per contraffazione valutare, caso per caso, in quale misura gli elementi che consentano di dimostrare che l'indicizzazione naturale sia destinata a un pubblico stabilito in Finlandia, siano rilevanti per concludere che tale indicizzazione accessibile nel territorio per il quale il marchio è registrato è destinata a consumatori che si trovano in tale territorio (cfr. sul punto, sentenza del 12 luglio 2011 in causa n. C-324/09, *L'Oréal e a.*, EU:C:2011:474, annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 510). Ne consegue che il titolare del marchio ha diritto di proporre un'azione di contraffazione nell'ipotesi in cui il terzo abbia fatto uso del marchio in contestazione mediante indicizzazione a pagamento sul sito internet di un motore di ricerca che utilizza un nome di dominio di primo livello nazionale di tale Stato membro.

LA LIMITAZIONE DEL NUMERO DI AUTORIZZAZIONI PER I VEICOLI A NOLEGGIO CON CONDUCENTE NELL'AREA METROPOLITANA DI BARCELLONA VIOLA LA LIBERTÀ DI STABILIMENTO

Corte di giustizia

Sentenza dell'8 giugno 2023 in causa C-50/21

Prestige and Limousine SL c. Área Metropolitana de Barcelona, Asociación Nacional del Taxi (Antaxi), Asociación Profesional Élite Taxi, Sindicat del Taxi de Catalunya (STAC), Tapoca VTC1 SL, Agrupació Taxis Companys

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 49 TFUE - Art. 107, par. 1, TFUE - Servizio di noleggio di veicoli con conducente - Regime

di autorizzazione - Concessione per la fornitura di servizi urbani e interurbani di trasporto in tutto il territorio nazionale, di una seconda licenza di esercizio per poter fornire servizi urbani di trasporto in un'area metropolitana - Limitazione del numero di licenze di servizi di noleggio a un trentesimo delle licenze di servizi di taxi - Contrarietà al diritto dell'Ue.

L'art. 107, par. 1, TFUE non osta a una normativa, applicabile in un agglomerato urbano, che prevede, da un lato, che per esercitare l'attività di servizi di noleggio di veicoli con conducente in tale agglomerato sia imposta un'autorizzazione specifica, che si aggiunge all'autorizzazione nazionale richiesta per la fornitura di servizi di noleggio di veicoli con conducente urbani e interurbani, e, dall'altro, che il numero di licenze di siffatti servizi sia limitato a un trentesimo delle licenze di servizi di taxi concesse per detto agglomerato, purché tali misure non siano atte a implicare un impegno di risorse statali ai sensi di detta disposizione¹.

L'art. 49 TFUE non osta a una normativa, applicabile in un agglomerato urbano, che prevede che per esercitare l'attività di servizi di noleggio di veicoli con conducente in tale agglomerato sia imposta un'autorizzazione specifica, che si aggiunge all'autorizzazione nazionale richiesta per la fornitura di servizi di noleggio di veicoli con conducente urbani e interurbani, qualora tale autorizzazione specifica sia fondata su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, che escludano qualsiasi arbitrarietà e che non costituiscano una duplicazione di controlli già effettuati nell'ambito della procedura di autorizzazione nazionale, ma che rispondano a esigenze specifiche di detto agglomerato².

L'art. 49 TFUE osta a una normativa, applicabile in un agglomerato urbano, che prevede una limitazione del numero di licenze di servizi di noleggio di veicoli con conducente a un trentesimo delle licenze di servizi di taxi concesse per detto agglomerato, ove non sia dimostrato né che tale misura sia idonea a garantire, in modo coerente e sistematico, la realizzazione degli obiettivi di corretta gestione del trasporto, del traffico e dello spazio pubblico di tale agglomerato nonché di protezione del suo ambiente né che essa non ecceda quanto necessario per conseguire tali obiettivi³.

¹⁻³ Come è noto, l'art. 49 TFUE sulla libertà di stabilimento si applica ai servizi nel settore del trasporto e con la sentenza, sopra massimata, la Corte è stata invitata a decidere se il compromesso raggiunto tra il servizio di taxi tradizionale e il servizio effettuato con veicoli adibiti al noleggio con conducente (di seguito «servizi di noleggio») soddisfi i requisiti di cui all'art. 49 TFUE.

Come è noto, in molti Paesi dell'Unione europea, i fornitori di servizi di taxi sono stati tradizionalmente protetti dalla concorrenza grazie alla regolamentazione statale (cfr. il seguente link: <https://transport.ec.europa.eu/system/files/2017-05/2016-09-26-pax-transport-taxi-hirecar-w-driver-ridesharing-final-report.pdf>), mentre le piattaforme *web* hanno comin-

ciato ad offrire servizi di trasporto locale di passeggeri su richiesta con un riscontro positivo da parte della clientela. Anche a Barcellona il modello di taxi tradizionale è stato messo in discussione.

Si è sviluppato, infatti, parallelamente al mercato dei taxi tradizionali, un sistema di servizi di trasporto locale di passeggeri su richiesta e hanno cominciato ad entrare in scena i servizi di noleggio di veicoli con conducente. Con il passare del tempo sono comparsi sulla scena sempre più fornitori e sono state richieste specifiche autorizzazioni per l'Area Metropolitana de Barcellona (di seguito denominata: «AMB»), limitate ad una ogni trenta licenze di taxi. In pratica, dato che il numero di licenze di taxi è rimasto stabile negli ultimi trentacinque anni, i nuovi attori nel mercato dei servizi di noleggio non possono avere accesso alle suddette autorizzazioni.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 49 e dell'art. 107, par. 1, TFUE è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato la Prestige and Limousine SL (di seguito denominata: «P&L»), che offre servizi di noleggio di veicoli con conducente (ed è titolare delle autorizzazioni per la gestione dei suddetti servizi), e, dall'altro lato, l'AMB, relativamente alla validità di una normativa dell'AMB che impone l'ottenimento di una licenza per l'esercizio di servizi di cui sopra nell'agglomerato urbano di Barcellona e limita il numero di licenze dei servizi stessi a un trentesimo delle licenze di servizi di taxi concesse per tale agglomerato urbano.

Il giudice del rinvio, la Corte superiore di giustizia della Catalogna, nutrendo dubbi sulla compatibilità della normativa spagnola con le disposizioni del diritto dell'Unione in merito al regime di «doppia autorizzazione» al quale sono stati sottoposti i veicoli a noleggio nell'area metropolitana di Barcellona, si è rivolto alla Corte di giustizia. In *primis*, la Corte di giustizia ha specificato che né il requisito di un'autorizzazione concessa dall'AMB per esercitare l'attività di servizi di NCC nell'AMB, né la limitazione del numero di licenze di siffatti servizi a un trentesimo delle licenze di servizi di taxi concesse per tale agglomerato urbano sembrano implicare prestazioni positive, quali le sovvenzioni, a favore delle imprese che forniscono servizi di taxi né alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di tali imprese. Inoltre, a parere della Corte, non c'è evidenza che queste due misure conducano ad una riduzione del bilancio statale o ad un rischio economico sufficientemente concreto di oneri gravanti su tale bilancio che possano andare a beneficio delle imprese che forniscono servizi di taxi.

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha sottolineato come il requisito dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di servizi di noleggio nell'AMB, unitamente all'autorizzazione nazionale richiesta per la fornitura di servizi di noleggio urbani e interurbani, costituisce di per sé una restrizione all'esercizio della libertà garantita dall'art. 49 TFUE (cfr., in tal senso, sentenza del 10 marzo 2009 in causa n. C-169/07, *Hartlauer*, EU:C:2009:141, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 247 e del 22 gennaio 2002 in causa n. C-390/99, *Canal Satélite Digital*, EU:C:2002:34).

Tuttavia, la Corte di giustizia ha ritenuto che richiedere una licenza aggiuntiva potrebbe essere giustificato per la gestione del trasporto, del traffico, dello spazio pubblico e della protezione dell'ambiente e costituirebbe un motivo imperativo di interesse generale (v., in tal senso, sentenze del 24 marzo 2011 in causa n. C-400/08, *Commissione c. Spagna*, EU:C:2011:172, nonché del 30 gennaio 2018 in cause riunite n. C-360/15 e n. C-31/16, *X e Visser*, EU:C:2018:44). Per contro, garantire solamente la praticabilità dei servizi di taxi costituirebbe un motivo puramente economico (cfr. sentenze dell'11 marzo 2010 in causa n. C-384/08, *Attanasio Group*, EU:C:2010:133 e del 24 marzo 2011 in causa n. C-400/08, *Commissione c. Spagna*, EU:C:2011:172 e la giurisprudenza *ivi* citata).

A parere della Corte, affinché il requisito di una seconda autorizzazione possa essere giustificato occorre che sia fondato su criteri oggettivi, non discriminatori, in modo da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali affinché non vi sia un uso arbitrario dello stesso (cfr. sentenza del 22 gennaio 2002 in causa n. C-390/99, *Canal Satélite Digital*, EU:C:2002:34 e giurisprudenza *ivi* citata).

Infine, sulla proporzionalità della limitazione delle licenze di servizi di noleggio a un trentesimo delle licenze di servizi di taxi, la Corte ha precisato che la suddetta limitazione non risulta idonea a garantire la realizzazione degli obiettivi di corretta gestione del trasporto, del traffico e dello spazio pubblico.

La Corte ha sostenuto che non si può escludere che un eventuale impatto della flotta dei

veicoli in questione sul trasporto, sul traffico e sullo spazio pubblico nell'agglomerato urbano di Barcellona possa essere adeguatamente limitato da misure meno restrittive, quali misure di organizzazione e limitazioni di detti servizi durante talune fasce orarie o ancora restrizioni alla circolazione in taluni spazi.

Come pure non si può escludere che l'obiettivo di protezione dell'ambiente nell'AMB possa essere raggiunto mediante misure meno lesive della libertà di stabilimento, come limiti di emissione applicabili ai veicoli che circolano in detto agglomerato.

**IL DIRITTO DEL CONSUMATORE DI RECEDERE
DA UN ABBONAMENTO SOTTOSCRITTO A DISTANZA,
INIZIALMENTE GRATUITO E RINNOVATO
AUTOMATICAMENTE, È GARANTITO UNA SOLA VOLTA,
PURCHÈ SIA STATO INFORMATO**

Corte di giustizia

Sentenza del 5 ottobre 2023 in causa n. C-565/22

Verein für Konsumenteninformation c. Sofatutor GmbH

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Tutela dei consumatori - Direttiva n. 2011/83/UE - Diritti dei consumatori - Abbonamento di un consumatore a una piattaforma di apprendimento - Rinnovo automatico del contratto - Diritto di recesso - Prestazione a pagamento - Informazione chiara e comprensibile.

L'art. 9, par. 1, 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, deve essere interpretato nel senso che: il diritto del consumatore di recedere da un contratto a distanza è garantito una sola volta in relazione a un contratto avente ad oggetto una prestazione di servizi e che prevede un periodo iniziale gratuito per il consumatore seguito, in assenza di risoluzione o di recesso da parte del consumatore durante tale arco di tempo, da un periodo a pagamento, rinnovato automaticamente, se il contratto non è stato risolto, per una durata determinata, a condizione che, in occasione della conclusione di tale contratto, il consumatore sia informato in maniera chiara, comprensibile ed esplicita dal

*professionista che, dopo detto periodo iniziale gratuito, la prestazione di servizi diventa a pagamento*¹.

¹ La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 9, par. 1, della direttiva n. 2011/83/UE è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato, l'Associazione austriaca per l'informazione dei consumatori, (di seguito: Associazione) e, dall'altro la società tedesca Sofatutor GmbH, che gestisce piattaforme di apprendimento *online*, in merito alla domanda dell'Associazione volta ad ingiungere a tale società di informare i consumatori delle condizioni, dei termini e delle procedure per esercitare il loro diritto di recesso da un contratto concluso a distanza.

Al momento dell'iscrizione iniziale ad un abbonamento è consentito un periodo di prova gratuito della durata di 30 giorni, durante il quale è possibile risolvere l'abbonamento in qualsiasi momento e il pagamento diviene effettivo solamente al termine del suddetto periodo. Qualora l'abbonamento a pagamento scada senza essere stato annullato, esso si rinnova automaticamente per una specifica durata. Quando si procede con l'iscrizione a tale abbonamento a distanza, la Sofatutor informa i consumatori del loro diritto di recesso. L'Associazione ha sostenuto che i consumatori avevano il diritto di esercitare il recesso non soltanto in riferimento alla sottoscrizione iniziale di un abbonamento di prova gratuito della durata di 30 giorni, ma altresì anche in seguito alla trasformazione del suddetto abbonamento in un abbonamento a pagamento e al suo conseguente rinnovo. La Corte suprema austriaca, adita in ultima istanza, si è rivolta alla Corte di giustizia per chiarire, in particolare, se «il consumatore [può disporre] di nuovo di un diritto di recesso in caso di “rinnovo automatico” di un contratto a distanza».

Innanzitutto, la Corte di giustizia ha chiarito che il consumatore deve conoscere in anticipo le condizioni, i termini e le modalità di esercizio del diritto di recesso (sull'informazione precontrattuale, cfr. sentenza del 23 gennaio 2019 in causa n. C-430/17, *Walbusch Walter Busch*, EU:C:2019:47 e sull'esercizio del diritto di recesso, cfr. sentenza del 10 luglio 2019 in causa n. C-649/17, *Amazon EU*, EU:C:2019:576; sulla possibilità di testare il bene acquistato, cfr. sentenza del 27 marzo 2019 in causa n. C-681/17, *Slewo*, EU:C:2019:255; sull'importanza della comunicazione da parte del professionista al consumatore dell'informazione esplicita sul prezzo dei servizi oggetto del contratto cfr. sentenza del 7 aprile 2022 in causa n. C-249/21, *Fuhrmann-2*, EU:C:2022:269).

La Corte ha concluso che il diritto di recedere da un contratto a distanza è garantito al consumatore una sola volta in relazione a un contratto avente ad oggetto una prestazione di servizi e che prevede un periodo iniziale gratuito per il consumatore.

In assenza di risoluzione o di recesso da parte del consumatore durante tale periodo, ne seguirà uno a pagamento, rinnovato automaticamente, se il contratto non è stato risolto, per una durata determinata, a condizione però che il consumatore sia stato informato in maniera chiara, comprensibile ed esplicita dal professionista che, dopo detto periodo iniziale gratuito, la prestazione di servizi diventa a pagamento. Diversamente, il consumatore potrà disporre di un nuovo diritto di recesso.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLA LOTTA CONTRO I CONTENUTI ILLECITI SU INTERNET

Corte di giustizia

Sentenza del 9 novembre 2023 in causa n. C-376/22

Google Ireland Limited, Meta Platforms Ireland Limited, Tik Tok Technology Limited c. Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria), con

l'intervento di: Bundesministerin für Frauen, Familie, Integration und Medien im Bundeskanzleramt

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2000/31/Ce – Commercio elettronico - Principio del controllo nello Stato membro di origine - Deroga al principio della libera circolazione dei servizi della società dell'informazione - Nozione di «provvedimenti adottati per quanto concerne un determinato servizio della società dell'informazione» - Notifica successiva di provvedimenti volti a limitare la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione in caso di urgenza - Omessa notifica - Opponibilità di tali provvedimenti - Normativa di uno Stato membro che impone ai fornitori di piattaforme di comunicazione, siano essi stabiliti o meno nel suo territorio, un insieme di obblighi in materia di controllo e segnalazione dei contenuti asseritamente illeciti - Direttiva n. 2010/13/UE - Servizi di *media* audiovisivi - Servizio di piattaforme per la condivisione di video.

L'art. 3, par. 4, della direttiva n. 2000/31/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, dev'essere interpretato nel senso che: provvedimenti generali e astratti, riguardanti una categoria di determinati servizi della società dell'informazione descritta in termini generali, e applicabili indistintamente a qualsiasi prestatore di tale categoria di servizi, non rientrano nella nozione di «provvedimenti adottati per quanto concerne un determinato servizio della società dell'informazione», ai sensi di tale disposizione¹.

¹ La lotta contro i contenuti illeciti su internet è un tema di grande rilevanza soprattutto nell'era digitale.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 2000/31/Ce (in *Guce* n. L 178 del 2000, p. 1, e rettificata in *Guce* n. L 285 del 2002, p. 27), e della direttiva n. 2010/13/UE sui servizi di *media* audiovisivi (*Gu-Ue* n. L 95 del 2020, p. 1), come modificata dalla direttiva (UE) n. 2018/1808 (*Gu-Ue* n. L 303 del 2018, p. 69) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte, da un lato, la Google Ireland Limited, Meta Platforms Ireland Limited e Tik Tok Technology Limited, società con sede in Irlanda, e, dall'altro lato, l'Autorità austriaca di regolamentazione in materia di comunicazione in merito a decisioni di quest'ultima che dichiarano che tali società sono soggette alla Legge federale recante misure di protezione degli utenti di piattaforme di comunicazione) (di seguito denominata: la Legge federale).

Nel corso dell'anno 2021, l'Austria ha introdotto una legge che impone ai fornitori di piattaforme di comunicazione, sia nazionali sia esteri, di predisporre meccanismi per la dichiarazione e la verifica dei contenuti potenzialmente illeciti. Ai sensi di tale normativa viene richiesta, altresì, la pubblicazione regolare e trasparente delle segnalazioni di contenuti illeciti. In caso di violazione, possono essere inflitte ammende fino a dieci milioni di euro.

Le piattaforme Google Ireland, Meta Platforms Ireland e TikTok, stabilite in Irlanda, hanno contestato questa legge, sostenendo che fosse contraria al diritto dell'Ue, in particolare alla direttiva n. 2000/31/Ce basata sul principio del controllo nello Stato membro di origine del servizio interessato.

La Corte di giustizia ha stabilito che gli Stati membri diversi dallo Stato membro di origine del servizio non possono imporre obblighi generali e astratti applicabili indistintamente a qualsiasi prestatore di servizi della società dell'informazione. Questo principio è fondamentale per garantire la libera circolazione dei servizi e prevenire interferenze eccessive nella competenza normativa degli Stati membri.

In sintesi, la Corte ha concluso che mentre gli Stati membri possono adottare misure specifiche in determinate circostanze, non possono imporre obblighi generali e astratti ai fornitori di piattaforme di comunicazione stabiliti in altri Stati membri perché violerebbe il principio del mutuo riconoscimento nonché la libera prestazione dei servizi sui quali si basa il buon funzionamento del mercato interno (cfr. sentenza del 15 settembre 2022 in causa n. C 4/21, *Fédération des entreprises de la beauté*, EU:C:2022:681 e giurisprudenza citata e del 19 dicembre 2019 in causa n. C-390/18, *Airbnb Ireland*, EU:C:2019:1112; sul principio del controllo nello Stato membro di origine e del reciproco riconoscimento, cfr. sentenza del 25 ottobre 2011 in cause riunite n. C-509/09 e n. C 161/10, *eDate Advertising e a.*, EU:C:2011:685).

**UN VITICOLTORE PUÒ INDICARE IN ETICHETTA
LA PROPRIA AZIENDA ANCHE SE LA PRESSATURA AVVIENE
NEI LOCALI DI UN ALTRO VITICOLTORE PURCHÈ
L’AFFITTUARIO ASSUMA LA DIREZIONE EFFETTIVA,
IL CONTROLLO STRETTO E PERMANENTE NONCHÈ
LA RESPONSABILITÀ DI TALE OPERAZIONE**

Corte di giustizia

Sentenza del 23 novembre 2023 in causa n. C-354/22

Weingut A c. Land Rheinland - Pfalz

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Agricoltura - Organizzazione comune dei mercati - Etichettatura e presentazione nel settore vitivinicolo - Denominazioni di origine e indicazioni geografiche – Regolamento delegato (Ue) n. 2019/33 - Art. 54, par. 1, 2° comma - Indicazione dell’azienda viticola che effettua la vinificazione - Affitto di vigneti - Locazione del torchio per la pressatura - Vinificazione effettuata interamente nell’azienda viticola eponima - Pressatura effettuata da collaboratori dell’azienda terza - Direzione effettiva e controllo permanente.

L'art. 54, par. 1, 2° comma, del Regolamento delegato (Ue) n. 2019/33 della Commissione, del 17 ottobre 2018, che integra il Regolamento (Ue) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le domande di protezione delle denominazioni di origine, delle indicazioni geografiche e delle menzioni tradizionali nel settore vitivinicolo, la procedura di opposizione, le restrizioni dell'uso, le modifiche del disciplinare di produzione, la cancellazione della protezione, nonché l'etichettatura e la presentazione, come modificato dal Regolamento delegato (Ue) n. 2021/1375 della Commissione, dell'11 giugno 2021, deve essere interpretato nel senso che: il fatto che la pressatura delle uve provenienti da vigneti presi in affitto avvenga in un impianto che l'azienda viticola eponima prende in locazione per un breve periodo da un'altra azienda viticola non esclude che la vinificazione sia considerata interamente effettuata nell'azienda viticola eponima, ai sensi di tale disposizione, purché tale impianto sia messo a disposizione esclusiva dell'azienda viticola eponima per il tempo necessario all'operazione di pressatura e quest'ultima azienda assuma la direzione effettiva, il controllo stretto e permanente nonché la responsabilità di tale operazione¹.

L'art. 54, par. 1, 2° comma, del Regolamento delegato n. 2019/33, come modificato dal Regolamento delegato n. 2021/1375, deve essere interpretato nel senso che: una vinificazione è interamente effettuata nell'azienda viticola eponima, ai sensi di tale disposizione, anche se l'operazione di pressatura è stata realizzata da collaboratori dell'azienda viticola che ha locato l'impianto di pressatura all'azienda viticola eponima, purché il proprietario di quest'ultima azienda assuma la direzione effettiva, il controllo stretto e permanente nonché la responsabilità di tale operazione. Il fatto che l'azienda viticola che concede in locazione l'impianto di pressatura abbia un interesse proprio alle modalità con cui viene effettuata la pressatura, in particolare a motivo di una clausola contrattuale che prevede un supplemento di remunerazione in funzione della resa e della qualità per ettolitro di vino, non incide sulla questione se la vinificazione possa essere considerata effettuata nell'azienda viticola eponima².

¹⁻² Il diritto dell'Ue disciplina accuratamente le denominazioni di origine, le indicazioni geografiche nel settore vitivinicolo, nonché l'etichettatura e la presentazione dei vini.

Ai prodotti vitivinicoli con denominazione di origine protetta o indicazione geografica protetta possono essere inseriti nell'etichettatura e nella presentazione specifici termini che indichino l'azienda viticola dalla quale provengono detti prodotti: «Tali termini sono utilizzati soltanto se il prodotto vitivinicolo è ottenuto esclusivamente da uve vendemmiate in vigneti coltivati da tale azienda e la vinificazione è interamente effettuata nell'azienda» (cfr. art. 54, par. 1, secondo comma, del Regolamento delegato (Ue) n. 2019/33 della Commissione del 17 ottobre 2018, che integra il Regolamento (Ue) n. 1308/2013, in *Gu-Ue* n. L 9 del 2019, p. 2, il cui allegato VI elenca tali termini per alcuni Stati membri).

La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 54, par. 1, 2° comma, sopracitato, del Regolamento delegato (Ue) n. 2019/33 della Commissione, è stata presentata nell'ambito di un contenzioso che ha visto contrapposti, da un lato, la Weingut A e, dall'altro lato, il Land Rheinland-Pfalz (Land Renania-Palatinato, Germania) per l'utilizzo dei termini «Weingut» (tenuta viticola) e «Gutsabfüllung» (imbottigliamento nella tenuta) nella presentazione di vini le cui uve, provenienti da vigneti presi in locazione, vengono coltivate, vendemmiate e pressate su un terreno di proprietà di terzi, situato a 70 chilometri dall'azienda del viticoltore, da quest'ultimo preso in affitto.

Di fronte al rifiuto dell'Amministrazione di accettare il termine «Weingut» nella presentazione di tali vini, è sorta una controversia nella quale il giudice del rinvio, la Corte amministrativa federale tedesca, ha chiesto sostanzialmente alla Corte di giustizia di chiarire se per «azienda» si debba intendere uno spazio definito, comprendente solo vigneti, fabbricati ed impianti di vinificazione non separati dai fondi del produttore di vino e se possa accettarsi che la vinificazione venga *interamente* effettuata nell'azienda viticola nel caso in cui la pressatura delle uve avvenga in un torchio preso in locazione dal produttore, al di fuori del proprio terreno.

La Corte ha precisato che l'espressione di azienda, con il conseguente uso dei termini DOP e IGP non sono limitati ai soli terreni di proprietà del viticoltore o situati in loro prossimità, ma può estendersi a vigneti presi in affitto, addirittura situati in un luogo diverso da quello in cui il viticoltore possiede i vigneti, purché sussistano due condizioni: i vigneti siano coperti dalla stessa denominazione di origine protetta o indicazione geografica protetta dell'azienda e purché il prodotto vitivinicolo sia ottenuto esclusivamente da uve vendemmiate in vigneti coltivati da tale azienda, secondo le prescrizioni dello stesso viticoltore (sulla libertà, per il produttore di scegliere il luogo di produzione, cfr. sentenza dell'8 maggio 2003 in causa C-268/01, *Agrargenossenschaft Alkersleben*, EU:C:2003:263 e sulla gestione dell'unità di produzione, cfr. sentenza del 7 aprile 2022 in causa n. C-176/20, *Avio Lucos*, EU:C:2022:274; sulla tutela dei consumatori cfr. sentenza del 29 giugno 1994 in causa n. C-403/92, *Baux*, EU:C:1994:269, annotata in questa *Rivista*, 1995, p. 167).

Il processo di vinificazione è considerato svolto unicamente in un'azienda quando la pressatura avviene in un torchio affittato presso un'altra azienda sempreché lo stesso sia a disposizione esclusiva dell'azienda viticola (sull'affidamento di talune attività connesse alla vinificazione a collaboratori dell'azienda, cfr. sentenza del 18 ottobre 1988 in causa n. 311/87, *Erzeugergemeinschaft Goldenes Rheinhessen*, EU:C:1988:483).

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SUI SEGNI RELIGIOSI SUL LUOGO DI LAVORO STATUENDO CHE UNA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PUÒ VIETARE AI DIPENDENTI DI OSTENTARE SEGNI RELIGIOSI

Corte di giustizia

Sentenza del 28 novembre 2023 in causa n. C-148/22

OP c. Commune d'Ans

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Artt. 1 e 2 della direttiva n. 2000/78/Ce - Parità di trattamento in materia di oc-

occupazione e di condizioni di lavoro - Divieto di discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali - Settore privato e pubblico - Regolamento di lavoro di una PA (Comune) che vieta di indossare in modo visibile qualsiasi segno che riveli convinzioni filosofiche o religiose sul luogo di lavoro - Velo islamico - Requisito di neutralità - Principio di proporzionalità.

L'art. 2, par. 2, lett. b., 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 una norma interna di un'amministrazione comunale che vieta, in maniera generale e indiscriminata, ai membri del personale di tale amministrazione di indossare in modo visibile, sul luogo di lavoro, qualsiasi segno che riveli, in particolare, convinzioni filosofiche o religiose, può essere giustificata dalla volontà di detta amministrazione di istituire, tenuto conto del proprio contesto, un ambiente amministrativo totalmente neutro, purché tale norma sia idonea, necessaria e proporzionata rispetto a tale contesto e tenuto conto dei diversi diritti e interessi in gioco¹.

¹ Negli ultimi anni la Corte di giustizia ha più volte esaminato, alla luce del divieto di «discriminazione fondata sulla religione o le convinzioni personali» ai sensi degli artt. 1 e 2 della direttiva n. 2000/78/Ce (in *Gu-Ue* n. L 303 del 2000, p. 16), il caso di lavoratrici del settore privato, di fede musulmana, alle quali il datore di lavoro aveva vietato di indossare il velo islamico, il c.d. «hijab» sul posto di lavoro (cfr. sentenze del 14 marzo 2017 in causa n. C-157/15, *G4S Secure Solutions*, EU:C:2017:203, annotata in questa *Rivista*, 2017, p. 126; del 14 marzo 2017 in causa n. C-188/15, *Bouagnaoui e ADDH*, EU:C:2017:204; del 15 luglio 2021 in causa n. C-804/18 e n. C-341/19; *WABE e MH Müller Handel*, EU:C:2021:594; e del 13 ottobre 2022 in causa n. C-344/20, *S.C.R.L.*, EU:C:2022:774).

La questione pregiudiziale, introdotta dal Tribunale belga del lavoro di Liegi si aggiunge alle cause già presenti anche se, nel caso di specie, il divieto di indossare segni religiosi sul luogo di lavoro non proviene da un datore di lavoro privato, ma da un ente pubblico, nella fattispecie un Comune. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, un agente a contratto del Comune di Ans, e, dall'altro lato, il Comune stesso per il divieto imposto da quest'ultimo ai suoi dipendenti di indossare qualsiasi segno visibile che potesse rivelare la loro appartenenza ideologica o filosofica o le loro convinzioni politiche o religiose. Il Comune, dopo aver vietato alla dipendente di indossare il velo islamico sul posto di lavoro, ha modificato il proprio regolamento inserendo un obbligo di neutralità e un dovere di riservatezza: «Il lavoratore ha libertà di espressione nel rispetto del principio di neutralità, del proprio obbligo di riservatezza e del proprio dovere di lealtà. Il lavoratore è tenuto a rispettare il principio di neutralità, il che implica il dovere di astenersi da qualsiasi forma di proselitismo e il divieto di esibire qualsiasi segno vistoso che possa rivelare la sua appartenenza ideologica o filosofica o le sue convinzioni politiche o religiose. Tale regola si applica al lavoratore sia nell'ambito dei suoi contatti con il pubblico sia nei suoi rapporti con i suoi superiori e i suoi colleghi».

Il Tribunale del lavoro di Liegi, investito della controversia, si è rivolto alla Corte per chiarire se il principio di neutralità potesse determinare una discriminazione contraria ai principi comunitari.

Con la prima questione, la Corte di giustizia ha statuito che una norma interna di un'am-

ministrazione comunale che vieta, in maniera generale e indiscriminata, ai membri del personale di tale amministrazione di indossare in modo visibile, sul luogo di lavoro, qualsiasi segno che riveli, in particolare, convinzioni filosofiche o religiose, può essere giustificata dalla necessità dell'amministrazione stessa di assicurare la neutralità nel rispetto del principio di proporzionalità nel contesto di riferimento e in considerazione dei diritti e interessi in gioco (sulla nozione di religione: cfr. sentenza del 14 marzo 2017 in causa n. C-157/15, *G4S Secure Solutions*, EU:C:2017:203, e del 15 luglio 2021 in cause riunite n. C-804/18 e n. C-341/19, *WABE e MH Müller Handel*, EU:C:2021:594).

Con la seconda questione, la Corte di giustizia, dichiarando irricevibile la domanda, ha escluso che assicurare un ambiente neutro vietando di indossare in modo visibile segni che rivelino, in particolare, convinzioni filosofiche o religiose per il personale amministrativo, qualora tale divieto riguardi maggiormente le donne possa costituire una discriminazione indiretta fondata sul sesso (secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, la necessità di pervenire a un'interpretazione del diritto dell'Unione che sia utile per il giudice nazionale impone che quest'ultimo rispetti scrupolosamente i requisiti relativi al contenuto di una domanda di pronuncia pregiudiziale e indicati in maniera esplicita all'art. 94 del regolamento di procedura della Corte: cfr. sentenza del 19 aprile 2018 in causa n. C-152/17, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, EU:C:2018:264; del 2 marzo 2023 in causa n. C-394/21, *Bursa Română de Mărfuri*, EU:C:2023:146; del 2 settembre 2021 in causa n. C-570/19, *Irish Ferries*, EU:C:2021:664).

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA IL REGOLAMENTO N. 2016/679 NELL'AMBITO DELL'IRROGAZIONE DELLE SANZIONI *PRIVACY*: NUOVI CRITERI PER STABILIRE LA GRAVITÀ DELLE INFRAZIONI E LE RELATIVE SANZIONI?

I

Corte di giustizia

Sentenza del 5 dicembre 2023 in causa n. C-683/21

Nacionalinis visuomenės sveikatos centras prie Sveikatos apsaugos ministerijos (Centro nazionale per la sanità pubblica presso il Ministero della Sanità, Lituania) c. Valstybinė duomenų apsaugos inspekcija (Ispettorato nazionale per la protezione dei dati, Lituania), con l'intervento di: UAB «IT sprendimai sėkmei», Lietuvos Respublikos sveikatos apsaugos ministerija

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Protezione dei dati personali - Art. 4, punti 2 e 7 del Regolamento (Ue) n. 2016/679 - Nozioni di «trattamento» e di «titolare del trattamento» - Sviluppo di un'applicazione informatica mobile - Artt. 26 e 83 del Regolamento - Contitolari-

tà del trattamento - Irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie - Presupposti - Necessità del carattere doloso o colposo della violazione - Responsabilità del titolare del trattamento per il trattamento di dati personali effettuato dal responsabile del trattamento.

L'art. 4, punto 7, del Regolamento (Ue) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva n. 95/46/Ce (Regolamento generale sulla protezione dei dati), deve essere interpretato nel senso che: può essere considerato titolare del trattamento, ai sensi di tale disposizione, un ente che ha incaricato un'impresa di sviluppare un'applicazione informatica mobile e che, in tale contesto, ha partecipato alla determinazione delle finalità e dei mezzi del trattamento dei dati personali effettuato mediante tale applicazione, anche se tale ente non ha proceduto, esso stesso, a operazioni di trattamento di tali dati, non ha dato esplicitamente il proprio consenso alla realizzazione delle operazioni concrete di un siffatto trattamento o alla messa a disposizione del pubblico di detta applicazione mobile e non ha acquisito quella stessa applicazione mobile, salvo che, prima di tale messa a disposizione nei confronti del pubblico, il suddetto ente si sia espressamente opposto ad essa e al trattamento dei dati personali che ne è derivato¹.

L'art. 4, punto 7, e l'art. 26, par. 1, del Regolamento (Ue) n. 2016/679 devono essere interpretati nel senso che: la qualificazione di due enti come contitolari del trattamento non presuppone né l'esistenza di un accordo tra di essi sulla determinazione delle finalità e dei mezzi del trattamento dei dati personali di cui trattasi né l'esistenza di un accordo che fissi le condizioni relative alla contitolarità del trattamento².

L'art. 4, punto 2, del Regolamento (Ue) n. 2016/679 deve essere interpretato nel senso che: costituisce un «trattamento», ai sensi di tale disposizione, l'uso di dati personali a fini di test informatici di un'applicazione mobile, salvo che tali dati siano stati resi anonimi in modo da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato o che si tratti di dati fittizi che non si riferiscono a una persona fisica esistente³.

L'art. 83 del Regolamento (Ue) n. 2016/679 deve essere interpretato nel senso che: da un lato, una sanzione amministrativa pecuniaria può essere irrogata ai sensi di tale disposizione solo qualora sia accertato che il titolare del trattamento ha commesso, con dolo o colpa, una violazione di cui ai paragrafi da 4 a 6 di detto articolo e, dall'altro, una sanzione pecuniaria siffatta può essere inflitta a un titolare del trattamento in relazione

a operazioni di trattamento di dati personali effettuate per suo conto da un responsabile del trattamento, salvo che, nell'ambito di tali operazioni, detto responsabile del trattamento abbia effettuato trattamenti per finalità che gli sono proprie o abbia trattato tali dati in modo incompatibile con il quadro o le modalità del trattamento quali erano stati determinati dal titolare del trattamento o in modo tale che non si può ragionevolmente ritenere che tale titolare abbia a ciò acconsentito⁴.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 5 dicembre 2023 in causa n. C-807/21

Deutsche Wohnen SE c. Staatsanwaltschaft Berlin

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Protezione dei dati personali - Regolamento (Ue) n. 2016/679 - Art. 4, punto 7 - Nozione di «titolare del trattamento» - Art. 58, par. 2 - Poteri correttivi delle autorità di controllo - Art. 83 - Persona giuridica autore della violazione - Presupposti - Margine di discrezionalità degli Stati membri - Illiceità della violazione legata al requisito del carattere doloso o colposo della violazione - Subappalto - Gruppo di società - Calcolo della sanzione pecuniaria - Nozione di «impresa».

L'art. 58, par. 2, lett. i., e l'art. 83, paragrafi da 1 a 6, del Regolamento (Ue) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva n. 95/46/Ce (Regolamento generale sulla protezione dei dati), devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a una normativa nazionale in forza della quale una sanzione amministrativa pecuniaria può essere inflitta a una persona giuridica, nella sua qualità di titolare del trattamento, per una violazione di cui ai paragrafi da 4 a 6 di tale art. 83 solo a condizione che tale violazione sia stata previamente imputata a una persona fisica identificata⁵.

L'art. 83 del Regolamento n. 2016/679 deve essere interpretato nel senso che: una sanzione amministrativa pecuniaria può essere inflitta ai sensi di tale disposizione solo qualora venga accertato che il titolare del trattamento, che sia al contempo una persona giuridica e un'impresa, ha

*commesso, con dolo o colpa, una violazione di cui ai paragrafi da 4 a 6 di tale articolo*⁶.

¹⁻⁶ La domanda alla quale la Corte di giustizia ha cercato di fornire una risposta è legata a quali condizioni possano essere inflitte ai titolari o ai responsabili del trattamento sanzioni amministrative pecuniarie per la violazione delle norme sulla protezione dei dati stabilite dal Regolamento (Ue) n. 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva n. 95/46/Ce (Regolamento generale sulla protezione dei dati) (in *Guce* n. L 119 del 2016, p. 1; in prosieguo: il «Regolamento GDPR»).

Le sentenze, sopra massimate, scaturiscono da due giudizi nazionali, uno in Lituania e uno in Germania, nei quali è stata chiesta l'interpretazione del Regolamento (Ue) n. 2016/679 riguardo alla possibilità da parte delle autorità nazionali di imporre sanzioni pecuniarie ai titolari del trattamento dei dati (sull'efficace protezione delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche nonché su un elevato livello di protezione del diritto di ogni persona alla tutela dei dati personali che la riguardano, cfr. sentenze del 29 luglio 2019 in causa n. C-40/17, *Fashion ID*, EU:C:2019:629 e del 28 aprile 2022 in causa n. C-319/20, *Meta Platforms Ireland*, EU:C:2022:322 e giurisprudenza *ivi* citata).

Nel caso lituano (in causa n. C-683/21), il Centro Nazionale di Sanità Pubblica è stato multato per 12.000 euro per la creazione di un'applicazione mobile per il tracciamento dei dati delle persone esposte al COVID-19. Nel caso tedesco (in causa n. C-807/21), la società immobiliare Deutsche Wohnen è stata multata per oltre 14 milioni di euro per la conservazione prolungata dei dati personali dei suoi inquilini.

La Corte di giustizia ha stabilito che le sanzioni pecuniarie possono essere inflitte solo se la violazione del Regolamento GDPR è stata commessa in modo illecito, cioè doloso o colposo. Le condizioni che un'autorità di controllo deve rispettare nell'infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria a un titolare del trattamento rientrano unicamente nel diritto dell'Unione e sono fissate, con precisione e senza lasciare agli Stati membri alcun margine di discrezionalità, all'art. 83, paragrafi da 1 a 6, del Regolamento GDPR.

Questo ragionamento vale anche se il titolare del trattamento non era consapevole dell'infrazione (v., per analogia, sentenze del 18 giugno 2013 in causa n. C 681/11, *Schenker & Co. e a.*, EU:C:2013:404 e giurisprudenza *ivi* citata; del 25 marzo 2021 in causa n. C 591/16 P, *Lundbeck c. Commissione*, EU:C:2021:243 e del 25 marzo 2021 in causa n. C 601/16 P, *Arrow Group e Arrow Generics c. Commissione*, EU:C:2021:244).

Secondo il punto 44 della sentenza in causa n. C-807/21: «Per quanto riguarda le persone giuridiche ciò implica, da un lato, come rilevato, in sostanza, dall'avvocato generale ai paragrafi da 57 a 59 delle sue conclusioni, che queste sono responsabili non solo delle violazioni commesse dai loro rappresentanti, dirigenti o amministratori, ma anche da qualsiasi altra persona che agisca nell'ambito dell'attività commerciale di tali persone giuridiche e per loro conto (...)».

Quando il titolare del trattamento è una persona giuridica, va altresì precisato che l'applicazione dell'art. 83 del Regolamento GDPR non presuppone l'azione o quanto meno la consapevolezza da parte dell'organo di gestione di tale persona giuridica (v., per analogia, sentenze del 7 giugno 1983 in cause riunite da n. 100/80 a n. 103/80, *Musique Diffusion française e a. c. Commissione*, EU:C:1983:158, nonché del 16 febbraio 2017 in causa n. C-94/15 P, *Tudapetrol Mineralölerzeugnisse Nils Hansen c. Commissione*, EU:C:2017:124 e giurisprudenza *ivi* citata).

La Corte ha precisato le condizioni alle quali le autorità nazionali possono infliggere sanzioni pecuniarie per violazioni del Regolamento GDPR, affermando che il comportamento illecito è un requisito fondamentale, anche per operazioni effettuate da un subappaltatore, nei limiti in cui tali operazioni possano essere imputate al titolare del trattamento. Quando il destinatario della sanzione fa parte di un gruppo di società, l'ammenda deve essere calcolata sul fatturato del gruppo.

La Corte ha chiarito che la contitolarietà si basa sulla partecipazione alla determinazione delle finalità e dei mezzi del trattamento, senza necessità di un accordo formale tra i soggetti in questione. I contitolari devono, comunque, stabilire di comune accordo i loro obblighi rispettivi.

Infine, il calcolo delle sanzioni pecuniarie per le imprese deve basarsi sulla nozione di "impresa" ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE; l'importo massimo della sanzione è calcolato su una percentuale del fatturato annuo mondiale dell'esercizio precedente dell'impresa interessata (la nozione di "impresa" comprende qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento. Essa si riferisce pertanto a un'unità economica anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche. Detta unità economica consiste in un'organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali che persegue stabilmente un determinato fine di natura economica, cfr. sentenza del 6 ottobre 2021 in causa n. C 882/19, *Sumal*, EU:C:2021:800 e giurisprudenza *ivi* citata).

La Corte di giustizia ha precisato che solo una sanzione amministrativa pecuniaria il cui importo sia determinato in funzione della capacità economica reale o materiale del suo destinatario, e, quindi, imposta dall'autorità di controllo sulla base, per quanto riguarda l'importo della stessa, della nozione di unità economica, sopra citata, può soddisfare le tre condizioni enunciate all'art. 83, par. 1, del Regolamento GDPR, vale a dire essere allo stesso tempo effettiva, proporzionata e dissuasiva.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

PRESENZA DI PARASSITI IN CONFEZIONI DI PASTA: ESCLUSA LA RESPONSABILITÀ DEL DIRETTORE DEL SUPERMERCATO IN ASSENZA DI SEGNI DI ALTERAZIONE SULLA CONFEZIONE

Corte di cassazione

Sentenza del 26 aprile-19 giugno 2023, III sezione penale, n. 26278*

Luigi Marini, *Presidente* - Antonio Corbo, *Relatore*

Legge n. 283/1962, art. 5, lett. d., art. 19 - Igiene della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande - Messa in vendita di prodotti alimentari preconfezionati - Autorità sanitaria: ispezione e prelievo di campioni dei prodotti - Detenzione e somministrazione di prodotti insudiciati, invasi da parassiti, in stato di alterazione - Prodotti in confezioni originali, privi di alterazione esteriore destinati ad essere aperti solo dal consumatore - Responsabilità del produttore - Esonero di responsabilità del commerciante/venditore.

* Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet <https://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>. In argomento v. *infra*, p. 415 ss., il commento di *MARCO CASINI*

(Omissis) *Le fattispecie previste dal combinato disposto degli artt. 5 e 6 l. n. 283 del 1962 costituiscono reati contravvenzionali, come tali puniti anche a titolo di colpa (cfr., tra le tante, Sez. 3, n. 5975 del 05/12/2012, dep. 2013, Massaro, Rv. 254401-01, e Sez. 3, n. 12005 del 13/11/1997, Perini, Rv. 209195-01).*

Di conseguenza, deve ritenersi che la disposizione di cui all'art. 19 legge cit., pena una sua interpretatio abrogans, ha la funzione di delimitare ulteriormente l'area della responsabilità penale, e di richiedere, per le ipotesi da essa previste, una colpevolezza "qualificata".

Appare ragionevole, perciò, ritenere che la previsione in esame, ai fini dell'affermazione di responsabilità per i reati di cui agli artt. 5 e 6 L. n. 283 del 1962, esige, in caso di prodotti distribuiti in confezioni originali affetti da vizi attinenti ai loro requisiti intrinseci o alla loro composizione o alle condizioni interne dei recipienti, come è fuori discussione nel caso di specie, una colpevolezza "qualificata", costituita dalla conoscenza della violazione delle prescrizioni in materia di igiene degli alimenti o dalla omessa considerazione di segni di alterazione presenti sulla confezione originale. Piuttosto, nella nozione di "segni di alterazione" presenti sulla confezione originale rientrano anche quegli elementi indicativi della violazione di prescrizioni in materia di igiene degli alimenti constatabili sulla base di un esame esterno della confezione, siccome desumibili dalla stessa e attraverso la stessa. Non può però rilevare, come elemento sufficiente ai fini della integrazione del necessario coefficiente di colpevolezza, la mera possibilità di constatazione di violazione delle prescrizioni in materia di igiene degli alimenti quando difettino percepibili "segni di alterazione".

(Omissis) In diritto

1. Il ricorso è fondato per le censure esposte nel primo motivo, per le ragioni di seguito precisate.

2. Il primo motivo contesta l'affermazione di colpevolezza per la contravvenzione di cui agli artt. 5, lett. d), e 6 legge n. 283 del 1962, integrata dall'aver detenuto per la vendita sostanze alimentari in stato di alterazione o comunque nocive, per la presenza di parassiti, deducendo la non corretta applicazione della causa limitativa della responsabilità in ordine a tali reati, prevista dall'art. 19 legge cit., per aver ritenuto l'illecito sussistente in ragione della «prospettiva della mera possibilità» dell'imputato di «rendersi conto della natura di quanto immesso in commercio», sebbene si trattasse di prodotto venduto in confezione originale e di vizio (la presenza di parassiti) non visibile dall'esterno della confezione.

3. La questione posta nel motivo concerne l'individuazione dell'area di operatività della disposizione di cui all'art. 19 legge n. 283 del 1962.

3.1. L'art. 19 legge cit. statuisce: «Le sanzioni previste dalla presente legge non si applicano al commerciante che vende, pone in vendita o comunque distri-

buisce per il consumo prodotti in confezioni originali, qualora la non corrispondenza alle prescrizioni della legge stessa riguardi i requisiti intrinseci o la composizione dei prodotti o le condizioni interne dei recipienti e sempre che il commerciante non sia a conoscenza della violazione o la confezione originale non presenti segni di alterazione».

3.2. Significativa, anche se in gran parte risalente, è la elaborazione della giurisprudenza in materia.

Innanzitutto, secondo l'indirizzo consolidato, in tema di disciplina degli alimenti, per "confezione originale" deve intendersi ogni recipiente o contenitore chiuso, destinato a garantire l'integrità originaria della sostanza alimentare da qualsiasi manomissione e ad essere aperto esclusivamente dal consumatore di essa (cfr. Sez. 3, n. 5975 del 05/12/2012, dep. 2013, Massaro, Rv. 254401-01, e Sez. 3, n. 8085 del 13/05/1999, Nerbi, Rv. 214654-01).

Inoltre, secondo un orientamento datato ma mai smentito, ferma restando la responsabilità del produttore, il rivenditore o utilizzatore non risponde della detenzione per la vendita o della somministrazione di sostanze alimentari insudiciate, invase da parassiti, in stato di alterazione o, comunque, nocive, se queste gli siano state consegnate in confezioni originali sigillate, destinate ad essere aperte solo dal consumatore, le quali non rivelino esteriormente alcun vizio e per le quali l'analisi o qualsiasi altro appropriato controllo si risolverebbe, per la facile deperibilità del prodotto, nella non commestibilità di esso e, in pratica, nell'impossibilità di immetterlo al consumo (così Sez. 3, n. 8085 del 13/05/1999, Nerbi, Rv. 214654-01, e Sez. 3, n. 12005 del 13/11/1997, Perini, Rv. 209195-01).

Nello stesso senso, sulla base di una riflessione di tipo sistematico, si era già osservato: «Il fondamento dell'art. 19 legge 30 aprile 1962, n. 283, sulla disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande, va ricercato nell'inevitabilità del fatto addebitato, cioè nell'impossibilità materiale del commerciante rivenditore di accertare, mediante l'adozione della normale diligenza e prudenza, la rispondenza alle prescrizioni legali del prodotto posto in vendita. Questo principio si trae dall'art. 19 citato e dalla sempre maggiore importanza che viene attribuita in sede penale alla colpevolezza e si rinviene nella cosiddetta inesigibilità, che pur avendo una natura oggettiva e non essendo prevista nel nostro ordinamento, ma in quello tedesco, trova, nell'ambito della rilevanza dell'elemento psicologico, un primo riconoscimento nella sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale in tema di errore inevitabile su legge penale e viene ad avere, sia pure con tutte le limitazioni conseguenti all'inquadramento dogmatico delle cause di giustificazione, un ulteriore positivo riscontro nel cosiddetto stato di necessità. Pertanto, ferma restando la responsabilità del produttore, il rivenditore non può essere ritenuto colpevole non solo del procedimento di lavorazione e produzione per quegli alimenti che siano immessi al consumo in confezioni originali, tranne nei casi in cui i vizi si possano constatare all'esterno o il rivenditore ne sia a conoscenza, ma anche della composizione di tutti quei prodotti "imballati" o sfusi, che non rivelino esteriormente alcun vizio e per i quali l'analisi o qualsiasi appropriato controllo si risolverebbe per l'estrema deperi-

bilità del prodotto, nell'incommestibilità di esso e in pratica nell'impossibilità di immetterlo al consumo. Tuttavia, è richiesto che il commerciante abbia adottato tutte le cautele necessarie, affinché possa far affidamento sulla conformità a legge del prodotto, sia dal punto di vista igienico-sanitario per la sua conservazione ed esposizione alla vendita sia sotto il profilo dei controlli esperibili» (così Sez. 3, n. 2350 dl [*rectius*: del *n.d.r.*] 01/02/1995, Profeta, Rv. 201962-01, secondo la massima ufficiale).

In linea con le pronunce precedentemente richiamate, sembrano porsi anche altre decisioni, ad avviso delle quali la responsabilità del rivenditore per il reato di somministrazione di sostanze alimentari insudiciate o invase da parassiti non è esclusa per il fatto che queste siano confezionate dal produttore con modalità tali da consentire l'apertura dell'involucro al solo consumatore, ove le condizioni di conservazione dell'alimento siano comunque agevolmente constatabili dall'esterno (così Sez. 3, n. 11998 del 02/02/2011, Lepore, Rv. 249657-01, e Sez. 3, n. 7344 del 05/03/1976, De Vita, Rv. 133932-01).

L'unico limite all'applicazione dell'art. 19 legge n. 283 del 1962 è individuato dalla giurisprudenza nel caso di prodotti alimentari provenienti da produttore straniero, non essendovi in tal caso la certezza del rispetto delle prescrizioni imposte dalla legge italiana per prevenire il pericolo di frode o di danno alla salute del consumatore (cfr. Sez. 3, n. 7383 del 04/11/2014, dep. 2015, Barile, Rv. 262407-01, e Sez. 3, n. 28375 del 11/07/2006, Sciacovelli, Rv. 234952-01).

3.3. Ad avviso del Collegio, deve darsi continuità ai principi giurisprudenziali precedentemente richiamati.

In effetti, le fattispecie previste dal combinato disposto degli artt. 5 e 6 legge n. 283 del 1962 costituiscono reati contravvenzionali, come tali punti [*rectius*: puniti *n.d.r.*] anche a titolo di colpa (cfr., tra le tante, Sez. 3, n. 5975 del 05/12/2012, dep. 2013, Massaro, Rv. 254401-01, e Sez. 3, n. 12005 del 13/11/1997, Perini, Rv. 209195-01).

Di conseguenza, deve ritenersi che la disposizione di cui all'art. 19 legge cit., pena una sua *interpretatio abrogans*, ha la funzione di delimitare ulteriormente l'area della responsabilità penale, e di richiedere, per le ipotesi da essa previste, una colpevolezza "qualificata".

Appare ragionevole, perciò, ritenere che la previsione in esame, ai fini dell'affermazione di responsabilità per i reati di cui agli artt. 5 e 6 legge n. 283 del 1962, esige, in caso di prodotti distribuiti in confezioni originali affetti da vizi atinenti ai loro requisiti intrinseci o alla loro composizione o alle condizioni interne dei recipienti, come è fuori discussione nel caso di specie, una colpevolezza "qualificata", costituita dalla conoscenza della violazione delle prescrizioni in materia di igiene degli alimenti o dalla omessa considerazione di segni di alterazione presenti sulla confezione originale. Piuttosto, nella nozione di «segni di alterazione» presenti sulla confezione originale rientrano anche quegli elementi indicativi della violazione di prescrizioni in materia di igiene degli alimenti constatabili sulla base di un esame esterno della confezione, siccome desumibili dalla stessa e attraverso la stessa. Non può però rilevare, come elemento sufficiente ai

fini della integrazione del necessario coefficiente di colpevolezza, la mera possibilità di constatazione di violazione delle prescrizioni in materia di igiene degli alimenti quando difettino percepibili «segni di alterazione».

4. La sentenza impugnata ha ritenuto inapplicabile la disposizione di cui all'art. 19 della legge n. 283 del 1962, secondo una valutazione possibilistica.

Precisamente, il Tribunale ha osservato: «Ora, nel caso in esame, tenuto conto della natura della confezione di pasta (sì di cartone ma con delle apposite finestrelle plastificate atte a permettere una verifica sulla consistenza del prodotto), ecco che non può escludersi la responsabilità del prevenuto che, quale direttore del punto vendita, non ha adottato le giuste precauzioni (o impartito opportune disposizioni) atte a riscontrare non solo l'integrità delle confezioni ma anche che le stesse fossero in normale stato di conservazione (o, più precisamente, non infestate da parassiti)».

5. Escludendo l'applicabilità della previsione di cui all'art. 19 legge cit. con la motivazione appena indicata al par. 4, la sentenza impugnata non ha proceduto alla corretta interpretazione di tale disposizione.

In effetti, il Tribunale ha ritenuto colpevole il comportamento dell'imputato per non aver adottato le precauzioni «atte a riscontrare non solo l'integrità delle confezioni ma anche che le stesse fossero in normale stato di conservazione (o, più precisamente, non infestate da parassiti)». In questo modo, la sentenza impugnata, pur ritenendo applicabile la disciplina di cui all'art. 19 legge n. 283 del 1962, ha addebitato all'attuale ricorrente il fatto anche a causa della ritenuta violazione di regole cautelari ulteriori e diverse rispetto a quelle previste dall'art. 19 cit. Tale disposizione, infatti, come si è indicato in precedenza al par. 3.3, nel caso di commercializzazione di prodotti contenuti in confezioni originali, esclude la responsabilità per i reati di cui agli artt. 5 e 6 legge n. 283 del 1962 se non risulta, nel soggetto agente, la conoscenza della violazione delle prescrizioni ovvero l'omessa considerazione di segni di alterazione presenti sulla confezione originale o comunque rilevabili sulla base di un esame esterno di quest'ultima.

6. La fondatezza delle censure precedentemente esaminate impone l'annullamento della sentenza impugnata per nuovo esame con riguardo all'eventuale applicazione del limite alla responsabilità di cui all'art. 19 legge n. 283 del 1962.

Il Giudice del rinvio, alla luce di tutti gli accertamenti necessari, esaminerà se l'imputato abbia detenuto per la vendita le confezioni di pasta marca «Barilla Bio» di cui all'imputazione in stato di alterazione o comunque nocive, sebbene fosse a conoscenza della violazione delle prescrizioni in materia di igiene degli alimenti o comunque abbia omesso di prendere in considerazione segni di alterazione presenti sulla confezione originale o rilevabili sulla base di un esame esterno di quest'ultima.

Le ulteriori censure, espone nel secondo e nel terzo motivo, concernenti, rispettivamente, la mancata applicazione della causa di non punibilità dell'art. 131-bis c.p., e la determinazione del trattamento sanzionatorio sono assorbite e non possono essere esaminate in questa sede, perché il loro esame presuppone la non applicabilità della disciplina di cui all'art. 19 legge n. 283 del 1962.

(*Omissis*)

IL VENDITORE NON HA RESPONSABILITÀ PER LA PRESENZA DI PARASSITI SE LE CONFEZIONI DI PASTA NON PRESENTANO SEGNI DI ALTERAZIONE

La Corte di cassazione è intervenuta in una vicenda relativa alla responsabilità del venditore/commerciante per la messa in vendita di prodotti alimentari confezionati che, a seguito di analisi eseguite sul prodotto, si sono rivelati insudiciati, invasi da parassiti, in stato di alterazione, con applicazione dell'art. 5, lett. *d.*, della legge n. 283/1962 e condanna da parte del Tribunale di Messina.

È un caso che gli operatori di diritto devono affrontare frequentemente e verte sulla portata e sui limiti dell'esimente prevista dall'art. 19 della legge n. 283/1962 che, come noto, prevede la non applicabilità delle sanzioni, «(...) *al commerciante che vende, pone in vendita o comunque distribuisce per il consumo prodotti in confezioni originali, qualora la non corrispondenza alle prescrizioni della legge stessa riguardi i requisiti intrinseci o la composizione dei prodotti o le condizioni interne dei recipienti e sempre che il commerciante non sia a conoscenza della violazione o la confezione originale non presenti segni di alterazione*».

Ciononostante, una volta accertata, a seguito dei controlli eseguiti, la messa in vendita di prodotti confezionati invasi da parassiti, in stato di alterazione etc. le Autorità competenti si limitano normalmente a trasmettere la Comunicazione Notizia di Reato alla Procura competente per territorio che avvia il procedimento nei confronti del solo venditore.

In altri termini – nonostante l'esimente prevista dalla legge e la presunzione che, trattandosi di un prodotto confezionato in confezioni originali, l'eventuale presenza di parassiti etc. abbia origine a livello di produzione –

si assiste frequentemente all'avvio di procedimenti penali nei confronti del venditore, senza peraltro eseguire le necessarie verifiche e i controlli per individuare l'origine e le eventuali responsabilità.

Tali procedimenti, a volte e come in questo caso, arrivano addirittura al vaglio della Suprema Corte a causa, come si vedrà in prosieguo, dell'errata interpretazione delle norme da parte di alcuni Tribunali che, quando si trovano di fronte ad un prodotto alimentare in vendita che si presenta invaso da parassiti etc., fanno fatica ad assolvere l'ultimo operatore che lo ha commercializzato.

Nel caso oggetto del giudizio il Tribunale di Messina aveva ritenuto inapplicabile l'esimente sopra indicata per il fatto che la confezione di pasta era di cartone con delle finestrelle plastificate che consentivano una verifica della consistenza del prodotto e per tale motivo, aveva ritenuto configurabile la responsabilità del direttore del punto vendita per non avere adottato le giuste precauzioni o impartito le opportune disposizioni atte a riscontrare non solo l'integrità delle confezioni ma anche che le stesse fossero in normale stato di conservazione e più precisamente non infestate da parassiti.

Per risolvere il caso la Suprema Corte ha ripercorso la sua giurisprudenza relativa all'area di operatività dell'art. 19 della legge n. 283/1962.

In primo luogo, ha ricordato che per "confezione originale" deve intendersi ogni recipiente destinato a garantire l'integrità del prodotto da qualsiasi manomissione e ad essere aperto esclusivamente dal consumatore finale. In sostanza, sebbene la Corte non lo richiami, siamo nell'ambito della definizione di alimento preimballato (art. 2 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del 25 ottobre 2011) e cioè dell'«*l'unità di vendita destinata a essere presentata come tale al consumatore finale e alle collettività, costituita da un alimento e dall'imballaggio in cui è stato confezionato prima di essere messo in vendita, avvolta interamente o in parte da tale imballaggio, ma comunque in modo tale che il contenuto non possa essere alterato senza aprire o cambiare l'imballaggio*».

Inoltre, ha ricordato la necessità che le confezioni non rivelino esteriormente alcun vizio.

Il fatto di essere in presenza di confezioni originali esenti da vizi esteriori comporta ad avviso della Corte l'inevitabilità del fatto addebitato e l'impossibilità materiale del commerciante di eseguire accertamenti e verifiche sul prodotto.

Le suddette condizioni comportano che il commerciante/venditore non può essere ritenuto consapevole della situazione che, infatti, viene accertata solo *a posteriori*, a seguito dell'apertura delle confezioni per le analisi e

deve quindi essergli riconosciuta la causa di giustificazione dello «stato di necessità» e/o dell'«errore inevitabile sulla legge penale».

Tale conclusione richiede, ovviamente, che il venditore abbia adottato tutte le cautele necessarie per la conservazione ed esposizione in vendita dei prodotti, con l'unico limite dei prodotti alimentari provenienti da un «produttore straniero», non essendovi in tal caso certezza del rispetto delle prescrizioni della «legge italiana» in materia di tutela dei consumatori.

Ad avviso di chi scrive, il riferimento al “produttore straniero” è sbagliato e comunque impreciso. La Corte non avrebbe dovuto fare riferimento alla legge italiana in materia di tutela dei consumatori trattandosi di normativa armonizzata a livello unionale sia per quanto attiene l'igiene e la salubrità dei prodotti alimentari sia per i controlli. Pertanto, in realtà avrebbe dovuto fare riferimento al «produttore extracomunitario». In altri termini la conclusione cui perviene la Corte dovrebbe valere per tutti i produttori dell'Unione europea.

A prescindere da tale aspetto critico, dopo aver passato in rassegna le proprie decisioni in materia, la Corte ha ritenuto che l'art. 19¹ circoscriva fortemente la responsabilità penale del commerciante/venditore, richiedendo una colpevolezza «qualificata» e cioè la conoscenza della violazione delle prescrizioni in materia di igiene degli alimenti o la mancata valutazione di segni esteriori di alterazione sulle confezioni.

Non è sufficiente affermare che il commerciante/venditore avrebbe dovuto adottare le precauzioni per accertare che le confezioni fossero non solo integre ma anche in normale stato di conservazione (e cioè, nel caso, non infestate da parassiti). Al contrario, è necessario accertare la conoscenza da parte sua delle violazioni delle prescrizioni o l'omessa considerazione di segni di alterazioni presenti sulla confezione originale rilevabili da un esame esterno.

La conclusione è sicuramente condivisibile e anche di “buon senso”. In sostanza, facendo riferimento, come nel caso esaminato, ai parassiti presenti nella pasta all'interno delle confezioni originali, non si deve andare a valutare con un giudizio *a posteriori* (dopo aver aperto le confezioni e fatto le analisi) se il venditore potesse accorgersene (con una valutazione possibilistica) ma, al contrario, accertare solo se vi fossero segni esteriori sulle confezioni.

¹ Occorre anche ricordare che l'art. 8 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 è sulla stessa linea dell'art. 19 della legge italiana n. 283/1962. Cfr. F. CAPELLI, *Il Regolamento (Ue) n. 1169/2011 e le sue guide spirituali*, in questa *Rivista*, 2014, p. 225, spec. p. 237 ss.

In questo modo si dà certezza agli operatori e si evita un continuo ricorso al colpevole di un fatto che non necessariamente è reato.

Marco Casini*

SINTESI

La Suprema Corte conferma che il distributore non è responsabile se le confezioni non presentano segni di alterazioni. Non è esigibile un controllo avente ad oggetto il contenuto delle confezioni se le condizioni di conservazione ed esposizione in vendita dei prodotti sono idonee. La responsabilità del distributore non deve essere accertata *a posteriori* per la presenza di parassiti all'interno delle confezioni. La responsabilità per colpa deve consentire di individuare il comportamento esigibile.

Tale conclusione deve valere per tutti i prodotti fabbricati nel territorio dell'Unione europea e non solo per quelli fabbricati in Italia.

ABSTRACT

The Supreme Court confirms that the distributor is not responsible if the packages do not show signs of alteration. A check of the contents of the packages is not required if the storage and sale conditions of the products are correct.

The distributor's liability must not be ascertained retrospectively due to the presence of the parasite inside the packages. Responsibility for negligence must allow the conduct to be deemed due.

This conclusion must apply to all products made in the EU territory and not just to products made in Italy.

* Avvocato / Foro di Cremona

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

UNA SVOLTA EPOCALE PER IL FUTURO DELL'ECONOMIA DIGITALE IN EUROPA: IL *DATA ACT* INTRODUCE REGOLE ARMONIZZATE CHE DISCIPLINANO L'ACCESSO, L'UTILIZZO E LA CESSIONE DEI DATI INDUSTRIALI E CONSENTONO AGLI UTENTI DEI PRODOTTI CONNESSI (IoT – AI) DI ACCEDERE, UTILIZZARE E CONDIVIDERE I DATI GENERATI DA QUESTI DISPOSITIVI

Regolamento (Ue) n. 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (Ue) n. 2017/2394 e la direttiva (Ue) n. 2020/1828 (regolamento sui dati)*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'art.114,
vista la proposta della Commissione europea,
previa trasmissione del progetto di atto legislativo ai parlamenti nazionali,
visto il parere della Banca centrale europea¹,
visto il parere del Comitato economico e sociale europeo²,

* In *Gu-Ue* serie L del 22 dicembre 2023. Il testo integrale è reperibile sul sito internet www.eur-lex.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 427 ss. il commento di *GIAN FRANCO SIMONINI*.

¹ In *Gu-Ue* n. C 402 del 19 ottobre 2022, p. 5.

² In *Gu-Ue* n. C 365 del 23 settembre 2022, p. 18.

visto il parere del Comitato delle regioni³,
deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria⁴,

(*Omissis*)

hanno adottato il presente Regolamento:

Capo I - DISPOSIZIONI GENERALI
Articolo 1 - *Oggetto e ambito di applicazione*

1. Il presente regolamento stabilisce norme armonizzate per quanto riguarda, tra l'altro:

- a. la messa a disposizione dei dati del prodotto connesso e di un servizio correlato all'utente del prodotto connesso o del servizio correlato;
- b. la messa a disposizione di dati da parte dei titolari dei dati ai destinatari dei dati;
- c. la messa a disposizione di dati da parte dei titolari dei dati agli enti pubblici, alla Commissione, alla Banca centrale europea e a organismi dell'Unione, a fronte di necessità eccezionali per tali dati, per l'esecuzione di un compito specifico svolto nell'interesse pubblico;
- d. la facilitazione del passaggio da un servizio di trattamento dei dati all'altro;
- e. l'introduzione di garanzie contro l'accesso illecito di terzi ai dati non personali; e
- f. lo sviluppo di norme di interoperabilità per i dati a cui accedere, da trasferire e utilizzare.

2. Il presente regolamento concerne i dati personali e non personali, compresi i seguenti tipi di dati nei contesti seguenti:

- a. il capo II si applica ai dati, ad eccezione del contenuto, relativi alle prestazioni, all'uso e all'ambiente dei prodotti connessi e dei servizi correlati;
- b. il capo III si applica a tutti i dati del settore privato soggetti a obblighi di condivisione dei dati previsti dalla legge;
- c. il capo IV si applica a tutti i dati del settore privato il cui accesso e utilizzo si basano su contratti tra imprese;
- d. il capo V si applica a tutti i dati del settore privato, incentrandosi sui dati non personali;
- e. il capo VI si applica a tutti i dati e servizi trattati dai fornitori di servizi di trattamento dei dati;
- f. il capo VII si applica a tutti i dati non personali detenuti nell'Unione da fornitori di servizi di trattamento dei dati.

3. Il presente regolamento si applica:

³ In *Gu-Ue* n. C 375 del 30 settembre 2022, p. 112.

⁴ Posizione del Parlamento europeo del 9 novembre 2023 (non ancora pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*) e decisione del Consiglio del 27 novembre 2023.

a. ai fabbricanti di prodotti connessi immessi sul mercato dell'Unione e ai fornitori di servizi correlati, indipendentemente dal loro luogo di stabilimento di tali fabbricanti e fornitori;

b. agli utenti nell'Unione di prodotti connessi o servizi correlati di cui alla lett. *a.*;

c. ai titolari dei dati, indipendentemente dal loro luogo di stabilimento, che mettono dati a disposizione dei destinatari dei dati nell'Unione;

d. ai destinatari dei dati nell'Unione a disposizione dei quali sono messi i dati;

e. agli enti pubblici, alla Commissione, alla Banca centrale europea e agli organismi dell'Unione che chiedono ai titolari dei dati di mettere i dati a disposizione nel caso tali dati siano necessari a fronte di una necessità eccezionale per l'esecuzione di un compito specifico svolto nell'interesse pubblico e ai titolari dei dati che forniscono tali dati in risposta a tale richiesta;

f. ai fornitori di servizi di trattamento dei dati, indipendentemente dal loro luogo di stabilimento, che forniscono tali servizi a clienti nell'Unione;

g. ai partecipanti agli spazi di dati, ai venditori di applicazioni che utilizzano contratti intelligenti e alle persone la cui attività commerciale, imprenditoriale o professionale comporti l'implementazione di contratti intelligenti per altri nel contesto dell'esecuzione di un accordo.

4. Nei casi in cui il presente regolamento fa riferimento a prodotti connessi o servizi correlati, tali riferimenti comprendono anche gli assistenti virtuali, nella misura in cui interagiscono con un prodotto connesso o un servizio correlato.

5. Il presente regolamento fa salvo il diritto dell'Unione e nazionale in materia di protezione dei dati personali, della vita privata e della riservatezza delle comunicazioni e dell'integrità delle apparecchiature terminali, che si applica ai dati personali trattati in relazione ai diritti e agli obblighi, in particolare i regolamenti (Ue) 2016/679 e (Ue) 2018/1725 e la direttiva 2002/58/Ce, nonché i poteri e le competenze delle autorità di controllo e i diritti degli interessati. Nella misura in cui gli utenti sono gli interessati, i diritti di cui al capo II del presente regolamento integrano i diritti di accesso da parte degli interessati e i diritti alla portabilità dei dati di cui agli artt. 15 e 20 del regolamento (Ue) 2016/679. In caso di conflitto tra il presente regolamento e il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali o della vita privata o la legislazione nazionale adottata conformemente a tale diritto dell'Unione, prevale il pertinente diritto dell'Unione o nazionale in materia di protezione dei dati personali o della vita privata.

6. Il presente regolamento non si applica agli accordi volontari per lo scambio di dati tra soggetti pubblici e privati né li pregiudica, in particolare gli accordi volontari di condivisione dei dati.

Il presente regolamento non pregiudica gli atti giuridici dell'Unione o nazionali che prevedono la condivisione e l'utilizzo dei dati e l'accesso agli stessi a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, o a fini doganali e fiscali, in particolare i regolamenti (Ue) 2021/784, (Ue) 2022/2065 e (Ue) 2023/1543 e la direttiva (Ue) 2023/1544, o la cooperazione internazionale in tale settore. Il presente regolamento non si applica alla raccolta o

alla condivisione, all'accesso o all'utilizzo dei dati a norma del regolamento (Ue) 2015/847 e della direttiva (Ue) 2015/849. Il presente regolamento non si applica ai settori che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e in ogni caso non pregiudica le competenze degli Stati membri in materia di sicurezza pubblica, difesa o sicurezza nazionale indipendentemente dal tipo di entità incaricata dagli Stati membri di svolgere compiti in relazione a tali competenze, né il loro potere di salvaguardare altre funzioni essenziali dello Stato, tra cui la garanzia dell'integrità territoriale dello Stato e il mantenimento dell'ordine pubblico. Il presente regolamento fa salve le competenze degli Stati membri in materia di amministrazione doganale e fiscale o salute e sicurezza dei cittadini.

7. Il presente regolamento integra l'approccio di autoregolamentazione di cui al regolamento (Ue) 2018/1807 aggiungendo obblighi di applicazione generale relativi al passaggio ad altri servizi cloud.

8. Il presente regolamento fa salvi gli atti giuridici dell'Unione e nazionali che prevedono la tutela dei diritti di proprietà intellettuale, in particolare le direttive 2001/29/Ce, 2004/48/Ce e (Ue) 2019/790.

9. Il presente regolamento integra e fa salvo il diritto dell'Unione volto a promuovere gli interessi dei consumatori e a garantire un livello elevato di protezione dei consumatori, nonché a proteggere la loro salute, la loro sicurezza e i loro interessi economici, in particolare le direttive 93/13/Cee, 2005/29/Ce e 2011/83/Ue.

10. Il presente regolamento non preclude la conclusione di contratti di condivisione dei dati volontari e legittimi, ivi compresi contratti conclusi su base reciproca, che siano conformi ai requisiti di cui al presente regolamento.

Articolo 2 – *Definizioni (Omissis)*

Capo II - CONDIVISIONE DEI DATI DA IMPRESA A CONSUMATORE E DA IMPRESA A IMPRESA

Articolo 3 - *Obbligo di rendere accessibili all'utente i dati del prodotto e dei servizi correlati*

1. I prodotti connessi sono progettati e fabbricati e i servizi correlati sono progettati e forniti in modo tale che i dati dei prodotti e dei servizi correlati, compresi i pertinenti metadati necessari a interpretare e utilizzare tali dati, siano, per impostazione predefinita, accessibili all'utente in modo facile, sicuro, gratuito, in un formato completo, strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico e, ove pertinente e tecnicamente possibile, in modo diretto.

2. Prima di concludere un contratto di acquisto, locazione o noleggio di un prodotto connesso, il venditore, il locatore o il noleggiante, che può essere il fabbricante, fornisce all'utente almeno le informazioni seguenti, in modo chiaro e comprensibile:

a. il tipo, il formato e il volume stimato di dati del prodotto che il prodotto connesso può generare;

b. se il prodotto connesso è in grado di generare dati in modo continuo e in tempo reale;

c. se il prodotto connesso è in grado di archiviare dati sul dispositivo o su un server remoto, compresa, se del caso, la durata prevista della conservazione;

d. il modo in cui l'utente può accedere a tali dati, reperirli o, se del caso, cancellarli, compresi i mezzi tecnici per farlo, nonché le condizioni d'uso e la qualità del servizio.

3. Prima di concludere un contratto di fornitura di un servizio correlato, il fornitore di tale servizio correlato fornisce all'utente almeno le informazioni seguenti, in modo chiaro e comprensibile:

a. la natura, il volume stimato e la frequenza di raccolta dei dati del prodotto che il potenziale titolare dei dati dovrebbe ottenere e, se del caso, le modalità con cui l'utente può accedere a tali dati o reperirli, comprese le modalità di archiviazione dei dati del potenziale titolare dei dati e la durata della loro conservazione;

b. la natura e il volume stimato dei dati di un servizio correlato che saranno generati, nonché le modalità con cui l'utente può accedere a tali dati o reperirli, comprese le modalità di archiviazione dei dati del potenziale titolare dei dati e la durata della conservazione;

c. se il potenziale titolare dei dati prevede di utilizzare esso stesso i dati prontamente disponibili e le finalità per le quali tali dati saranno utilizzati e se intende consentire a uno o più terzi di utilizzare i dati per le finalità concordate con l'utente;

d. l'identità del potenziale titolare dei dati, ad esempio il suo nome commerciale e l'indirizzo geografico al quale è stabilito e, se del caso, di altre parti coinvolte nel trattamento dei dati;

e. i mezzi di comunicazione che consentono di contattare rapidamente il potenziale titolare dei dati e di comunicare efficacemente con quest'ultimo;

f. il modo in cui l'utente può chiedere che i dati siano condivisi con terzi e, se del caso, porre fine alla condivisione dei dati;

g. il diritto dell'utente di presentare un reclamo per violazione delle disposizioni del presente capo all'autorità competente designata a norma dell'art. 37;

h. se un potenziale titolare dei dati è il detentore di segreti commerciali contenuti nei dati accessibili dal prodotto connesso o generati nel corso della fornitura di un servizio correlato e, qualora il potenziale titolare dei dati non sia il detentore di segreti commerciali, l'identità del detentore del segreto commerciale;

i. la durata del contratto tra l'utente e il potenziale titolare dei dati, nonché le modalità per risolvere tale contratto.

Articolo 4 - Diritti e obblighi degli utenti e dei titolari dei dati per l'accesso, l'utilizzo e la messa a disposizione dei dati del prodotto e del servizio correlato

1. Qualora l'utente non possa accedere direttamente ai dati a partire dal prodotto connesso o dal servizio correlato, i titolari dei dati mettono prontamente a disposizione dell'utente i dati, nonché i pertinenti metadati necessari per interpre-

tare e utilizzare tali dati senza indebito ritardo, con la stessa qualità di cui dispone il titolare dei dati, in modo facile, sicuro, gratuitamente, in un formato completo, strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico e, ove pertinente e tecnicamente possibile, modo continuo e in tempo reale. Ciò avviene sulla base di una semplice richiesta mediante mezzi elettronici, ove tecnicamente fattibile.

2. Gli utenti e i titolari dei dati possono limitare o vietare contrattualmente l'accesso ai dati, il loro uso o la loro ulteriore condivisione nel caso in cui tale trattamento possa compromettere i requisiti di sicurezza del prodotto connesso, come previsto dal diritto dell'Unione o nazionale, e comportare gravi effetti negativi per la salute, la sicurezza o la protezione delle persone fisiche. Le autorità settoriali possono fornire agli utenti e ai titolari dei dati competenze tecniche in tale contesto. Qualora rifiuti di condividere i dati ai sensi del presente articolo, il titolare dei dati notifica l'autorità competente designata ai sensi dell'art. 37.

3. Fatto salvo il diritto dell'utente di presentare ricorso in qualsiasi momento dinanzi a un organo giurisdizionale di uno Stato membro, in caso di eventuale controversia con il titolare dei dati relativamente a limitazioni o divieti contrattuali di cui al par. 2 l'utente può:

a. presentare, conformemente all'art. 37, par. 5, lett. *b.*, un reclamo all'autorità competente; o

b. convenire con il titolare dei dati di deferire la questione a un organismo di risoluzione delle controversie in conformità dell'art. 10, par. 1.

4. I titolari dei dati non rendono indebitamente difficile l'esercizio delle scelte o dei diritti degli utenti a norma del presente articolo, ad esempio offrendo loro scelte in modo non neutrale o compromettendo o pregiudicando l'autonomia, il processo decisionale o le scelte dell'utente attraverso la struttura, la progettazione, le funzioni o il funzionamento di un'interfaccia utente digitale o di una sua parte.

5. Al fine di verificare se una persona fisica o giuridica si possa considerare un utente ai fini del par. 1, un titolare dei dati non impone a tale persona di fornire informazioni al di là di quanto necessario. I titolari dei dati non conservano informazioni, in particolare dati di registro, sull'accesso dell'utente ai dati richiesti al di là di quanto necessario per la corretta esecuzione della richiesta di accesso dell'utente e per la sicurezza e la manutenzione dell'infrastruttura di dati.

6. I segreti commerciali sono conservati e comunicati solo a condizione che prima della comunicazione il titolare dei dati e l'utente adottino tutte le misure necessarie per tutelarne la riservatezza, in particolare rispetto a terzi. Il titolare dei dati o, qualora non si tratti della stessa persona, il detentore del segreto commerciale individua i dati protetti quali segreti commerciali, anche nei pertinenti metadati, e concorda con l'utente le misure tecniche e organizzative proporzionate necessarie a preservare la riservatezza dei dati condivisi, in particolare rispetto a terzi, quali clausole contrattuali tipo, accordi di riservatezza, protocolli di accesso rigorosi, norme tecniche e l'applicazione di codici di condotta.

7. In assenza di accordo sulle misure necessarie di cui al par. 6 o qualora l'utente non attui le misure concordate a norma del par. 6 o pregiudichi la riser-

vatezza dei segreti commerciali, il titolare dei dati può bloccare o, se del caso, sospendere la condivisione dei dati identificati come segreti commerciali. La decisione del titolare dei dati è debitamente motivata e fornita all'utente per iscritto e senza indebito ritardo. In tali casi il titolare dei dati notifica all'autorità competente designata a norma dell'art. 37 di aver bloccato o sospeso la condivisione dei dati e indica quali misure non sono state concordate o attuate e, se del caso, di quali segreti commerciali è stata pregiudicata la riservatezza.

8. In circostanze eccezionali, qualora il titolare dei dati che è detentore di un segreto commerciale possa dimostrare che subirà molto probabilmente gravi danni economici a causa della divulgazione di segreti commerciali, malgrado le misure tecniche e organizzative adottate dall'utente a norma del par. 6 del presente articolo, detto titolare dei dati può rifiutare di volta in volta una richiesta di accesso ai dati specifici in questione. Tale dimostrazione è debitamente motivata sulla base di elementi oggettivi, in particolare l'applicabilità della protezione dei segreti commerciali in paesi terzi, la natura e il livello di riservatezza dei dati richiesti nonché l'unicità e la novità del prodotto connesso, ed è fornita per iscritto all'utente e senza indebito ritardo. Qualora rifiutasse di condividere i dati ai sensi del presente paragrafo, il titolare dei dati notifica l'autorità competente designata a norma dell'art. 37.

9. Fatto salvo il diritto di un utente di presentare ricorso in qualsiasi momento dinanzi a un organo giurisdizionale di uno Stato membro, un utente che intenda contestare la decisione di un titolare dei dati di rifiutare, o di bloccare o sospendere la condivisione di dati a norma dei par. 7 e 8 può:

a. presentare, conformemente all'art. 37, par. 5, lett. *b.*, un reclamo all'autorità competente che decide senza indebito ritardo se e a quali condizioni debba iniziare o riprendere la condivisione dei dati; o

b. convenire con il titolare dei dati di deferire la questione a un organismo di risoluzione delle controversie in conformità dell'art. 10, par. 1.

10. L'utente non utilizza i dati ottenuti in seguito a una richiesta di cui al par. 1 per sviluppare un prodotto connesso in concorrenza con il prodotto connesso da cui provengono i dati, né li condivide con un terzo con tale intenzione e non utilizza tali dati per ottenere informazioni sulla situazione economica, sulle risorse e sui metodi di produzione del fabbricante o, se applicabile, del titolare dei dati.

11. L'utente non utilizza mezzi coercitivi né abusa di lacune nell'infrastruttura tecnica del titolare dei dati destinata a proteggere i dati al fine di ottenere l'accesso agli stessi.

12. Se l'utente non è l'interessato i cui dati personali sono richiesti, i dati personali generati dall'uso di un prodotto connesso o di un servizio correlato sono messi a disposizione dell'utente dal titolare dei dati solo se esiste una valida base giuridica del trattamento a norma dell'art. 6 del regolamento (Ue) 2016/679 e, ove pertinente, se sono soddisfatte le condizioni di cui all'art. 9 di detto regolamento e all'art. 5, par. 3, della direttiva 2002/58/Ce.

13. Un titolare dei dati utilizza eventuali dati non personali prontamente disponibili solo sulla base di un contratto stipulato con l'utente. Un titolare dei dati

non utilizza tali dati per ottenere informazioni sulla situazione economica, sulle risorse e sui metodi di produzione dell'utente, o sull'utilizzo da parte di quest'ultimo in qualsiasi altro modo che potrebbe compromettere la sua posizione commerciale sui mercati in cui l'utente è attivo.

14. I titolari dei dati non mettono a disposizione di terzi i dati non personali del prodotto a fini commerciali o non commerciali diversi dall'esecuzione del loro contratto con l'utente. Se del caso, i titolari dei dati vincolano contrattualmente i terzi a non condividere ulteriormente i dati da essi ricevuti.

(Omissis)

IL REGOLAMENTO (UE) N. 2023/2854 SUI DATI (DATA ACT) E LA CONCORRENZA NEL MERCATO DEI SERVIZI: RIFLESSIONI NEL SETTORE AUTOMOBILISTICO

Sommario: **I.** Premesse: il quadro normativo - **II.** Le finalità - **III.** Può essere utile un esempio di cosa potrà succedere - **IV.** Il diritto dell'utente - **1.** Il diritto di accesso - **2.** A quali dati l'utente può accedere - **3.** I raw data - **4.** A chi serve il Data Act - **5.** Problemi ancora non risolti - **V.** I destinatari del Data Act: questioni di territorialità - **VI.** Il mondo dell'IoT - **1.** I beni intelligenti - **2.** Le definizioni - **3.** Una normativa orizzontale - **4.** Il Data Act e le piccole/medie imprese - **5.** Con riferimento ai dati del prodotto e alle normative applicabili - **6.** I data processing services - **VII.** Il mercato - **1.** L'innovazione tecnologica - **2.** Obblighi dei costruttori - **VIII.** I contratti - **1.** I contratti di utilizzo dei dati - **2.** Obblighi informativi precontrattuali - **3.** I diritti dell'utente - **4.** Quali sono i prodotti considerati - **5.** I dati del prodotto intelligente devono essere cancellati? - **6.** I dati tecnici come "impronta" del suo utilizzatore - **IX.** I segreti commerciali - **1.** Le misure a protezione dei segreti industriali predisposte dal fabbricante - **2.** I terzi fornitori - **3.** Più trasparenza nella riparazione dei beni - **4.** L'accesso alle informazioni tecniche per la riparazione nel settore dei veicoli - **X.** La decorrenza - **XI.** Le sanzioni - **XII.** Conclusioni.

I. Premesse: il quadro normativo

Il *Data Act* è finalmente diventato un atto legislativo dell'Unione europea. Il 22 dicembre 2023 è stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* il Regolamento (Ue) n. 2023/2854 del 13 dicembre 2023 che entrerà in vigore dal 12 settembre 2025, con vari periodi di operatività.

Come è noto, il provvedimento si inserisce in un articolato quadro normativo, delineato dalla Commissione europea nella Comunicazione *Una strategia europea per i dati* (2020). Ivi si affermava che: «nel corso

degli ultimi anni le tecnologie digitali hanno trasformato l'economia e la società, influenzando ogni settore di attività e la vita quotidiana di tutti i cittadini europei. I dati sono un elemento centrale di tale trasformazione, che non fa che cominciare. L'innovazione guidata dai dati genererà benefici enormi per i cittadini, ad esempio tramite il miglioramento della medicina personalizzata, le nuove soluzioni di mobilità e il suo contributo al Green Deal europeo. In una società in cui è in costante aumento la quantità di dati generati dai singoli cittadini, la metodologia di raccolta e utilizzo di tali dati deve porre al primo posto gli interessi delle persone, conformemente ai valori, ai diritti fondamentali e alle norme europee».

Il provvedimento va ad inserirsi accanto al *Digital Markets Act* (Regolamento (Ue) n. 2022/1925¹), al *Data Governance Act* (Regolamento (Ue) n. 2022/868²), al *Digital Services Act* (Regolamento (Ue) n. 2022/2065³) e alla legge sull'IA (allo stato ancora in forma di Proposta di Regolamento⁴).

Quanto alla circolazione ed al trattamento dei dati digitali, il quadro normativo è formato dal Regolamento n. 2016/679 sui dati personali⁵, dalla direttiva n. 2002/58 sui dati personali nelle apparecchiature terminali⁶ e dal Regolamento n. 2018/1807 sulla circolazione dei dati tecnici⁷.

¹ Regolamento (Ue) n. 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (Ue) n. 2019/1937 e (Ue) n. 2020/1828, in *Gu-Ue* n. L 265 del 12 ottobre 2022, p. 1.

² Regolamento (Ue) n. 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il Regolamento (Ue) n. 2018/1724, in *Gu-Ue* n. L 152 del 3 giugno 2022, p. 1.

³ Regolamento (Ue) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva n. 2000/31/Ce, in *Gu-Ue* n. L 277 del 27 ottobre 2022, p. 1.

⁴ Proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale, del 21 aprile 2021, Com(2021)206, final. Il *Data Act* e la Proposta di regolamento sull'IA creano complessi problemi di coordinamento, basti pensare al caso in cui un sistema di IA di un bene connesso rilasci i dati di funzionamento: si dovrà ritenere che i dati siano grezzi (e quindi rilasciabili) o elaborati dal fabbricante ed a questo vincolati? Esamineremo in seguito il problema.

⁵ Regolamento (Ue) n. 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati (GDPR), in *Gu-Ue* n. L 119 del 4 maggio 2016.

⁶ Direttiva (Ce) n. 2002/58 del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali ed alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, in *Gu-Ue* n. L 201 del 31 luglio 2002.

⁷ Regolamento (Ce) n. 2018/1807 del 14 novembre 2018, relativo ad un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea, in *Gu-Ue* n. L 303 del 28 novembre 2018, p. 59. Questo Regolamento vuole eliminare gli ostacoli posti dalle normative nazionali o dai fornitori di servizi di trattamento dei dati (ad esempio *cloud*) alla circolazione dei dati digitali, completando il discorso iniziato dall'art. 20 del Regolamento (Ue) n. 2016/679 sulla portabilità dei dati, *loc. cit.*

II. Le finalità

Il legislatore comunitario con il *Data Act* vuole mettere a disposizione del mercato l'inesauribile risorsa dei dati digitali: si tratta di dati personali e/o tecnici derivanti dall'uso del prodotto connesso da parte dell'utente⁸. Mira a promuoverne la diffusione, favorendo la loro circolazione nel mercato, migliorando l'interoperabilità tra i sistemi degli oggetti connessi ed eliminando gli ostacoli alla portabilità dei dati e dei servizi. L'utente è posto al centro di un sistema (*user-centric*) che lo vede protagonista della gestione di tali dati.

Afferma il *considerando* n. 2 del *Data Act* che «gli ostacoli alla condivisione dei dati impediscono un'allocatione ottimale dei dati a vantaggio della Società». Un ostacolo alla cessione dei dati tra le imprese è stato individuato dalla Commissione europea nella «mancanza di prevedibilità dei rendimenti economici derivanti dagli investimenti nel trasferimento dei dati». Non vi sarebbero sufficienti incentivi economici in capo ai fabbricanti per la messa a disposizione del mercato dei dati prodotti dai beni connessi.

I dati digitali sono il nuovo petrolio per l'industria, ma sono, soprattutto, il fondamentale elemento di cui si “nutrono” i sistemi elettronici ed i sistemi di Intelligenza Artificiale (IA) ai fini del loro addestramento per creare sofisticati e sorprendenti risultati.

La possibilità di usare i dati dei prodotti connessi favorirà, in particolare, il mercato dei servizi *post-vendita*; tra essi, quelli riguardanti: i servizi di riparazione⁹, la manutenzione predittiva¹⁰, la rilevazione delle condizioni dell'ambiente circostante all'operatività del prodotto, la costruzione di ricambi necessari al prolungamento della vita del prodotto¹¹, il miglioramento delle *performance* del prodotto, l'efficienza delle catene di approvvigionamento (produttive, distributive).

⁸ Il *Data Act* non specifica cosa è un prodotto, ma offre solo una definizione di *prodotto connesso*: tale è un bene che genera dati relativi al suo utilizzo e che è progettato per poterli rilasciare. Un programma *software* generalmente non ha questa finalità: potrebbe essere considerato un *servizio correlato* se deputato a svolgere una funzione del prodotto.

⁹ Come si dirà in prosieguo, il principale riferimento in materia è il Regolamento (Ue) n. 2018/858, *cit. infra*, nota 47. Vi sono recenti riferimenti all'accesso alle informazioni sulla riparazione nella Comunicazione della Commissione del 17 aprile 2023 che modifica gli Orientamenti aggiuntivi in materia di restrizioni verticali del 2010, C(2023)2335 final, in *Gu-Ue* n. C 133 I del 17 aprile 2023, p. 1.

¹⁰ La manutenzione predittiva è il processo con il quale è possibile prevedere le prestazioni, la consumazione e lo stato di una macchina. Queste condizioni vengono comunicate in tempo reale all'utente. È pure possibile che il sistema effettui predizioni sulla consumazione indicando gli esatti periodi di intervento manutentivo.

¹¹ Sul prolungamento della vita dei prodotti si possono aprire orizzonti di grande interesse in relazione alla precoce obsolescenza di molti beni ed alla scelta dei fabbricanti di non aggiornarli dopo un certo periodo di tempo.

I nuovi servizi si porranno in concorrenza con quelli del fabbricante¹² e ciò dovrebbe determinare un allargamento dell'offerta sul mercato rilevante (dei servizi *post-vendita*) ed un abbassamento dei costi. I terzi fornitori non possono però creare prodotti concorrenti con quelli dai quali sono estratti i dati, perché, in tal modo, si assicurerebbe loro un vantaggio competitivo ingiustificato ed una sorta di parassitismo. È, invece, sul terreno delle applicazioni (servizi) a valore aggiunto che si svilupperà la concorrenza.

La rivoluzione del *Data Act* è stata un passaggio "obbligato": il possesso, quantomeno di fatto, dei dati da parte del fabbricante ha, infatti, determinato un effetto di chiusura (*lock-in*) del mercato dei servizi *post-vendita*.

III. Può essere utile un esempio di cosa potrà succedere

Quotidianamente usiamo la nostra vettura. Essa è munita di sensori o altre apparecchiature che registrano i dati di funzionamento del mezzo: percorsi abituali, velocità media, modo di frenare, gestione delle parti soggette a consumazione, livello della batteria, consumo dell'olio lubrificante, ecc. Parte di questi dati li usa il costruttore del veicolo che raccoglie nelle visite in officina, ma non mette a disposizione del consumatore strategie d'uso del mezzo. Tali strategie non possono essere realizzate da terzi fornitori perché non dispongono dei dati prodotti dalla vettura o dai servizi connessi. Se i fornitori potessero disporre di tali dati, potrebbero proporre al proprietario della vettura servizi che gli gestiscono la vettura in base alle sue abitudini e gli programmano le visite in officina secondo le effettive (reali) necessità.

La vettura da bene di serie diventa un oggetto che si adatta al proprietario e ne assume i comportamenti. Il fornitore potrebbe, poi, fare ben di più: creare pezzi di ricambio per quei componenti che sono divenuti obsoleti, assicurando una vita utile del prodotto per lunghi periodi.

I vantaggi per il consumatore sarebbero quindi evidenti.

¹² L'agricoltura di precisione usa già grandi quantità di dati: sarà probabilmente il settore che trarrà maggior giovamento dalla normativa. «A farmer wants to optimise the use of the different equipment as well as seeds and fertilizer on his farm and wants to entrust this to a farm optimisation software from a specialised vendor. The Data Act will give him the rights to obtain all relevant data», Commissione europea, *Data Act, Questions and Answers*, 28 giugno 2023. I primi commentatori hanno rilevato che il *Data Act* presenta tuttavia punti di miglioramento in questo settore: molti sensori non sono applicati al mezzo, ma sono esterni ad esso (ad esempio posti sul suolo), inoltre l'agricoltore usa spesso le macchine che sono di proprietà o fruite in locazione da società terze, con la conseguenza che rimarrebbe privo di diritti.

IV. Il diritto dell'utente

1. Il diritto di accesso

Il *Data Act* vuole mettere chiarezza sul *diritto di usare* i dati tecnici di un prodotto e di accedere ad essi: «*When you buy a connected product (e.g. smart industrial machine) generating data, it is not clear who can do what with the data*»¹³. Per fare questo crea un diritto dell'utente di accesso, non esclusivo¹⁴ (*considerando* n. 6) ai dati generati dall'uso del prodotto ed un corrispondente obbligo del fabbricante di mettere tali dati a disposizione dell'utente. Pertanto, non conferisce ai titolari dei dati (fabbricanti o fornitori di servizi) un nuovo diritto di utilizzare questi dati (*considerando* n. 5): essi, nella sostanza, non dispongono di un diritto di accesso originario ai dati (relativamente ai dati grezzi o *raw data*). Il diritto di accesso dell'utente è rafforzato dall'ulteriore obbligo del fabbricante di usare i dati solo previo accordo con l'utente (art. 4, par. 13)¹⁵. I fabbricanti hanno il diritto originario di usare i dati elaborati/modificati con i loro sistemi.

Il diritto di accesso nasce dall'esigenza di migliorare il mercato dei servizi *post-vendita* relativamente ai servizi applicabili ai beni connessi; questo mercato è ritenuto poco competitivo¹⁶ a causa del comportamento dei fabbricanti che, di frequente, non consentono l'accesso ai dati generati dai prodotti e la loro condivisione con i fornitori di servizi. Non è di poco conto ricordare che la base giuridica sulla quale si fonda il *Data Act* è l'art. 114 TFUE e, quindi, il miglioramento del mercato interno.

Diverso è il fondamento del diritto di accesso nella normativa *privacy* (GDPR). Come indicato nelle linee guida del Comitato europeo per la protezione dei dati personali (EDPB)¹⁷, edizione del 28 marzo 2023, ai fini della *privacy* il diritto di accesso è esplicitazione dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali della UE e vuole fornire agli individui una «sufficient, transparent and easily accessible information about the processing of their

¹³ Commissione europea, *Data Act*, Questions and Answers, *cit. supra*, nota 12.

¹⁴ Nella Comunicazione della Commissione *Building a European data economy* (Com(2017)9 final), si era ipotizzato un «data product right» in capo al proprietario del bene che produce «*machine generated data*». Il diritto di accesso del *Data Act* evita le problematiche sulla configurazione di questo diritto come un diritto di proprietà. Sul tema, A. DE FRANCESCHI - M. LEHMANN, *Data as tradeable commodity and new measures for their protection*, in *The Italian Law Journal*, 2015, p. 51 ss.

¹⁵ Al di là della sua natura, questo accordo è caratterizzato dalla necessaria specificazione delle finalità del trattamento dei dati. Del pari la licenza d'uso tra fabbricante e terzo dovrà indicare le finalità prescritte dall'utente (*considerando* n. 30).

¹⁶ V. sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2023 in causa n. C-296/22, *A.T.U. Auto-Teile-Unger GmbH & Co. KG, Carglass GmbH c. FCA Italy S.p.A.*, EU:C:2023:743.

¹⁷ Guidelines 01/2022 on data subject rights - Right of access, Version 2.0, Adopted on 28 March 2023, reperibili all'indirizzo https://edpb.europa.eu/system/files/2023-04/edpb_guidelines_202201_data_subject_rights_access_v2_en.pdf.

personal data so that they can be aware of and verify the lawfulness of the processing and the accuracy of the processed data».

Viene anche salvaguardato il principio di equità sostanziale (*cuius commoda, eius et incommoda*): se il proprietario del bene gode dei vantaggi derivanti dall'uso e sopporta i rischi, deve poter trarre vantaggio dall'uso e dallo sfruttamento dei dati.

Molto opportunamente il *Data Act* non interviene sulla «proprietà dei dati»¹⁸: ciò avrebbe probabilmente limitato la loro circolazione, creato inutili controversie negli Stati membri¹⁹ ed una difficile convivenza con i diritti di proprietà intellettuale. Il diritto di accesso ai dati risolve molti problemi pratici e consente, in una logica di equilibrio, di fare in modo che il fabbricante mantenga comunque il controllo degli “*inferred data*” (dati non solo generati, ma anche elaborati dai sistemi elettronici del fabbricante).

La circolazione dei dati sul mercato (relativi al funzionamento del bene) viene attivata dalla (necessaria) richiesta di accesso dell'utente al fabbricante e l'indicazione di un terzo, generalmente fornitore di servizi, quale destinatario. Alla base di questo flusso di dati vi saranno accordi contrattuali.

Il terzo potrà allora analizzare i dati ed utilizzarli per creare servizi per *l'after-market*. Ove l'accesso consentito fosse continuo, potrà arrivare a fornire servizi sostanzialmente equiparabili a quelli del costruttore, ad esempio una manutenzione *over the air* (da remoto).

Il diritto di accesso può essere limitato dal fabbricante ove vengano lesi o aggirati dall'utente o dal terzo i sistemi di protezione (della sicurezza) del prodotto (art. 4, par. 2; *considerando* n. 25) oppure ove questi ultimi non siano disposti a stipulare accordi equi.

2. A quali dati l'utente può accedere

Il legislatore comunitario prosegue così (ma su un piano diverso) il discorso iniziato con il Regolamento n. 2016/679 sulla *privacy*, ove aveva

¹⁸ Al *considerando* n. 6, si afferma: «Al fine di realizzare gli importanti vantaggi economici dei dati, anche mediante la condivisione dei dati sulla base di accordi volontari e lo sviluppo di una creazione di valore basata sui dati da parte delle imprese dell'Unione, è preferibile adottare un approccio generale all'assegnazione dei diritti relativi all'accesso e all'uso dei dati rispetto alla concessione di diritti esclusivi di accesso». Il diritto di accesso si può configurare come un diritto nascente da un'obbligazione *ex lege*. Giova peraltro ricordare che i dati digitali sono un bene non rivale e utilizzabile contemporaneamente da più persone in luoghi diversi, elementi non facilmente associabili al diritto di proprietà.

¹⁹ Con riferimento alla sicurezza dei prodotti e alla concorrenza sul mercato, nel settore dei veicoli da tempo viene accordato ai riparatori indipendenti il diritto di accesso alla porta OBD (*on-board diagnostics*) del veicolo ai fini di una diagnosi elettronica sui guasti, cfr., di recente, sentenza della Corte giustizia del 5 ottobre 2023 in causa n. C-296/22, *cit. supra*, nota 16. V. anche nota 9.

configurato il diritto di accesso ai dati trattati dal titolare del trattamento. Il *Data Act* prende in considerazione sia i dati personali sia quelli tecnici: per entrambi si può esercitare il diritto di accesso²⁰. L'esercizio di tale diritto deve essere facile: deve, pertanto, essere assicurata la fattibilità tecnica dell'operazione.

Il *Data Act* ed il GDPR mantengono tuttavia propria autonomia e si completano a vicenda²¹.

I dati che possono essere estratti sono dati grezzi (*raw data*). Si tratta di dati che derivano dall'uso del prodotto che li registra con i suoi sistemi e possono essere asportati, quindi hanno due autori (*co-generator*): il costruttore del bene e l'utilizzatore. O, meglio, hanno un autore (l'utilizzatore) che per realizzarli necessita di uno strumento (bene connesso). Tra i dati sono compresi anche suoni, registrazioni visive, ecc.

Il diritto di accesso dovrà prevedere *standard* tecnici non proprietari di accesso e di interoperabilità. Ove non fosse possibile usufruire di *standard* di operabilità il diritto di accesso sarebbe un diritto vuoto²². Il fabbricante (*considerando* n. 22) potrà mettere a disposizione i dati in un ambiente tecnologico scelto dall'utente.

I dati digitali derivano dall'uso di un bene connesso progettato per generare dati e trasmetterli all'esterno. Il *Data Act* non si applica ai prodotti che conservano i dati e non li trasmettono all'esterno (*considerando* n. 15) o che elaborano dati che costituiscono *input* dell'utente.

Devono essere dati generati dai sistemi interni al prodotto o dai servizi connessi e raccolti dai sensori. Possono essere registrati intenzionalmente o indirettamente²³: riguardano lo stato del prodotto, il suo funzionamento o malfunzionamento (sia relativo al *software* che all'*hardware*).

Si tratta di dati grezzi, pretrattati, primari, definiti dal *Data Act* come dati *prontamente disponibili* (art. 2, par.17).

²⁰ V. *considerando* n. 35 del *Data Act* ove si afferma: «a differenza dell'articolo 20 del regolamento (UE) 2016/679, il presente regolamento impone e garantisce la fattibilità tecnica dell'accesso di terzi a tutti i tipi di dati che rientrano nel suo ambito di applicazione, siano essi personali o non personali, assicurando in tal modo che l'accesso a tali dati non sia più ostacolato o impedito da ostacoli tecnici».

²¹ Il *Data Act* autorizza l'utente ad accedere ai dati personali e tecnici. Poiché il trattamento dei dati personali è regolato dal GDPR, è ad esso che il fabbricante deve far riferimento per la ricerca delle basi giuridiche.

²² Si è notato, a proposito dei dati prodotti dalle macchine agricole, che: «the second [issue] is the lack of interoperability and data standards, which entails that even if farmers transfer their data sets, they may not be used in the new service or machine due to technical incompatibility». Cfr. C. ΑΤΙΚ, *Discussion Paper, Data Act: Legal implications for the digital agriculture sector*, Tilburg University, TILEC, 2022.

²³ Sono tutti i dati provocati dall'uso del prodotto o dei servizi correlati, innescati con azioni/omissioni intenzionali o non intenzionali dell'utente e raccolti da sensori o applicazioni simili.

I dati possono essere desunti dalle interfacce utente e non devono limitarsi al censimento dell'uso dell'interfaccia.

Non sono compresi gli *inferred data* (*elaborati con algoritmi proprietari*). Tali dati appartengono al fabbricante e non possono essere asportati. Gli “*inferred data*” sono dati ricavati da investimenti aggiuntivi effettuati per creare ulteriore valore dall'elaborazione dei medesimi, ad esempio analisi multiple di dati (*considerando* n. 15)²⁴.

I dati possono anche essere generati dai servizi connessi: servizi legati ad una funzione del bene connesso e che intervengono con comandi/azioni.

3. *I raw data*

I dati considerati dal *Data Act* sono i *raw data*, non processati dal fabbricante, ad esempio i dati che, in una vettura, indicano la temperatura ed i livelli dei liquidi refrigeranti o dell'olio lubrificante, la pressione degli pneumatici, il funzionamento del bene, le sue prestazioni, come il bene è usato ed in quali condizioni ambientali (si pensi ai dati rilevati dai sensori nell'agricoltura di precisione), ecc.

Sono altresì ricompresi i dati generati da componenti in apparente stato di *stand-by* (ad esempio, le batterie di una vettura a motore “spento”) nonché tutti i dati che costituiscono il risultato secondario del funzionamento del bene (c.d. dati come *by product*, ad esempio, quelli sulle diagnosi elettroniche elaborate dal mezzo).

I *raw data*, ai fini della normativa in parola, sono i dati che si ottengono dal funzionamento del prodotto senza uno sforzo sproporzionato per produrli. Possono anche definirsi dati pretrattati.

Non viene più utilizzata la distinzione *actively provided, passively observed* proposta dall'art. 20 GDPR²⁵.

Devono essere parimenti forniti i *metadati*²⁶.

Non sono presi in considerazione i dati relativi a dinamiche del veicolo registrate ai fini di una collisione (ad esempio i dati di scatole nere assicurative o sistemi EDR di autoveicoli²⁷).

²⁴ Non vengono considerati dal *Data Act* gli «*inferred data*», cioè i dati prodotti da sistemi protetti da proprietà intellettuale.

²⁵ Il *considerando* n. 31 del *Data Act* precisa che il Regolamento conferisce agli utenti il diritto di accedere a tutti i dati del prodotto o di un servizio correlato, e di metterli a disposizione di terzi, indipendentemente dalla loro natura di dati personali o non, dalla distinzione tra dati forniti attivamente o osservati passivamente e dalla base giuridica del trattamento.

²⁶ I *metadati* sono creati anche dall'utilizzo del bene (*considerando* n. 15). I *metadati* più ricorrenti sono: il formato e il nome del *file*, le specifiche tecniche sulla versione del *software* e sull'*hardware*, le date di creazione, di accesso e di ultima modifica, l'autore.

²⁷ I sistemi EDR o di registratore di dati di evento sono previsti dal Regolamento (Ue) n. 2019/2144 del 27 novembre 2019, relativo ai requisiti di omologazione dei veicoli a motore

Rimangono al di fuori del *Data Act* i dati generati dai prodotti deputati alla creazione di documenti, testi, contenuti nonché la loro archiviazione, ad esempio, PC o strumenti analoghi. Gli *output* di tali strumenti sono generalmente il frutto di attività cognitive dell'utente e non riguardano il funzionamento del prodotto connesso.

Sono esclusi anche i dati dei servizi di mera manutenzione del prodotto (*considerando* n. 17) in quanto tali servizi non sono correlati (al funzionamento del bene). Sono invece compresi quelli di analisi, riparazione e diagnosi *over the air*.

4. *A chi serve il Data Act*

I dati digitali generati dall'uso di un prodotto sono attualmente utilizzati, in gran parte, dai fabbricanti. Il *Data Act*, mettendo a disposizione dei *player* che operano sull'*aftermarket* questi dati, consente di creare servizi nuovi, stimolando l'innovazione (*considerando* n. 32).

Il fabbricante è definito *titolare dei dati* (non personali) o *data holder*; la definizione è probabilmente legata alla relazione immediata con la quale il fabbricante si trova con i dati, relazione che gli consente di trattarli anche in ragione del fatto che predispone i sensori e le apparecchiature per raccogliarli. Il fabbricante non è titolare dei dati quando essi sono dislocati presso un ente terzo (ad esempio un *cloud*).

Il *Data Act* impone – con norma innovativa – ai fabbricanti di progettare i beni in modo che i dati derivanti dall'uso del bene possano essere facilmente accessibili all'utilizzatore; lo stesso obbligo ricade sui fornitori di servizi correlati. Gli sforzi progettuali dovranno essere notevoli; si consideri, ad esempio, che l'attuale architettura di una vettura prevede un'unica porta di accesso ai dati tecnici, la porta OBD (*On-board diagnostics*), che rilascia solo poche informazioni sulla diagnostica.

Si è, pertanto, reso necessario dettare nuove regole per consentire la diffusione dei dati. I terzi fornitori potranno godere di norme che consentano una negoziazione equilibrata («*unfairness test*»).

Anche i fabbricanti potranno trarre vantaggio da un mercato competitivo. A parte i corrispettivi ritraibili dalla cessione a terzi dei dati, è indubbio che molti sviluppatori di servizi accessori proporranno ai fabbricanti le loro

(...) che modifica il Regolamento (Ue) n. 2018/858, in *Gu-Ue* n. L 325 del 16 dicembre 2019. All'art. 6, par. 4, lett. *d.*, è previsto che «i dati che sono in grado di registrare [gli eventi] possono essere messi a disposizione delle autorità nazionali, mediante un'interfaccia standardizzata, in base alla legislazione nazionale o dell'Unione, soltanto ai fini della ricerca e dell'analisi in relazione all'incidente, incluso al fine dell'omologazione di sistemi e componenti e conformemente al Regolamento (Ue) n. 2016/679», corsivo aggiunto. A questi dati dovrebbero poter accedere il costruttore e l'utente salvo non sia iniziata l'azione penale.

applicazioni per aumentare la disponibilità sui mezzi di servizi nativi²⁸. Vengono peraltro preservati gli incentivi dei fabbricanti all'innovazione tecnologica, prevedendo misure a tutela dei segreti commerciali. Il mercato dovrebbe pertanto vedere un rafforzamento della competitività tra le imprese.

5. *Problemi ancora non risolti*

Il *Data Act* all'art. 3, par. 1, afferma che «i prodotti connessi sono progettati e fabbricati e i servizi correlati sono progettati e forniti in modo tale che i dati dei prodotti e dei servizi correlati, compresi i pertinenti metadati necessari ad interpretare e utilizzare tali dati, siano, per impostazione predefinita, *accessibili all'utente in modo facile*, sicuro, gratuito, in un formato completo, strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico e, ove pertinente e tecnicamente possibile, in modo diretto». All'art. 4, par. 1, precisa che «qualora l'utente non possa accedere direttamente ai dati a partire dal prodotto connesso o dal servizio correlato, i titolari dei dati *mettono prontamente a disposizione dell'utente* i dati, nonché i pertinenti metadati necessari per interpretare e utilizzare tali dati senza indebito ritardo, con la stessa qualità di cui dispone il titolare dei dati, in modo facile, sicuro, gratuitamente, in un formato completo, strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico e, ove pertinente e tecnicamente possibile, *in modo continuo e in tempo reale*. Ciò avviene sulla base di una semplice richiesta [dell'utente] mediante mezzi elettronici, ove tecnicamente fattibile»²⁹.

Il fabbricante (*considerando* n. 22) può scegliere di consentire l'accesso dall'oggetto o da un server remoto³⁰. Per preservare efficacia alla norma i dati estratti non dovrebbero essere previamente estratti ed analizzati dal fabbricante³¹.

²⁸ V., *Tesla launches official API documentation to support third-party apps*, *The Economic Times*, 2023, reperibile online all'indirizzo <https://economictimes.indiatimes.com/tech/technology/tesla-launches-official-api-documentation-to-support-3rd-party-apps/articleshow/104464861.cms?from=mdr>

²⁹ Come possa essere attuata la prescrizione dell'art. 4, par. 1, è ancora da verificare, non essendo tecnicamente semplice garantire un flusso di dati *continuo ed in tempo reale*. Corsivi aggiunti.

³⁰ Si è molto discusso sulle modalità attraverso le quali devono essere forniti («resi immediatamente accessibili») i dati e sul luogo dal quale devono essere trasmessi; il *Data Act* prevede l'accesso anche da un *server* messo a disposizione dal fabbricante. La possibilità di un accesso «in situ» sembra una concessione ai costruttori perché adombra il modello di *Extended Vehicle* formulato da ACEA (Associazione europea dei costruttori di vetture) e rafforza la loro posizione di detentori di fatto dei dati tecnici. Tale modalità di accesso è indicata al *considerando* n. 8 del *Data Act*.

³¹ W. KERBER, *Governance of IoT data: why the EU Data Act will not fulfill its objectives*, *GRUR* 2023, p. 124.

L'art. 3, par. 1, e l'art. 4, par. 1, risolvono il problema dell'accesso ai dati (diretto o indiretto), ma non riguardano il formato con il quale devono essere scritti i dati, formato che, perché sia fruibile, deve consentire di essere elaborato a macchina da sistemi elettronici. A ciò provvederà il c.d. *Data Act verticale*, ancora in fase di elaborazione. Offrono indicazioni in proposito l'art. 61 del Regolamento n. 2018/858 (nota 47) sulla omologazione delle vetture (di cui si dirà in prosieguo) e, in parte, la Comunicazione della Commissione del 17 aprile 2023 che modifica gli Orientamenti aggiuntivi sulle restrizioni verticali (*infra* esaminati).

Vale ancora notare che mentre l'art. 3, par. 1, impone al fabbricante di fornire l'accesso ai dati, l'art. 4, par. 1, impone al fabbricante di metterli a disposizione, prevedendo un suo ruolo attivo. Non è detto come devono essere messi a disposizione dei terzi: potrebbe pensarsi all'invio di un file elettronico che li contiene.

I terzi fornitori di servizi possono accedere ai dati autorizzati dall'utente e dal fabbricante, in via mediata; essi, tuttavia, vorrebbero avere accesso diretto alle *risorse* ed alle *funzioni* del veicolo. Per creare *servizi di valore aggiunto* che possano competere con quelli del fabbricante devono poter intervenire su (e modificare) *una funzione* del bene o una *risorsa*. Alcune funzioni sono soggette alla normativa sulla sicurezza (ad esempio la normativa sulla omologazione delle vetture o sulla marcatura CE di un prodotto di consumo³²). Il *Data Act* non consente ancora un accesso diretto alle funzioni ed alle risorse del prodotto: lascia così insoddisfatti gli operatori indipendenti.

Si pone, poi, il problema se l'utente, cedendo al terzo il diritto di accesso ai dati, possa imporre al fabbricante di consentire al terzo un accesso ai dati del prodotto anche *durante il suo funzionamento*. L'Associazione europea dei costruttori di vetture (ACEA) sembra escludere che il veicolo possa

³² Se il costruttore realizza le chiavi della vettura in modo che consentono di aprire a distanza le porte di una vettura, attribuire ad un terzo fornitore di creare, a minor prezzo, una chiave che apre a distanza la vettura significa creare un sistema esterno diverso per una funzione originariamente prevista nella vettura. La normativa del *Data Act* (che utilizza la nozione di bene intelligente e connesso) non autorizza a modificare funzioni originarie del bene soggette alla normativa sulla sicurezza (omologazione o marcatura CE). Si consideri, però, che in Italia esistono normative che favoriscono il *tuning* e consentono, ed esempio, di usare sui veicoli impianti frenanti realizzati da terzi fornitori e applicarli ai mezzi senza il nulla osta del fabbricante, salvo però l'aggiornamento della carta di circolazione del veicolo.

La Commissione distingue tra *funzioni* e *risorse*: «they also give remote access to functions (e.g. remote door unlocking for car sharing, launching diagnostic routines) and resources (e.g. displaying information on a vehicle's dashboard)». Afferma poi che: «the proposal for the Data Act will empower users by giving them the right to have access to vehicle data and the right to share the data with third parties. However, the Data Act provisions may not go into sufficient details of access to functions and resources, crucial for the provision of data-dependent services in the automotive sector», cfr. *Call for an evidence for an impact assessment*, 2022, Ares(2022)3391353, reperibile sul sito internet <https://ec.europa.eu>.

trasmettere dati ai terzi fornitori allorché è in movimento: se così fosse la riparazione *over the air* sarebbe riservata al solo costruttore del bene.

V. I destinatari del *Data Act*: questioni di territorialità

Il *Data Act* si applica ai fabbricanti di prodotti connessi³³ che producono dati messi in commercio nella Unione dal produttore nonché ai fornitori di servizi applicati a tali prodotti senza avere riguardo alla sede del fabbricante o del fornitore. Ad avviso di chi scrive il servizio fornito da un operatore con sede nella UE o fuori dalla UE si considera unitamente al bene e ne segue le sorti: se il bene è commercializzato nella UE è soggetto al *Data Act* (v. anche art. 50, par. 3, «L'obbligo (...) si applica ai prodotti connessi ed ai servizi correlati immessi sul mercato dopo il 12 settembre 2026»). Si tenga peraltro presente che i servizi correlati sono servizi che svolgono una funzione del bene (art. 2, par. 6).

L'art. 1, par. 3, precisa che destinatari della normativa sono: *a.* i fabbricanti di prodotti connessi *immessi sul mercato dell'Unione* e i fornitori di servizi correlati, indipendentemente dal loro luogo di stabilimento di tali fabbricanti e fornitori; *b.* gli utenti nell'Unione di prodotti connessi o servizi correlati di cui alla lett. *a.*; *c.* i titolari dei dati, indipendentemente dal loro luogo di stabilimento, che mettono dati a disposizione dei destinatari dei dati nell'Unione; *d.* i destinatari dei dati nell'Unione a disposizione dei quali sono messi i dati.

È lo stesso criterio della normativa sulla sicurezza delle macchine (Regolamento (Ue) n. 2023/1230³⁴) applicabile ai prodotti commercializzati nella UE, a prescindere dallo Stato membro nel quale avviene la commercializzazione. Si deve ritenere che si tratti della messa in commercio, volontaria e autorizzata, di un prodotto nuovo.

VI. Il mondo dell'IoT

1. *I beni intelligenti*

I beni intelligenti parlano fra loro attraverso i servizi di comunicazione, la connessione fisica e l'accesso al dispositivo. È questo il mondo del-

³³ I beni dell'IoT sono progettati per raccogliere dati sul loro funzionamento e/o sull'ambiente circostante; essi comunicano tramite: servizi di comunicazione elettronica; connessione fisica; accesso al dispositivo.

³⁴ Regolamento (Ue) n. 2023/1230 del 14 giugno 2023 relativo alle macchine che abroga la direttiva n. 2006/42/Ce e la direttiva n. 73/361/Cee, in *Gu-Ue* n. L 165 del 29 giugno 2023, p. 1.

l'IoT. Il *Data Act* aggiunge qualcosa a questo mondo: l'obbligo del produttore di realizzare prodotti che consentono l'archiviazione, l'accesso ed il trasferimento all'esterno dei dati digitali (tecnici o personali) creati con il loro uso. Ciò comporterà investimenti specifici da parte dei fabbricanti che, in parte, saranno remunerati dai corrispettivi ritratti con la cessione dei dati ai terzi fornitori.

La Commissione europea, considerato l'elevato valore economico dei dati prodotti dai beni connessi, ritiene necessario eliminare tutte quelle barriere tecniche o legali, di diritto o di fatto, che ne ostacolano il trasferimento. Prosegue così la strada aperta dal Regolamento (Ue) n. 2018/1708 sul trasferimento dei dati tecnici.

È ipotizzabile che verranno attivate relazioni *Business to Business* tra fabbricanti e terzi fornitori; in questa prospettiva la Commissione si preoccupa che i termini e le condizioni di accesso e fornitura siano standardizzati e non approfittatori. Per fare questo utilizza la stessa metodologia usata a protezione dei consumatori, prevedendo clausole abusive.

È anche ipotizzabile che per raccogliere i dati verranno utilizzati dagli utilizzatori operatori professionali, i «*data intermediation services*».

2. Le definizioni

Il *Data Act* offre all'art. 2 una serie di definizioni. Definisce i *dati* come qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni o raccolta di dati anche sotto forma di registrazione sonora, visiva, audiovisiva, sull'uso del dispositivo e sull'ambiente che possono essere comunicati all'esterno con un sistema di comunicazione elettronica; i *metadati* come descrizione strutturata del contenuto dei dati che agevola la ricerca; il *prodotto connesso* come prodotto in grado di comunicare i dati tramite un servizio di comunicazione elettronica; il *servizio correlato* come servizio legato ad una funzione del bene; l'*utente* come il soggetto che possiede il prodotto o a cui sono stati trasferiti i diritti temporanei di utilizzo; il *titolare dei dati* (*data holder*, fabbricante) come il soggetto che ha il diritto³⁵ o l'obbligo di utilizzare o mettere a disposizione i dati; i *dati del prodotto* come i dati generati dall'uso del prodotto; i *dati del servizio correlato* come i dati che rappresentano la digitalizzazione delle azioni dell'utente; i

³⁵ La *situazione di diritto* in capo al fabbricante (titolare dei dati) consegue: *a.* all'uso di dati tecnici conseguenti ad una negoziazione con l'utente (art. 4, par.13); *b.* all'uso di dati elaborati dai sistemi del fabbricante; *c.* dall'uso di dati aggregati. Questi sono dati che "appartengono" al fabbricante.

dati prontamente disponibili come i dati di un prodotto che il titolare dei dati ottiene dal prodotto³⁶.

Occorre soffermarci brevemente su alcune di queste definizioni. Il *prodotto connesso* è un prodotto progettato per generare dati sul funzionamento o sull'ambiente e comunicarli all'esterno; i *servizi correlati* sono servizi legati ad una funzione del bene connesso.

Il *titolare dei dati* è il soggetto che controlla di fatto la genesi dei dati, non è necessariamente il fabbricante, potrebbe essere un *server* o un *cloud* esterno che gestisce il flusso dei dati ed opera come infrastruttura. La posizione di titolare dei dati sembra credibile ad un terzo (ad esempio ad un *server*). È *titolare potenziale* dei dati il fornitore di un servizio applicato al prodotto, ma non ancora attivato (nota 49).

I servizi che non sono legati ad una funzione o ad un comando non sono *servizi correlati*. Tra i servizi esclusi vi sono i servizi di comunicazione elettronica (accesso a internet, messaggistica, comunicazione interpersonale).

I *servizi correlati* possono anche essere aggiunti dopo la consegna del bene connesso, ad esempio per migliorarlo; possono essere anche servizi che l'utente si aspetta di ricevere da quel bene connesso e possono anche essere servizi forniti da terzi.

Sono compresi i servizi forniti dagli *Assistenti Virtuali*: imperscrutabili sistemi che ci osservano, parlano, consigliano e aiutano. Molti aspetti del loro funzionamento sono ancora oscuri, in specie non è chiaro dove raccolgono i dati. Spesso l'utente non comprende se si sta raffrontando con un "bot" o con una persona e qual è la logica che sottende le loro risposte (umana o artificiale).

3. Una normativa orizzontale

Essendo una normativa orizzontale il *diritto di accesso* ai dati diventerà un diritto applicabile a tutti i settori nei quali un bene connesso genera e

³⁶ Si tratta di dati grezzi, pretrattati, primari, *prontamente disponibili*. È conosciuta la nozione di *machine generated data* che accomuna dati tecnici e personali. Essa è stata utilizzata per sottrarre questi dati dal diritto *sui generis* delle banche dati di cui della direttiva (Ce) n. 96/9 del Parlamento e del Consiglio dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche dati, in *Guce* n. L 77 del 27 marzo 1996, p. 20, v. Comunicazione della Commissione, "Building a European data economy, cit. supra, nota 14. Ivi si evidenzia che: «raw machine-generated data were generally not to be protected under EU intellectual property laws even though some legal uncertainty persisted among Member States». Il tema è ampiamente affrontato dalla Commissione europea, in *Staff Working Document impact Assessment Report, Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act)*, (Com(2022)68 final). Circa gli effetti limitativi che la direttiva (Ce) n. 96/6 avrebbe potuto avere sull'accesso ai dati, v. V. FALCE, *Copyrights on data and competition policy in the digital single market strategy*, in *Riv. it. di Antitrust*, 1/2018, p. 1.

diffonde dati. La Commissione ha in corso un progetto per regolare in dettaglio l'accesso ai dati tecnici di determinati beni, tra essi le vetture; si vuole così raggruppare, in un unico contesto normativo, molte norme presenti in diverse normative. Tale normativa settoriale è definita *Data Act verticale*³⁷.

C'è una visione di *fairness* che pervade il *Data Act*. Tale visione affida il trasferimento dei dati alla legge (il regolamento), al contratto ed alla buona fede. L'art. 34 ipotizza che la Commissione elabori "clausole tipo" da valere come indicatori. Verrà pertanto replicato il meccanismo delle clausole abusive predisposto a tutela dei consumatori.

Sono anche vietate da parte del fabbricante quelle pratiche note come *dark patterns* che inducono l'utente a decisioni manipolate o distorte.

4. Il *Data Act* e le piccole/medie imprese

Il *Data Act* non si applica ai prodotti delle piccole/medie imprese. Appare eccessivo imporre alle piccole/medie imprese investimenti per rendere accessibili i dati³⁸. Di contro le piccole/medie imprese hanno forte interesse ad entrare in possesso dei dati d'uso dei fabbricanti e ciò è consentito dal *Data Act*.

La situazione prospettata è tutt'altro che chiara perché poi non si comprende come dovrà comportarsi l'impresa che ha utilizzato una piccola impresa per progettare o costruire un prodotto connesso e se i dati generati dal prodotto entreranno in possesso di questa. Se, ad esempio, un costruttore di veicoli di lusso appalta la progettazione di un'apparecchiatura ad una piccola impresa e questa viene in possesso dei dati d'uso del prodotto, quest'ultima dovrà consentire l'accesso all'utilizzatore?

5. Con riferimento ai dati del prodotto e alle normative applicabili

Le definizioni sopra indicate specificano i requisiti dei *dati del prodotto* e dei *dati di un servizio correlato*.

I dati del prodotto ed i dati del servizio correlato sono dati relativi al funzionamento di un bene connesso e sono creati da apparecchiature che svolgono una funzione (ancorché solo interconnesse) propria di un bene progettato in origine per archiviare (quantomeno per un periodo di tempo limitato) i dati e rilasciarli. In assenza di questi servizi la funzione non potrebbe essere svolta. Si completa così il discorso iniziato con la direttiva

³⁷ Nel *Data Act verticale* verrà trattata la materia delle informazioni tecniche per la riparazione.

³⁸ CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE), AA.VV., *Data Act: towards a balanced EU data regulation*, 2023, reperibile online al seguente indirizzo <https://cerre.eu>.

(Ue) n. 2019/771 sulla garanzia dei beni di consumo³⁹ ed ora presente nella Proposta di direttiva sulla responsabilità da prodotto⁴⁰ ove i beni sono considerati sia nella parte fisica sia in quella digitale se deputata a svolgere una funzione del bene.

Il *Data Act* non offre una definizione di “prodotto”, in quanto non necessaria. Tale definizione si rintraccia nei sopra cennati atti comunitari. In particolare, nella Proposta di direttiva sulla responsabilità da prodotto si specifica che per «prodotto» si intende anche un sistema *software*; per “componente” si intende qualsiasi articolo, tangibile o intangibile, o qualsiasi servizio correlato, integrato in un prodotto o interconnesso con esso dal fabbricante di tale prodotto o sotto il controllo di tale fabbricante. Sembra di capire che il sistema *software* che rientra nella nozione di prodotto sia quel sistema che adempie ad una funzione del prodotto e sia, nella sostanza, un componente.

6. *I data processing services*

Molti dati digitali sono detenuti dai fornitori di servizi di trattamento dei dati (*data processing services*). Nella nozione di servizi di trattamento dei dati viene compreso un numero considerevole di servizi con una gamma molto ampia e variegata di finalità, funzionalità e impostazioni tecniche. Tra essi, il servizio a livello di infrastruttura (*infrastructure-as-a-service* – IaaS), il servizio a livello di piattaforma (*platform-as-a-service* - PaaS) e il servizio a livello di *software* (*software-as-a-service* - SaaS). I fornitori dei servizi sono tenuti ad indicare nei propri siti *web* le condizioni contrattuali principali (art. 25, Regolamento (Ue) n. 2023/2854) e ad assicurare l'interoperabilità dei sistemi (art. 33, Regolamento (Ue) n. 2023/2854). Nel passaggio tra fornitori deve essere preservata *l'equivalenza funzionale*, senza imporre proprie interfacce tecniche, ma indirizzando il mercato verso *standard* aperti, conformi alla normativa europea.

VII. Il mercato

1. *L'innovazione tecnologica*

Il *considerando* n. 32 del *Data Act* afferma che l'obiettivo del presente Regolamento non è solo promuovere lo sviluppo di prodotti connessi o di

³⁹ Direttiva (Ue) n. 2019/771 del 29 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita dei beni che modifica il Regolamento (Ue) n. 2017/2394 e la direttiva (Ue) n. 2009/22 ed abroga la direttiva n. 1999/44, in *Gu-Ue* n. L 136 del 22 maggio 2019.

⁴⁰ Commissione europea, Proposta di direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, 2022, Com(2022)495 final.

servizi correlati nuovi e innovativi e stimolare l'innovazione nei servizi *post-vendita*, ma anche quello di favorire lo sviluppo di servizi completamente nuovi che utilizzano i dati in questione, anche sulla base di dati provenienti da una varietà di prodotti connessi o servizi correlati. Allo stesso tempo, il Regolamento mira ad evitare di compromettere gli incentivi agli investimenti per il tipo di prodotto connesso da cui i dati sono ottenuti, ad esempio mediante l'uso di dati per sviluppare un prodotto connesso concorrente considerato intercambiabile o sostituibile dagli utenti, in particolare in base alle caratteristiche del prodotto connesso, al suo prezzo e all'uso previsto. L'utente, pertanto, può creare servizi/prodotti in concorrenza con quelli del produttore, ma non prodotti in concorrenza con il prodotto dal quale sono stati estratti i dati (art. 4, par. 4). Analogamente il fornitore terzo non potrà creare prodotti concorrenti con quelli del fabbricante dal quale ha avuto l'accesso ai dati.

Con il *Data Act* la concorrenza si sposta dal *mercato* (primario) del prodotto a quello (secondario) delle applicazioni con valore aggiunto e della riparazione/manutenzione (*aftermarket*). I dati digitali generati dai prodotti sono attualmente utilizzati, per la maggior parte, dai fabbricanti⁴¹; in conseguenza, per rendere più competitivo il mercato secondario, e quindi eliminare tale inefficienza, si rende necessaria una normativa che consenta ad altri *player* di entrarvi con prodotti (o servizi) nuovi e di minor costo.

Si vuole favorire l'emergere di mercati liquidi⁴², contendibili, equi ed efficienti, eliminando gli ostacoli che attualmente impediscono questa finalità. Il primo passo è stato quello di individuare nell'*utente* il soggetto che può disporre dei dati conseguenti al suo uso del prodotto. In questo modo si è limitato fortemente la disponibilità di fatto del fabbricante di questi dati.

L'utente è incentivato a cedere i dati ai fornitori terzi sia perché potrebbe ottenere servizi migliori sia perché potrebbe trarre dal fornitore un compenso. Del pari, il fabbricante può trarre un compenso dal fornitore e meglio regolare la cessione dei dati a terzi fornitori (sviluppatori).

⁴¹ Il produttore utilizza circa il 20% dei dati prodotti dal bene. L'80% dei dati non viene utilizzato da nessuno. In tal modo la maggior parte dei dati non viene utilizzata nel mercato secondario da terzi fornitori per creare applicazioni o servizi a prezzi minori di quelli del fabbricante. Il mercato secondario (*downstream market*) è così bloccato dal fabbricante (effetto *lock-in*), cfr. FIA, *Secure On-board Telematics Platform Approach*, Parigi, 2021.

⁴² I mercati liquidi sono mercati ove si constata la possibilità di reperire facilmente i beni e rivenderli a prezzi equi. Il *Data Act* si rivolge sia al mercato dei dati sia al mercato dei servizi: il funzionamento del primo è il presupposto del funzionamento del secondo. Questi due mercati sono legati indissolubilmente fra loro e la loro efficienza va considerata cumulativamente.

Rimane al di fuori del *Data Act* la cessione volontaria di dati al costruttore. Il *Data Act* è inteso a favorire (*considerando* n. 20) tali accordi. Essi potrebbero riguardare sia la messa a disposizione dell'utilizzatore di dati che gli possono essere utili sia la possibilità di un maggior uso dei dati da parte del costruttore. Gli accordi volontari potrebbero riguardare anche un costruttore che non sia titolare dei dati oppure un utilizzatore di fatto di una macchina che non sia utilizzatore di diritto. Essi dovranno, comunque, rispettare i principi del *Data Act*, come esplicitamente afferma l'art. 12, par. 2.

Ove la cessione avvenga in base al *Data Act* si potranno usare i modelli contrattuali che la Commissione predisporrà (*considerando* n. 31).

2. *Obblighi dei costruttori*

I costruttori devono progettare i beni connessi in modo che i dati digitali grezzi possano essere estratti e rielaborati (art. 3). Al *considerando* n. 20 si precisa che il Regolamento non dovrebbe essere inteso in modo da imporre l'obbligo di archiviare i dati *nell'unità di calcolo centrale di un prodotto connesso*⁴³. L'assenza di tale obbligo non dovrebbe impedire al fabbricante o al titolare dei dati di concordare volontariamente con l'utente di procedere a specifici adattamenti. Gli obblighi di progettazione non pregiudicano il principio della minimizzazione dei dati personali sancito dall'art. 5, par. 1, lett. c., del Regolamento (Ue) n. 2016/679 e non dovrebbero essere intesi nel senso di imporre l'obbligo di progettare prodotti connessi e servizi correlati in modo tale da archiviare o altrimenti trattare dati personali diversi dai dati personali necessari rispetto alle finalità per le quali sono trattati (*considerando* n. 20).

Qui si inserisce il problema degli standard di *interoperabilità* (API *Application Programming Interface*⁴⁴) e della neutralità della tecnologia. È frequente che un costruttore di vetture usi applicazioni di terzi fornitori che non consentono l'*interoperabilità*⁴⁵.

Se i dati non sono direttamente accessibili, occorre rilasciarli in formato fruibile (art. 4, par. 1). I dati possono essere conservati nel prodotto o allocati in un *remote server* presso il produttore (*considerando* n. 20). Da

⁴³ L'Unità di Calcolo Centrale (CPU) è un componente di un elaboratore elettronico che elabora i segnali e rende possibile il calcolo; è una sorta di cervello centralizzato.

⁴⁴ V. *considerando* n. 5, ove: «il presente regolamento mira altresì ad agevolare il passaggio tra servizi di trattamento dei dati e a migliorare l'*interoperabilità* dei dati e dei meccanismi e servizi di condivisione dei dati nell'Unione». Affinché il terzo che entra in possesso dei dati possa creare servizi in concorrenza con quelli del fabbricante è necessario che quest'ultimo consenta a detti servizi di interoperare con i sistemi del bene.

⁴⁵ I fabbricanti possono però richiedere all'utente di identificarsi per verificare il suo diritto di accedere ai dati.

verificare l'ipotesi in cui il costruttore possa accedere direttamente al prodotto *over the air* e il terzo fornitore venga fatto accedere da un *server*. Il *server* utilizzato può essere il *server* locale del fabbricante o quello di un fornitore di servizi *cloud*. I prodotti connessi possono essere progettati in modo da consentire all'utente od a un terzo di trattare i dati del prodotto connesso su *istanza di calcolo del fabbricante* (servizio dedicato fornito dal fabbricante) o in un ambiente tecnologico scelto dall'utente.

La scelta di non creare dispositivi che consentano un accesso diretto rimane del fabbricante (art. 4, par. 1) che sarà comunque portato a creare tali accessi, avendo interesse primario a connettersi in tempo reale con il prodotto (ad esempio per fornire servizi di manutenzione). I costruttori tenderanno a favorire accessi attraverso *server* indiretti⁴⁶.

La formulazione dell'art. 4, par. 1, non è chiara e non consente di comprendere – in assenza di atti esecutivi di dettaglio – come possa avvenire la messa a disposizione dei dati e dei relativi metadati, della stessa qualità di quelli di cui dispone il titolare dei dati, in modo pronto, efficace, sicuro, leggibili da un dispositivo automatico⁴⁷, e, ove possibile, in modo continuo e in tempo reale. Il medesimo problema potrebbe porsi a proposito del diritto di trasferire i dati al terzo fornitore, diritto previsto dall'art. 5.

Deve essere prevista la situazione in cui vi sono più utenti (comproprietari, conduttori in *leasing*, ecc.), ad esempio predisponendo più *account*. Quando i generatori di dati sono diversi (quindi vi sono più utilizzatori) occorre creare diversi *account* eventualmente usando la normativa *European Digital Identity Wallet* (Regolamento (Ue) n. 910/2014). Il principio è ribadito in vari punti dal *Data Act*. Molto complessa è la situazione nella quale una vettura ha vari dispositivi che raccolgono dati da diverse persone. Le ipotesi di contitolarità (*co-generator*) dei dati possono essere varie perché possono riguardare i casi in cui, ad esempio, un veicolo è di proprietà di una società di *leasing* o di noleggio. All'inverso, vi possono essere ipotesi di contitolarità da parte di più *data holder*: in agricoltura possono verificarsi ipotesi di vari fornitori che forniscono servizi e utilizzano i dati.

⁴⁶ È questa l'ipotesi dell'*Extended vehicle* propugnata da ACEA nel documento *Access to vehicle data for third-party services*, 2016.

⁴⁷ Cfr. art. 61, par. 1, Regolamento n. 2018/858 del 30 maggio 2018 relativo all'omologazione e alla vigilanza del mercato dei veicoli a motore e dei loro rimorchi, in *Gu-Ue* n. L 151 del 14 giugno 2018, par. 1, ove: «Le informazioni sono presentate in modo facilmente accessibile sotto forma di insiemi di dati leggibili a macchina e trattabili elettronicamente», nonché art. 20 GDPR ove si afferma che «l'interessato ha il diritto di ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico i dati personali che lo riguardano forniti a un titolare del trattamento e ha il diritto di trasmettere tali dati a un altro titolare del trattamento senza impedimenti da parte del titolare del trattamento cui li ha forniti». Vi sono riferimenti al diritto di accesso nella Comunicazione della Commissione del 17 aprile 2023, *cit. supra*, nota 9.

Se vi sono più fornitori di servizi, l'utente deve potersi rivolgere a ciascun fornitore.

VIII. I contratti

1. *I contratti di utilizzo dei dati*

Afferma il *considerando* n. 25 che è opportuno non considerare il presente Regolamento come un atto che conferisce ai titolari dei dati un nuovo diritto di utilizzare i dati del prodotto o di un servizio correlato⁴⁸. Né, come detto (v. *considerando* n. 20), il fabbricante è tenuto a creare sistemi per archiviare dati personali diversi da quelli la cui finalità è stata consentita dall'utente.

Se il titolare dei dati è il fabbricante del prodotto connesso, la base per l'utilizzo di *dati non personali* da parte del fabbricante è *un accordo* (v. art. 4, par. 13) con l'utente; se il titolare dei dati è il fornitore di un servizio correlato, pattuito unitamente al contratto di vendita, di locazione o di noleggio relativo al prodotto connesso⁴⁹ la base è *un accordo* tra fornitore ed utente. Il trattamento dei *dati personali* da parte del fabbricante è regolato, invece, dal GDPR e dalla direttiva (Ue) n. 2002/58.

Il contratto deve prevedere il diritto dell'utente di accedere ai dati, l'obbligo del fabbricante di consentire l'accesso e fornire i dati, le modalità ed i protocolli di accesso ed interoperabilità, quali l'indicazione dei dati che il fabbricante vuole utilizzare, come il fabbricante proteggerà i segreti commerciali, ecc. Inoltre, il contratto deve indicare l'uso che il fabbricante può fare dei dati: uso che potrà essere il controllo del prodotto sul mercato, il miglioramento tecnico del prodotto, la riparazione del medesimo, ecc.

Il fabbricante può essere limitato nell'uso dei dati e nella funzione di «titolare dei dati (tecnici)» (*considerando* n. 25). L'utente potrebbe limitare il trasferimento dei dati ai terzi fornitori del fabbricante.

Qualsiasi clausola contrattuale che preveda che il titolare dei dati possa utilizzare i dati del prodotto o di un servizio correlato dovrebbe essere trasparente.

È prevedibile che in sede di acquisto del veicolo l'utente non acconsenta ad un uso *non esclusivo* da parte del costruttore dei dati. L'utente potrebbe avere interesse a cedere i dati a terzi, come si desume dall'art. 8,

⁴⁸ Come detto, il *Data Act* non crea una base giuridica a norma del Regolamento (Ue) n. 2016/679 che autorizzi il fabbricante a trattare i dati personali generati dall'uso di un prodotto o di un servizio correlato o a trattare altri dati rispetto a quelli per cui ha ricevuto il consenso.

⁴⁹ Se il servizio non è ancora attivato il fornitore è un *titolare potenziale dei dati*.

par. 4, che, regolando i rapporti tra fabbricante e terzo, indica che il fabbricante non mette a disposizione i dati ad un terzo su base esclusiva, salvo non sia richiesto dall'utente.

L'assunto è di grande rilevanza perché il fabbricante perde, in tal modo, il diritto di usare i dati o cederli a terzi se non ha un'autorizzazione dell'utente.

Sino ad ora il costruttore ha operato nella massima libertà di utilizzo (di fatto) dei dati. Di frequente cede i dati ai propri fornitori⁵⁰ affinché possano controllare la qualità ed affidabilità del prodotto. Tale cessione va ora autorizzata.

Il fabbricante deve inoltre informare l'utente delle modifiche che interverranno sul bene riguardanti la produzione di dati d'uso. In tal caso potranno essere usate pagine *web* nelle quali pubblicare i dati. Si tratta di qualcosa di molto simile alla procedura di aggiornamento dei *software* di un veicolo imposta dalla direttiva (Ue) n. 2019/771.

2. *Obblighi informativi precontrattuali*

Il *Data Act* afferma che prima di concludere un contratto di acquisto, locazione o noleggio di un prodotto connesso, il venditore, il locatore o il noleggiante, che può essere il fabbricante, fornisce all'utente almeno le informazioni⁵¹ seguenti, in modo chiaro e comprensibile: *a.* i dati generati dal bene o dai servizi connessi; *b.* il tipo, il formato e il volume stimato di dati del prodotto che il prodotto connesso può generare; *c.* se il prodotto connesso è in grado di generare dati in modo continuo e in tempo reale; *d.* se il prodotto connesso è in grado di archiviare dati sul dispositivo o su un *server* remoto, compresa, se del caso, la durata prevista della conservazione; *e.* le modalità di esercitare il diritto di accesso, la durata dei servizi e le modalità di *termination* dei contratti di servizi⁵²; *f.* la capacità del bene di generare dati in tempo reale e senza interruzione; *g.* dove archivia i dati,

⁵⁰ Tali accordi sono utilizzati dal costruttore di vetture elettriche Tesla. Paiono contratti esclusivi di abbonamento per la fornitura di servizi di controllo del prodotto e manutenzione; se così fosse, verrebbe però di nuovo assicurata al costruttore una sorta di esclusiva nella gestione del veicolo. Si potrebbe ipotizzare che il fabbricante possa cedere il bene solo ove l'utente gli rilasci l'autorizzazione ad utilizzare i dati: l'assunto lascia qualche perplessità, quantomeno sotto l'aspetto dell'imposizione unilaterale della condizione.

⁵¹ Analogamente a quanto prescritto dalla direttiva (Ue) n. 2019/771, *cit. supra*, nota 38. Su questi temi, *amplius*, AA. VV., *The Data Act Proposal*, IRDG, University of Passau, 2023, reperibile *online* all'indirizzo: https://www.jura.uni-passau.de/fileadmin/dokumente/fakultaeten/jura/institute/irdg/Research_Paper_Series/23_03.pdf.

⁵² Tra le informazioni precontrattuali andrebbero ricompresi i dati generati dal prodotto o dai servizi, inclusi il formato, il volume, la struttura.

qual è la durata della conservazione dei dati, di quali mezzi deve disporre l'utente per accedere ai dati (art. 3, par. 2).

Il costruttore deve inoltre indicare se non verranno messi a disposizione degli utenti o di terzi determinati dati, in modo che gli utenti possano determinare facilmente quali dati possono condividere con i destinatari dei dati o con terzi (*considerando* n. 26). Si tratta di dati per i quali non è consentito il diritto di accesso. Analogo principio è affermato dall'art. 3, par. 3, lett. c., a proposito dei titolari potenziali dei dati.

L'obbligo di informazione precontrattuale può essere soddisfatto creando un identificatore uniforme di risorse (URL, *Uniform Resource Locator*) stabile sul *web*. Le informazioni devono essere scaricabili ed archiviabili (*considerando* n. 24) e riguardare anche modifiche future del prodotto (*considerando* n. 25).

Le informazioni precontrattuali devono essere rese indipendentemente dall'acquisto del prodotto.

Il soggetto tenuto a rendere le informazioni precontrattuali è il venditore, ma, come è accaduto per la direttiva (Ue) n. 2019/771, è il fabbricante che si trova nella condizione migliore per fornirle. Il fabbricante (titolare dei dati) dovrebbe ricevere dal fornitore del servizio (titolare potenziale dei dati) le informazioni da rendere all'utente (*considerando* n. 24).

Poiché è ipotizzabile che i prodotti possano mutare in conseguenza degli aggiornamenti *software* che potranno ricevere, si dovrà prevedere in tali casi che l'utilizzatore sia adeguatamente informato sui dati che potranno essere raccolti dai nuovi sistemi applicati.

3. I diritti dell'utente

L'art. 4 prevede che, qualora l'utente non possa accedere direttamente ai dati a partire dal prodotto connesso o dal servizio correlato, i titolari dei dati mettono prontamente a disposizione dell'utente i dati, nonché i pertinenti metadati necessari per interpretare e utilizzare tali dati senza indebito ritardo, con la stessa qualità di cui dispone il titolare dei dati.

Il diritto di accesso ai dati viene configurato come un irrinunciabile diritto dell'utente di accedere ai dati generati dal bene connesso, diritto che non è possibile sottoporre a limitazioni⁵³. Ciò sembrerebbe desumersi dal testo dell'art. 4 par. 13.

⁵³ Non è chiaro se questo diritto possa essere rinunciato in favore del fabbricante. Non vi sono elementi nel testo per affermarlo. Ove se ne ammetta la rinunciabilità, sarebbe però necessario verificare che non vi sia stata una coartazione. Il punto è trattato da C. ATIK, *Discussion Paper, Data Act: Legal implications for the digital agriculture sector*, cit. *supra*,

Se l'utente rinunciasse all'uso dei dati in favore del costruttore dovrebbe anche rinunciare a cedere i dati ai terzi fornitori. La giustificazione della rinuncia dovrebbe comunque avere solide basi, tali da superare l'esigenza del mercato a che non si verificano *cessioni esclusive* in favore di un soggetto di questi dati, sia esso il costruttore sia il fornitore.

Tale duplice rinuncia non potrebbe comunque valere per terzi nuovi acquirenti del bene. Il diritto di usare i dati è, infatti, legato alla proprietà del prodotto: un nuovo proprietario di quest'ultimo potrebbe riattivare un eventuale diritto rinunciato.

La richiesta di esercizio del diritto di accesso dell'utilizzatore può avvenire con semplici mezzi elettronici.

La natura degli accordi tra utente e fabbricante⁵⁴ deve essere indagata⁵⁵: potrebbe trattarsi di una *licenza d'uso non esclusiva*⁵⁶, argomentando dal fatto che la cessione a terzi dei dati non deve avvenire in via esclusiva, salvo espressa richiesta dell'utente (art. 8, par. 1, 4). Sembra che la prospettiva sia eccessiva, avendo l'utente solo il diritto di accesso e di autorizzazione all'uso dei dati da parte del fabbricante. Più correttamente di licenza si può parlare nel rapporto tra fabbricante e terzo fornitore ove si discute della cessione di dati e segreti commerciali.

nota 21. Ivi si precisa che: «Moreover, it is not clear that the data rights under Chapter II are inalienable. There is no definite statement that prevents users from alienating or waiving the data rights provided by Data Act via contracts. Therefore, one can argue that data rights and/or data control can be contracted out from the users (farmers)». Riguardando dati generati dal prodotto o dai servizi sarebbe però una *rinuncia preventiva* operata in sede di acquisto del mezzo, difficilmente ammissibile in una negoziazione equilibrata. Si consideri peraltro che l'art. 12, par. 2, pur limitatamente al Capo III, prevede che una clausola contrattuale apposta ad un accordo con la quale si escluda l'applicazione di norme del *Data Act* non è vincolante per le parti. Minore impatto potrebbe avere la rinuncia dell'utente a disporre di dati maturi e non recenti. Se l'utente è un consumatore non può, in ogni caso, essere obbligato a rinunciare all'ulteriore trasferibilità dei dati messi a disposizione di un terzo (art. 6, par. 1, lett. h.).

Diversa l'ipotesi in cui un'impresa che opera come utente crea accordi con i terzi di rinuncia a *ulteriormente* condividere i dati (*considerando* n. 25, ultimo cpv.). Tali accordi sarebbero legittimi e la circolazione dei dati non sarebbe pregiudicata.

⁵⁴ Devono essere esclusi accordi che si basano su comportamenti impliciti, M. LEISTNER, L. ANTOINE, *IPR and use of open data and data sharing initiatives by public and private actors*, Study commissioned by the European Parliament, Bruxelles, 2022. In particolare dovrebbe escludersi che possa trasferirsi il diritto di accesso, unicamente soggetto a mandato nell'interesse dell'utente (art. 5, par. 1).

⁵⁵ Non offre indicazioni l'*EU Code of conduct on agricultural data sharing by contractual agreement*, 2018, reperibile online all'indirizzo https://www.cema-agri.org/images/publications/brochures/EU_Code_of_conduct_leaflet.pdf. Il documento richiama la necessità che il «data originator» offra «their explicit, express and informed permission via contractual arrangement» all'uso dei dati e che i dati siano trattati secondo il Regolamento (Ue) n. 2016/679 attraverso debite operazioni di anonimizzazione o pseudonimizzazione.

⁵⁶ HOGAN & LOVELL, *Deep dive in the new EU Data Act*, 2023, reperibile online all'indirizzo <https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/deep-dive-on-the-new-eu-data-act>. Ivi si indica la licenza come strumento contrattuale idoneo a regolare il rapporto tra utente, fabbricante e terzo. V. anche W. KERBER, *Governance of IoT data: why the EU Data Act will not fulfill its objectives*, cit. *supra*, nota 30.

Questi accordi devono basarsi su clausole non vessatorie.

Di conseguenza, l'utente: *a.* ha il diritto di accesso ai dati tecnici (*raw data*); *b.* può chiedere che tali dati siano trasferiti a terzi per realizzare servizi in concorrenza ed in tal caso il terzo deve corrispondere un corrispettivo al costruttore (art. 5⁵⁷); *c.* può esercitare un diritto di portabilità dei servizi; *d.* non può creare prodotti concorrenti⁵⁸ (art. 4, par. 4) con quelli del fabbricante.

I diritti *sub a.* e *b.* sono complementari e servono per consentire la circolazione sul mercato di dati digitali che “appartengono” all'utente in quanto soggetto che li produce attraverso il prodotto e li caratterizza.

Come detto, non viene, allo stato, garantito agli utenti o ai terzi (oltre che al prelievo dei dati) l'accesso alle *Funzioni* del mezzo o alle sue *Risorse* (operando sul cruscotto)⁵⁹. Il punto è molto controverso perché in alcuni casi il terzo (si pensi ad un'officina) deve accedere alle risorse del prodotto (vetture/trattore), e, ad esempio, “spegnere” la spia del tagliando in scadenza. I fornitori di servizi di *aftermarket* vorrebbero poter accedere direttamente a tutte le funzioni e risorse del veicolo e non solo ad alcune di esse.

Si apre così un complesso fascio di accordi: *a.* quello dell'utente con il fabbricante nel quale il primo può chiedere al secondo di stipulare un contratto di licenza con il terzo; *b.* quello di licenza tra fabbricante e terzo; *c.* quello tra utente e terzo per determinare le finalità dell'uso dei dati.

L'utente deve autorizzare il fabbricante all'uso dei dati (art. 4, par. 13); non può direttamente cedere i dati ricevuti dal fabbricante a terzi. La previsione di un contratto tra utente e fabbricante limita fortemente il diritto di fatto di quest'ultimo sui dati e modifica l'attuale stato di cose. Limita anche la posizione dei terzi fornitori che devono ricevere i dati dal fabbricante (titolare dei dati) e negoziare con quest'ultimo le condizioni della fornitura: per i terzi fornitori l'accesso è sempre mediato dal fabbricante predetto (*considerando n. 26*).

⁵⁷ Sulle modalità di quantificazione del corrispettivo (*reasonable compensation*) si dilunga il *Data Act*. Possono essere recuperati i costi per assicurare la trasmissione dei dati, maggiorati di un margine.

⁵⁸ Un prodotto è concorrente rispetto ad un altro quando è ritenuto sostituibile dal compratore.

⁵⁹ Il costruttore di pneumatici Michelin, in un intervento su *Sicurauto.it* del 23 marzo 2023, ha affermato che: «Il *Data Act* è una pietra miliare per i diritti degli utenti, ma non è sufficiente quando si tratta di mobilità. È necessario un regolamento settoriale specifico sull'accesso alle funzioni e alle risorse dei dati del veicolo per garantire un'effettiva libertà di scelta degli utenti».

4. *Quali sono i prodotti considerati*

I prodotti considerati dal *Data Act* sono i *prodotti connessi* (art. 2, par. 2) che generano dati⁶⁰ in conseguenza del loro uso e che possono essere trasmessi all'esterno, la cui funzione primaria non è quella di elaborare contenuti digitali o archiviare dati sul funzionamento del bene (ad esempio PC, TV; è controverso se vi rientrino gli *smartphone*⁶¹). Ovviamente se il *tablet* o lo *smartphone* fossero usati come accessori del prodotto per ottenere gli stessi dati che si otterrebbero con meccanismi *embedded* la normativa, a nostro giudizio, si applicherebbe. Si pensi ad un conducente di una vettura o di un trattore agricolo che raccoglie dati dell'uso del mezzo attraverso un *tablet* e li trasferisce poi ai sistemi dei mezzi predetti⁶².

5. *I dati del prodotto intelligente devono essere cancellati?*

L'art. 16 della direttiva (Ue) n. 2019/770 sulla fornitura di contenuti o servizi digitali precisa, al par. 3, che l'operatore economico «*si astiene dall'utilizzare qualsiasi contenuto diverso dai dati personali che sia stato fornito o creato dal consumatore nell'ambito dell'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore economico, fatto salvo il caso in cui tale contenuto: a) sia privo di utilità al di fuori del contesto del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore; b) si riferisca solamente all'attività del consumatore nell'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore; c) sia stato aggregato dall'operatore economico ad altri dati e non possa essere disaggregato o comunque non senza uno sforzo sproporzionato; d) sia stato generato congiuntamente dal consumatore e altre persone, e altri consumatori possano continuare a utilizzare il contenuto*»⁶³. Al par. 4 precisa ulteriormente che «ad eccezione delle situazioni di cui al paragrafo 3, lettere a), b) o c), l'operatore economico mette a disposizione del consumatore, su richiesta dello stesso, contenuti diversi dai dati personali, che sono stati forniti o creati dal consumatore durante l'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore economico. Il consumatore ha il diritto di recuperare dall'operatore economico tali contenuti digitali gratuitamente e

⁶⁰ Cfr., direttiva (Ue) n. 2019/771, *cit. supra*, nota 38.

⁶¹ Tra i prodotti non ricompresi nel *Data Act* vi sono personal computer, server, tablet e *smartphone*, telecamere, *webcam*, sistemi di registrazione sonora e *scanner* di testo. Essi richiedono un contributo umano per produrre varie forme di contenuto, quali documenti di testo, file audio, file video, giochi, mappe digitali. Non è chiaro se un navigatore satellitare si collochi nel *Data Act* ove non registri dati.

⁶² Nel settore automobilistico molti servizi sono utilizzati attraverso telefoni cellulari che usano i dispositivi della vettura solo come "specchio" per usare i servizi.

⁶³ Corsivo aggiunto.

senza impedimenti, entro un lasso di tempo ragionevole e in un formato di uso comune e leggibile da dispositivo automatico». Al par. 5 afferma che: «l'operatore economico può impedire qualsiasi ulteriore utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale da parte del consumatore, in particolare rendendogli il contenuto digitale o il servizio digitale inaccessibile o disattivando il suo account utente, fatto salvo quanto previsto al paragrafo 4».

L'eccezione del par. 4 sembra allinearsi al *Data Act* consentendo all'utente di disporre dei dati prodotti dal bene e di richiedere di cancellarli.

6. *I dati tecnici come "impronta" del suo utilizzatore*

I fabbricanti, specie i produttori di veicoli, non sembrano ancora pronti a considerare che i dati generati dal prodotto utilizzato dall'acquirente, in quanto portatori di una marcata "impronta" dell'utilizzatore, non possono essere usati se non vi è l'espressa autorizzazione dell'utilizzatore⁶⁴. Diversamente possono essere rilevati solo come *dati aggregati*.

L'impronta dell'utilizzatore è lasciata sia dalle modalità d'uso del prodotto sia dalle condizioni ambientali del sito ove esso è utilizzato. I terzi fornitori ambiscono a venire in possesso di questa impronta per creare servizi in concorrenza con quelli del fabbricante, sfruttando la possibilità di personalizzarli.

I dati possono derivare anche dai servizi correlati. I servizi devono disporre di un adeguato livello di interoperabilità. Ciò consentirà al consumatore di evitare la dipendenza da un unico fornitore.

IX. I segreti commerciali

1. *Le misure a protezione dei segreti industriali predisposte dal fabbricante*

Il diritto dell'utente di accesso ai dati digitali generati dall'uso del bene non può essere impedito dal fabbricante in base al diritto (*sui generis*) di aver allestito una banca dati o al diritto di tutela dei segreti commerciali⁶⁵. Questi ultimi vengono comunque salvaguardati.

⁶⁴ Tale impronta – se opportunamente analizzata – consente di creare servizi in grado di individuare i "desideri" dell'utilizzatore, come ci hanno mostrato *Google e Amazon* attraverso i loro algoritmi.

⁶⁵ Direttiva (Ue) n. 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2016 sulla protezione del know how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illecita, in *Gu-Ue* n. L 157 del 15 giugno 2016. Sul tema, HOGAN & LOVELLS, *Data Act: Final political agreement reached – data access vs. IP rights*, (2023), ove: «the second question is more challenging. Art. 35 Data Act (proposal) expressly excludes the application of the *sui generis* database right. However,

Il *Data Act* dedica molto spazio alla tutela dei segreti commerciali, al fine di preservare il valore dell'innovazione tecnologica del fabbricante che potrà adottare misure legittime di protezione nella condivisione dei dati. È consentito al fabbricante di creare, in particolare, misure di protezione dei sistemi *software* (*considerando* n. 31, *considerando* n. 57, art. 4, par. 2, art. 4, par. 6, art. 11). Per tale fine possono anche essere usati gli *smart contract*, destinatari di specifiche norme (art. 36, par. 1, lett. e.).

Le misure possono riguardare sia indebite intrusioni nei sistemi per le parti in cui l'accesso non è stato consentito sia l'eliminazione delle protezioni. All'art. 4 è prevista la possibilità del fabbricante di bloccare la fornitura dei dati nei casi in cui l'utente o il terzo rifiutino di accordarsi sul mantenimento delle misure⁶⁶ oppure ricorrano *eccezionali circostanze* che dimostrino che la diffusione dei dati arreherebbe gravi danni economici al fabbricante. In entrambi i casi il rifiuto deve essere motivato⁶⁷.

Le misure per proteggere i segreti commerciali di cui all'art. 11 si ricollegano a quanto previsto dall'art. 4, par. 2, in via generale. Per far valere i "segreti commerciali" occorre dimostrare di aver adottato efficaci misure per proteggerli e che la comunicazione a terzi dei dati, pur con dette misure, sarebbe dannosa. Non basta che il fabbricante consideri determinati dati come segreti commerciali non trasferibili (*considerando* n. 31). Negli Stati Uniti d'America il legislatore si è spinto sino a consentire di aggirare – a determinate condizioni – le norme sulla proprietà intellettuale in ragione di una migliore concorrenza nel settore della riparazione dei veicoli⁶⁸.

2. I terzi fornitori

Il diritto di accesso si estrinseca nella possibilità dell'utente di richiedere al fabbricante di consentire l'accesso ad un terzo fornitore da lui autorizzato. La richiesta comprende i dati ed i metadati.

the Data Act is less clear on the ancillary copyright for photographs and copyrights (such as database works) or creative photography works. For example, copyright protection for images depends largely on the creator principle. Frequently, the user – and not the manufacturer – will determine the direction in which the product's sensors are aligned, but it is even more likely that this will be performed by AI».

⁶⁶ In tali accordi vanno indicate le clausole di riservatezza per l'uso dei dati nonché quelle per proteggere i dati evitando la diffusione di segreti commerciali (art. 4, par. 2). I fabbricanti possono richiedere all'utente o al terzo di rispettare questi vincoli attraverso regole contrattuali. Se l'utente o il terzo non raggiungono un accordo con il fabbricante, questi può bloccare la fornitura (condivisione) dei dati.

⁶⁷ Nelle *eccezionali circostanze* possono rientrare tematiche relative alla cibersecurity (*considerando* n. 31).

⁶⁸ V. Comments of MEMA, The Vehicle Suppliers Association to the U.S. Copyright Office on a Proposed Exemption Under 17 U.S.C. § 1201.

Aumentando la *compatibilità* (la capacità del bene di funzionare con *hardware* o *software* con i quali sono normalmente utilizzati i beni del medesimo tipo, senza che sia necessario convertire i beni, l'*hardware* o il *software*) e l'*interoperabilità*⁶⁹ (la capacità del bene di funzionare con *hardware* o *software* diversi da quelli con i quali sono normalmente utilizzati i beni dello stesso tipo), le possibilità dei fornitori di entrare nel mercato secondario dei servizi e delle applicazioni crescono notevolmente.

Quanto alle relazioni commerciali tra il costruttore ed il fornitore terzo, esse devono basarsi sui principi di corretta negoziazione. Come detto, il fabbricante può ottenere una compensazione economica.

Il terzo può trattare i dati messi a sua disposizione a norma dell'art. 5 solo per le finalità e alle condizioni concordate con l'utente, fatti salvi i diritti dell'interessato per quanto riguarda i dati personali; deve, inoltre, cancellare i dati quando non sono più necessari per la finalità concordata.

Il terzo non può porre in commercio prodotti in concorrenza con quelli dai quali ha estratto i dati. Ove ciò accadesse, il costruttore dovrebbe provare la sostituibilità dei prodotti: ciò non sarà sempre facile perché il terzo può creare servizi o apparecchiature che migliorano le *performance* del prodotto complesso.

L'utente può limitare la circolazione dei dati tra imprese ricevendo un corrispettivo al riguardo (*considerando* n. 25).

Non sono terzi i grandi *gatekeeper*: si diffida del loro potere di mercato.

3. Più trasparenza nella riparazione dei beni

Con il *Data Act* il mercato della riparazione e dei pezzi di ricambio si "svincola" da quello del bene primario.

Il tema è collegato a quello relativo all'*obsolescenza* dei prodotti e del loro mancato aggiornamento volontario da parte del fabbricante del prodotto finito o del componente. Un navigatore satellitare applicato ad un veicolo dopo 5 anni potrebbe avere già una tecnologia obsoleta ed essere esposto ad attacchi di *hacker*. Se il fabbricante non lo aggiorna ed a ciò provvede un terzo fornitore, il consumatore potrebbe continuare ad usarlo in modo sicuro. Il *Data Act* consente ai terzi fornitori di creare *legittima-*

⁶⁹ Viene favorita l'interoperabilità semantica tra i sistemi (*considerando* n. 103), cioè la capacità di comprendersi fra loro. V. art. 33, par. 1, lett. c., del *Data Act*, ove: «i mezzi tecnici per accedere ai dati, quali le interfacce di programmazione delle applicazioni (API), e le relative condizioni d'uso e di qualità del servizio sono descritti in modo sufficiente a consentire l'accesso automatico ai dati e la relativa trasmissione automatica tra le parti, anche in modo continuo, in download in blocco o in tempo reale, in un formato leggibile da dispositivo automatico, qualora tecnicamente fattibile e non di ostacolo al buon funzionamento del prodotto connesso».

mente nuove parti componenti con sofisticate tecniche per la riproduzione della parte componente. Al *considerando* n. 32 afferma: «le finalità legittime per l'uso dei dati potrebbero comprendere l'ingegneria inversa, a condizione che sia conforme ai requisiti stabiliti dal presente regolamento e dal diritto dell'Unione o nazionale. Ciò può verificarsi ai fini della riparazione o del prolungamento della durata di vita di un prodotto connesso o della fornitura di servizi post-vendita per prodotti connessi».

Il tema è ulteriormente collegato a quello della riparabilità dei prodotti destinati ai consumatori: appare infatti inaccettabile che la vita utile del prodotto sia molto breve in considerazione dell'antieconomicità della riparazione.

Il contesto in cui si inseriscono questi temi è quello dell'economia circolare⁷⁰ e del diritto alla riparazione. Con il «diritto alla riparazione»⁷¹, l'Unione europea compie un altro passo avanti verso l'obiettivo di realizzare un modello effettivo di economia circolare, prevedendo (quando sarà adottata la normativa) una serie di obblighi a carico dei fabbricanti: fornire informazioni trasparenti sulle operazioni di manutenzione e riparazione; assicurare di aggiornamenti del *software* per un periodo minimo; progettare prodotti durevoli, facili da riparare e con parti rimovibili e sostituibili; elevare il periodo della garanzia per difetti di conformità.

Allo stato, la Proposta di direttiva sul diritto alla riparazione si rivolge agli elettrodomestici ed a cellulari⁷².

Le vetture non sono comprese nell'obbligo di riparazione; lo sono alcune parti componenti delle medesime: le apparecchiature telefoniche ed i sistemi di *display*.

4. *L'accesso alle informazioni tecniche per la riparazione nel settore dei veicoli*

In termini generali nel diritto comunitario il *right to repair*⁷³ si declina in una tripla forma: *a.* economia circolare⁷⁴; *b.* diritto di replicare parti di

⁷⁰ Comunicazione della Commissione, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare*, 2020, Com(2020)98 final.

⁷¹ Commissione europea, Proposta di direttiva recante norme comuni che promuovono la riparazione dei beni e che modifica il Regolamento (Ue) n. 2017/2394 e le direttive (Ue) n. 2019/771 e (Ue) n. 2020/1828, del 22 marzo 2023, Bruxelles, Com(2023)155 final.

⁷² La Proposta (*cit. supra*, nota 71) si ispira alla c.d. Ecodesign Directive, direttiva n. 2009/125/Ce del 21 ottobre 2009 relativa alla istituzione di un quadro per l'elaborazione di specifiche ecocompatibili, in *Gu-Ue* n. L 285 del 31 ottobre 2009.

⁷³ Sull'economia circolare v. Parlamento europeo, *Circular economy: definition, importance and benefits*, 2023; Commissione europea, *Right to repair: Questions & Answers*, 2023; I. ANGLMAYR, *Promoting the repair of consumer goods*, 2023; N. ŠAJN, *Right to repair*, 2022.

⁷⁴ V. pagina web del Consiglio europeo, titolata Economia circolare, reperibile all'indiriz-

ricambio di un prodotto complesso coperto da diritto d'autore⁷⁵; c. diritto di ottenere dal fabbricante informazioni tecniche sulla riparazione dei beni.

Il settore degli autoveicoli è stato destinatario di una specifica normativa (ora riassunta dal Regolamento (Ue) n. 2018/858, nota 47). In questi anni si è a lungo discusso sul formato (struttura) delle informazioni tecniche rilasciate dai siti *web* dei fabbricanti⁷⁶ e sul modo degli operatori indipendenti di accreditarsi per estrarre i dati nonché sui possibili modelli di accesso alle informazioni tecniche per la riparazione: l'*Extended vehicle*, proposto da ACEA o l'*On-Board Application Platform (OBAP)*, proposto dai fornitori, oppure ancora il modello *Secure On-Board Telematics Platform (S-OTP)*, proposto da FIA EB.

A questi temi se ne sono aggiunti altri: l'utilizzo da parte dei costruttori di sistemi di interoperabilità condivisa e standardizzata (API)⁷⁷, l'accesso diretto dei terzi fornitori alle *funzioni* ed alle *risorse* del veicolo⁷⁸ ed alla creazione di icone sulle *dashboard* con funzioni integrative o sostitutive delle funzioni originarie⁷⁹.

zo <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/circular-economy/>, con ampi riferimenti agli aspetti normativi.

⁷⁵ L'origine del diritto si ritrova nella direttiva n. 98/71/Ce sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli e nel Regolamento (Ce) n. 6/2002 su disegni e modelli comunitari. L'art. 241 del dlgo n. 30/2005 dispone che «fino a che la Direttiva 98/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 Ottobre 1998, sulla protezione giuridica dei disegni e modelli non sarà modificata su proposta della Commissione a norma dell'art. 18 della Direttiva stessa, i diritti esclusivi sui componenti di un prodotto complesso non possono essere fatti valere per impedire la fabbricazione e la vendita dei componenti stessi per la riparazione del prodotto complesso, al fine di ripristinare il prodotto originario».

La *ratio* della norma è quella di evitare situazioni di monopolio del mercato secondario delle riparazioni da parte del produttore di un prodotto complesso.

⁷⁶ Sistema previsto dal Regolamento Ce) n. 715/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2007, relativo alla omologazione dei veicoli a motore, in *Gu-Ue* n. L 171 del 29 giugno 2007. Questo Regolamento faceva riferimento al formato di scrittura OASIS.

⁷⁷ La standardizzazione del formato dei dati è ora parzialmente regolata dal Regolamento delegato (Ue) n. 2021/1244 della Commissione del 20 maggio 2021 che modifica l'allegato X del Regolamento (Ue) n. 2018/858 (...) per quanto riguarda l'accesso standardizzato alle informazioni diagnostiche di bordo dei veicoli e alle informazioni sulla riparazione e la manutenzione dei veicoli, nonché le prescrizioni e le procedure riguardo all'accesso alle informazioni relative alla sicurezza dei veicoli, in *Gu-Ue* n. L 372 del 30 luglio 2021. Questa normativa consente ad un operatore indipendente di accreditarsi ed accedere ai portali dei costruttori di vetture per ottenere informazioni sulla sicurezza dei mezzi.

⁷⁸ Cfr. *FIGIEFA sul Data Act: i dati delle automobili sono specifici*, reperibile online all'indirizzo: <https://www.inforicambi.it/accessori-tecnologia/figiefa-data-act-dati-automobili-specifici/1456920.html>, 2023. FIGIEFA sottolinea che è «fondamentale estendere i diritti di accesso oltre ai “dati” includendo le “funzioni e risorse del veicolo”, compresa la comunicazione bilaterale con il conducente tramite l'interfaccia uomo-macchina. Queste funzioni sono essenziali per la fornitura di molti servizi aftermarket e di mobilità e richiedono anche di definire i ruoli e responsabilità specifici di tutti gli operatori coinvolti in materia di sicurezza e Cybersecurity».

⁷⁹ Su questi temi, D. GILL, *The Data Act Proposal and the Problem of Access to In-Vehicle Data and Resources*, University of Marburg, 2022, reperibile online all'indirizzo: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4115443; V. SMEJKAL, *The Car-Generated*

Quanto al rilascio delle informazioni tecniche, alcuni costruttori (TESLA e BMW) hanno assunto posizioni molto libertarie, altri più rigorose. Vi è, comunque, una tendenziale ritrosia dei costruttori di vetture a fornire a terzi informazioni che poi questi ultimi riutilizzerebbero per realizzare servizi in concorrenza, non foss'altro perché (essi costruttori) realizzano una forte integrazione verticale con particolari fornitori⁸⁰.

Il *Data Act* unisce i temi del rilascio delle informazioni tecniche per la riparazione e quello dell'accesso ai dati generati dall'uso del veicolo durante il funzionamento, dati che rimarrebbero in gran parte inutilizzati. Molti dati relativi alle informazioni tecniche sono anche dati sul funzionamento del mezzo.

Il *Data Act* in quanto normativa orizzontale sarà integrato da una normativa verticale dedicata alle informazioni tecniche. Le due normative dovranno necessariamente coordinarsi e permettere un'operatività sinergica. Del *Data Act* verticale⁸¹ si conoscono solo i *draft* rilasciati dalle Istituzioni.

X. La decorrenza

Il *Data Act* prevede all'art. 50 che detto Regolamento si applicherà dal 12 settembre 2025, tuttavia le disposizioni dell'art. 3, par. 1, si applicheranno ai prodotti immessi sul mercato dopo il 12 settembre 2026. L'art. 3, par. 1, si riferisce al diritto di accesso ai dati dell'utente.

Le disposizioni del capo III saranno conseguenti alla normativa nazionale adottata dopo il 12 settembre 2025.

Il capo IV si applicherà ai contratti conclusi dopo il 12 settembre 2025. Questo capo riguarda le clausole abusive. Se i contratti sono conclusi prima del 12 settembre 2025 e sono a tempo indeterminato, la normativa si applicherà dal 12 settembre 2027.

Accanto al diritto di accesso (art. 3, par. 1) nel Capitolo II vi sono però altre regole che hanno efficacia da settembre 2025: *a.* l'obbligo di rendere informazioni precontrattuali relative al prodotto (art. 3, par. 2) ed al servizio correlato (art. 3, par. 3); *b.* il diritto di ottenere indirettamente i dati quando non è possibile l'accesso diretto (art. 4, par. 1); *c.* gli obblighi

Data Regime as an Urgent Challenge for EU Law, University of Praga, ed. Faculty of Law, Praga, 2023.

⁸⁰ Cfr. D. GILL, in *The Data Act Proposal and the Problem of Access to In-Vehicle Data and Resources*, cit. *supra*, nota 79.

⁸¹ Il termine verticale è solo esemplificativo perché la normativa che sarà contenuta in questo atto si inserirà in quella sulla omologazione che è una normativa di settore, ma orizzontale, come già rilevato, essendo multidisciplinare.

di trasferimento di dati ancorché coperti da segreto industriale, a determinate circostanze (art. 4, par. 6). Si potrebbe pertanto ritenere che per i veicoli in circolazione all'ottobre 2025, nel caso possano essere considerati un prodotto connesso (v. art. 2, par. 5: «bene che genera e raccoglie dati relativi al suo utilizzo o al suo ambiente e che è in grado di comunicare tramite un servizio di comunicazione elettronica, una connessione fisica o l'accesso su dispositivo (...)») e non consentano un accesso diretto, dovranno offrire le informazioni attraverso un sito predisposto dal costruttore (art. 4, par. 1). Che è quanto dire, se il prodotto trasmette dati, tanto vale metterli a disposizione. Secondo altra preferibile opinione il Regolamento si applica solo ai prodotti *nuovi*⁸² immessi in commercio dopo il settembre 2025.

All'art. 4, par. 6, e all'art. 5 sono previste la possibilità di tutelare i segreti commerciali e il diritto di condivisione dei dati con terzi fornitori. Anche tali norme si applicano da settembre 2025.

XI. Le sanzioni

L'art. 40 indica che gli Stati membri stabiliscono le sanzioni applicabili alla violazione delle norme del *Data Act*, tali sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Si dovrà pertanto attendere i provvedimenti nazionali per conoscerle.

XII. Conclusioni

Da quanto sopra esposto si comprende appieno la portata fortemente innovativa, sotto il profilo della concorrenza, del Regolamento (Ue) n. 2023/2854. Il fabbricante di prodotti connessi o il fornitore di servizi correlati perdono il “controllo” (monopolistico) sui dati digitali generati dall'uso del bene o dei servizi da parte dell'utente. Questi dati sono di fondamentale importanza per comprendere le effettive *performance* del prodotto, come eventualmente migliorarle o arricchirle di nuove soluzioni. Nel momento in cui l'utente può ottenere l'accesso ai dati tecnici del prodotto dal fabbricante e chiedergli di “cederli” a terzi fornitori, questi ultimi, siano essi imprese di grandi dimensioni, PMI o *start-up*, potranno creare servizi che migliorano la fruibilità del prodotto e si “adattano” alle esigenze dell'utente. In altre parole, personalizzano il prodotto.

⁸² Si riferisce ai prodotti “nuovi” il Regolamento (Ue) n. 2023/1230 del 14 giugno 2023 relativo alle macchine, *cit. supra*, nota 33.

Il mercato trarrà benefici dall'ingresso di nuovi *player* in conseguenza di una concorrenza più efficace e di una diminuzione dei prezzi; ciò a beneficio del consumatore.

Il Regolamento (Ue) n. 2023/2854 prosegue, a ben vedere, il faticoso cammino iniziato dal c.d. Regolamento Monti (Regolamento (Ce) n. 1400/2002 della Commissione, del 31 luglio 2002, relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico) che, per consentire ai riparatori indipendenti di competere con quelli della rete dei costruttori e creare una sufficiente concorrenza nel mercato della riparazione, aveva dettato regole per l'accesso alle informazioni tecniche sulla riparazione. Si inserisce, inoltre, nei moderni contesti di economia sostenibile e di economia circolare. Entrambe queste economie propugnano la progettazione di prodotti che possono durare per un periodo sufficiente ad ammortizzarne il costo, non sono soggetti ad obsolescenza programmata e consentono di essere riparati per detti periodi.

Anche i fabbricanti potranno sfruttare questa “democratizzazione” del flusso dei dati (necessaria per evitare che i dati digitali siano unicamente a disposizione del fabbricante e si crei un'inefficienza di mercato senza che vi sia un supporto normativo che giustifichi la situazione), utilizzando i prodotti di terzi fornitori/sviluppatori che propongono loro di aumentare i servizi nativi dei prodotti. Il costruttore di avveniristiche auto elettriche Tesla ha creato una piattaforma di accesso per gli sviluppatori contenente molti dati di funzionamento dei mezzi per consentire loro di realizzare nuovi servizi da applicare alle vetture: dove non può arrivare il costruttore con i propri mezzi, possono arrivare migliaia di sviluppatori nel mondo.

Gian Franco Simonini*

SINTESI

Il Regolamento (Ue) n. 2023/2854 del 13 dicembre 2023 (Regolamento sui dati o *Data Act*), riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo che modifica il Regolamento (Ue) n. 2017/2394 e la direttiva (Ue) n. 2020/1828, costituisce un atteso intervento del legislatore comunitario volto al miglioramento del mercato secondario (*post-vendita*) dei prodotti connessi e dei servizi collegati.

Tale mercato appare attualmente bloccato (*lock-in*) dal potere di fatto dei fabbricanti o dei fornitori di servizi collegati sui dati generati dai prodotti connessi.

* Avvocato / Foro di Modena

si: essi utilizzano i dati digitali generati dall'uso dei prodotti senza rilasciarli a terzi. I dati possono riguardare il consumo energetico, il grado di usura dei materiali e dei componenti, le *performance* del prodotto e le inefficienze di funzionamento del prodotto. Tali dati sono registrati con il prodotto che funziona o in *stand-by*.

Mettendo questi dati a disposizione dell'utente si consente a quest'ultimo, a sua volta, di "cederli" a terzi fornitori che potranno poi realizzare servizi che si porranno in concorrenza con quelli offerti dal fabbricante generando così effetti concorrenziali positivi sul mercato.

ABSTRACT

The Regulation (EU) n. 2023/2854 of 13 December 2023 on harmonised rules on fair access to and use of data and amending Regulation (EU) n. 2017/2394 and Directive (EU) n. 2020/1828 (Data Act), constitutes an expected intervention by the EU lawmaker aimed at improving the secondary (after-sales) market of connected products and related services.

This market currently appears blocked (lock-in) by the de facto power of manufacturers or providers of related services over the data generated by connected products: they use the digital data generated by the use of the products without releasing them to third parties. The data may concern: energy consumption, the degree of wear of materials and components, product performance, product operating inefficiencies. This data is recorded with the product operating or in standby.

Making this data available to the user allows the latter, in turn, to "transfer" them to third party suppliers who will then be able to create services that will compete with those offered by the manufacturer, thus generating positive effects on the market.

DOCUMENTAZIONE

IL MERCATO UNICO, PIETRA MILIARE DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA, A TRENT'ANNI DALLA SUA ISTITUZIONE: RISULTATI CONSEGUITI E NUOVE SFIDE

30 anni di mercato unico*

1. Introduzione

Quest'anno il mercato unico, una delle maggiori realizzazioni dell'Unione europea, celebra il suo 30° anniversario. A partire dalla sua creazione, avvenuta nel 1993, i cittadini e le imprese hanno beneficiato della libera circolazione delle persone, dei servizi, dei beni e dei capitali in misura ben superiore alle aspettative più lungimiranti formulate trent'anni fa.

Originariamente concepito come spazio di libero scambio privo di barriere tariffarie o non tariffarie tra i suoi membri, il mercato unico si è evoluto fino a diventare molto più di questo. È riuscito infatti a configurarsi come la più grande area di mercato unico integrato al mondo¹, pur rimanendo tra i più orientati verso l'esterno. Il mercato unico è molto più di un quadro giuridico o anche di un mercato: si tratta di uno spazio di libertà, progresso, opportunità, crescita, prosperità condivisa e resilienza, nonché di un mezzo di proiezione geopolitica.

* Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Com(2023)162 final del 16 marzo 2023. Il testo integrale è reperibile sul sito internet www.eur-lex.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 467, il contributo di *SALVATORE D'ACUNTO*.

¹ Misurato a parità di potere d'acquisto, prospettive economiche mondiali dell'FMI.

Oltre a ripensare ai numerosi risultati conseguiti che ormai diamo per scontati nella nostra vita quotidiana, è importante anche riconoscere che il mercato unico è un bene prezioso che occorre preservare e migliorare costantemente.

Il mercato unico deve continuare ad adattarsi alle nuove sfide², come riconosciuto anche dal Parlamento europeo nella sua risoluzione sul 30° anniversario del mercato unico³. È necessario uno sforzo collettivo per continuare a mantenerlo, approfondirlo, sfruttarne appieno il potenziale, preservare condizioni di parità, sia a livello interno che globale, e garantire che sia alla base della prosperità dell'UE attraverso la competitività e la produttività a lungo termine, così come richiesto dal Consiglio europeo⁴. Il mercato unico è uno spazio comune che attira investimenti all'interno e all'esterno dell'UE grazie a un quadro normativo prevedibile e semplice.

Sono necessari sforzi comuni per far rispettare le norme vigenti, eliminare gli ostacoli ed esplorare nuovi settori per un'ulteriore integrazione del mercato unico. Ciò può avere benefici molto significativi: si è stimato che già l'eliminazione degli ostacoli al mercato unico dei beni e servizi a livello degli Stati membri potrebbe di per sé apportare ulteriori 713 miliardi di EUR all'economia entro la fine del 2029⁵.

2. Il mercato unico al centro del progetto europeo da 30 anni

2.1 *Migliorare la vita dei cittadini e delle imprese, accompagnare le transizioni verde e digitale*

La libera circolazione delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali offre agli europei l'accesso alla più ampia scelta possibile di prodotti, servizi, esperienze, idee, culture e lingue. Ogni giorno ne beneficiano più di 440 milioni di cittadini in tutto il continente. Il mercato unico è soprattutto uno strumento per migliorare il benessere dei cittadini.

L'abolizione dei sovrapprezzi del *roaming* ci consente di rimanere in contatto con familiari e amici quando viaggiamo in Europa. *I prodotti di consumo e gli alimenti* che circolano nel mercato unico, acquistati online oppure offline, sono diventati più sicuri e i prodotti pericolosi sono ritirati dal mercato. L'approvazione del *caricabatteria universale* per i dispositivi elettronici ridurrà i rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche e i disagi per i consumatori e consentirà di risparmiare 250 milioni di EUR all'anno. Lo spazio unico europeo dei trasporti consente il trasporto dei viaggiatori e delle merci all'interno dell'UE a prezzi accessibili. L'esistenza di forti *diritti dei passeggeri* comporta la previ-

² Comprese quelle demografiche.

³ Risoluzione del Parlamento europeo, del 18 gennaio 2023, sul 30° anniversario del mercato unico: celebrare i risultati e guardare agli sviluppi futuri, P9_TA(2023)0007.

⁴ Conclusioni del Consiglio europeo del 9 febbraio 2023.

⁵ Mappatura del costo della non-Europa 2019-2024, studio del Servizio Ricerca del Parlamento europeo, 2019.

sione di indennizzi quando i nostri piani di viaggio sono interrotti. Le imprese e i cittadini possono effettuare pagamenti transfrontalieri con la stessa facilità con cui effettuano pagamenti a livello nazionale. I consumatori che presentano domanda di *credito* possono contare su una migliore protezione.

Il mercato unico rende inoltre più facile vivere, studiare, lavorare e andare in pensione in un altro Stato membro. Il programma *Erasmus* ha consentito a quasi 13 milioni di giovani di studiare e lavorare all'estero. Il mercato unico ha ampliato gli orizzonti e le opportunità dei professionisti europei, le cui *qualifiche professionali* sono riconosciute più facilmente. Grazie al coordinamento delle norme in materia di *sicurezza sociale*, milioni di europei possono continuare a godere dei loro diritti alla pensione e all'assistenza sanitaria quando vivono all'estero e le norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro garantiscono una concorrenza leale e standard elevati per tutti, a prescindere dal luogo di lavoro⁶.

Il mercato unico è un potente motore di accelerazione della *transizione verde*, in linea con il Green Deal europeo. Norme di prodotto stabilite in modo uniforme a livello dell'UE garantiscono la conformità in materia di ambiente e sicurezza, nonché il rispetto dei requisiti di efficienza energetica. L'approccio basato sul mercato del sistema per lo scambio di quote di emissioni di gas a effetto serra nell'Unione (ETS) sta riducendo le emissioni in modo efficiente in termini di costi, mentre le entrate generate possono sostenere la transizione verso una produzione più pulita e stimolare l'innovazione.

Un *mercato dell'energia dell'UE* integrato è il modo più efficiente in termini di costi per garantire ai cittadini dell'UE un approvvigionamento energetico sostenibile, sicuro e a prezzi accessibili. I massicci sforzi intrapresi nell'ultimo decennio per integrare ulteriormente i mercati dell'energia elettrica in Europa hanno apportato ai consumatori notevoli benefici, stimati a circa 34 miliardi di EUR all'anno, consentendo scambi transfrontalieri tra Stati membri e migliorando la sicurezza dell'approvvigionamento in un'area geografica più ampia⁷. In un contesto caratterizzato da frequenti interruzioni dell'approvvigionamento, il mercato unico ha contribuito a garantire che l'energia, in particolare il gas, possa arrivare laddove è più necessaria. La cooperazione e la solidarietà regionali sono state essenziali per garantire la resilienza del sistema energetico dell'UE. Il regolamento TEN-E ha contribuito in modo significativo a questa solida sicurezza dell'approvvigionamento, interconnettendo i sistemi energetici degli Stati membri mediante progetti d'interesse comune (PCI). Allo stesso tempo la recente crisi energetica ha messo in luce una serie di carenze alle quali l'UE ha dovuto rispondere.

Nei prossimi anni il mercato unico deve evolversi in modo tale da soddisfare le aspettative dei cittadini riguardo a una *transizione digitale* antropocentrica e a mercati che rendano accessibili e attraenti le scelte sostenibili. Il *regolamento sui*

⁶ Questo ruolo globale del mercato unico è riconosciuto dalla risoluzione del Parlamento europeo (cfr. punto 9).

⁷ Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia: <https://www.acer.europa.eu/events-and-engagement/news/press-release-acer-publishes-its-final-assessment-eu-wholesale>.

servizi digitali garantirà che le imprese online possano operare in tutta Europa sulla base di un'unica normativa direttamente applicabile e che i cittadini possano utilizzare in modo sicuro le piattaforme online e i servizi di commercio elettronico, indipendentemente dal luogo in cui si trovano nell'UE, protetti dai contenuti illegali, dalla disinformazione e dal bullismo online. Il *regolamento sui mercati digitali* garantirà mercati equi e contendibili nel settore digitale in modo che le piattaforme non possano abusare del loro potere di controllo nel mercato unico. Norme armonizzate in settori quali i media audiovisivi e il diritto d'autore sostengono la diversità culturale e il pluralismo dei media nel contesto digitale. Con il regolamento sulla governance dei dati, già adottato, e la normativa sui dati, in fase avanzata di negoziazione, l'UE sta costruendo un autentico *mercato unico dei dati*, offrendo opportunità a tutti gli operatori economici e facendo dell'Europa un leader mondiale nell'economia agile basata sui dati. Stiamo inoltre creando un mercato unico della *cybersicurezza*, che comprende i requisiti di cybersicurezza per qualsiasi prodotto connesso, sia software che hardware.

L'UE ha sviluppato strumenti digitali per rendere più agevole il funzionamento del mercato unico. Durante la pandemia la Commissione ha rapidamente predisposto un *certificato COVID digitale* per agevolare la libera circolazione, consentendo ai cittadini dell'UE e ai residenti nell'Unione di fornire facilmente la prova digitale di essere stati vaccinati contro la COVID-19, di aver ricevuto un risultato negativo al test del coronavirus o di essere guariti.

Gli strumenti digitali *riducono gli oneri amministrativi e creano trasparenza* per i cittadini e le imprese. Se desiderano saperne di più su diritti e opportunità, possono rivolgersi al portale *Your Europe*, uno sportello unico di informazione. Coloro che hanno bisogno di consulenza in caso di problemi relativi al mercato unico possono avvalersi di *La tua Europa - Consulenza* e della *rete per la soluzione dei problemi nel mercato interno SOLVIT*, che aiuta le imprese o le persone interessate da violazioni del diritto dell'UE a risolvere le controversie e a ottenere un risarcimento extragiudiziale, consentendo loro di superare gli ostacoli che incontrano. Per migliorare il contesto imprenditoriale, SOLVIT si adopererà per aiutare le piccole e medie imprese (PMI) a sfruttare al meglio le opportunità offerte dal mercato unico. Il *sistema di informazione del mercato interno (IMI)*⁸, che collega migliaia di amministrazioni pubbliche, facilita gli scambi amministrativi transfrontalieri tra queste e risolve i problemi che si presentano. Nel corso degli anni il sistema è cresciuto in modo costante fino ad arrivare oggi a coprire 19 settori d'intervento⁹. Nel complesso ciò crea un vero e proprio "back-office del mercato unico", a vantaggio delle imprese e delle amministrazioni.

Il *sistema tecnico una tantum (OOTS, once-only technical system)* garantirà che, una volta che un'impresa o un cittadino abbia presentato un documento a una pubblica amministrazione, tale documento possa essere trasferito in modo sicuro

⁸ Sistema di informazione del mercato interno https://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/index_it.htm.

⁹ Quadro di valutazione del mercato unico 2022, prestazione complessiva dell'IMI.

ad altre amministrazioni pubbliche, in modo che l'impresa o la persona interessate possano espletare altre procedure senza doverlo ripresentare. Tutti questi strumenti sono accessibili attraverso lo *sportello digitale unico* dell'UE. Inoltre il *portafoglio europeo di identità digitale*¹⁰ fornirà ai cittadini e alle imprese documenti standardizzati che questi potranno utilizzare in modo sicuro per identificarsi e certificare informazioni fondamentali che li riguardano in tutta l'UE, ad esempio diplomi che attestano qualifiche professionali o documenti relativi all'assistenza sanitaria e alla sicurezza sociale. Inoltre, per perseguire le ambizioni del decennio digitale europeo¹¹, l'UE mira a rendere accessibili online tutti i principali servizi pubblici entro il 2030.

2.2 *Imprimere slancio all'economia (Omissis)*

2.3 *Rafforzare la resistenza alle crisi e la resilienza (Omissis)*

2.4 *Il mercato unico come fattore di attrazione e risorsa geopolitica sulla scena mondiale (Omissis)*

3. Percorso per il futuro: verso un'ulteriore integrazione del mercato unico (Omissis)

3.1 *Applicare le norme del mercato unico ed eliminare gli ostacoli a livello degli Stati membri (Omissis)*

3.2 *Continuare a promuovere le dimensioni verde e digitale del mercato unico (Omissis)*

4. Conclusioni

Il mercato unico ha apportato benefici ai cittadini, alle imprese e all'UE nel suo complesso in termini economici, sociali e geopolitici. Sebbene tali vantaggi siano incontestabili, occorre portare avanti gli sforzi comuni per *cercare e trovare soluzioni* al fine di sfruttare ulteriormente il potenziale ancora inutilizzato del mercato unico. Il mercato unico dovrà altresì continuare ad *adattarsi alle nuove realtà* del contesto geopolitico, agli sviluppi tecnologici, alle transizioni verde e digitale e alla necessità di rafforzare la competitività e la produttività a lungo termine dell'UE.

Trent'anni fa la creazione del mercato unico è stata il frutto di uno sforzo comune. *Guardando al futuro*, dobbiamo continuare a massimizzare i benefici del mercato unico nel contesto di queste nuove realtà. In primo luogo, è necessario concentrarsi nuovamente sull'eliminazione degli ostacoli nei settori più rilevanti per l'intera economia, quali i servizi, i mercati dei capitali, i mercati del-

¹⁰ Per maggiori informazioni, cfr. identità digitale europea (europa.eu).

¹¹ Per maggiori informazioni, cfr. la decisione del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il programma strategico per il decennio digitale 2030 "Percorso per il decennio digitale".

l'energia, i mercati digitali e dei dati. In secondo luogo, le attività di applicazione devono concentrarsi sui settori che presentano il massimo potenziale non sfruttato, quali i servizi alle imprese, il commercio al dettaglio, l'edilizia e il turismo. In terzo luogo, sono necessari chiari parametri di riferimento per affrontare i deficit relativi al recepimento e all'attuazione delle norme dell'UE, alla riduzione degli ostacoli amministrativi e al miglioramento del contesto imprenditoriale.

La Commissione monitorerà i progressi sulla base del quadro di valutazione del mercato unico e di altre fonti pertinenti relative all'applicazione e al contesto imprenditoriale, nonché i progressi compiuti nell'ambito della rete SOLVIT e di strumenti di cooperazione come la SMET.

Sulla base di quanto descritto, la relazione della Commissione sui progressi compiuti nell'*applicazione e nell'attuazione delle norme del mercato unico* e sull'*eliminazione degli ostacoli al mercato unico* servirà come punto di partenza per le *discussioni in sede di Consiglio e di Consiglio europeo*. I capi di Stato e di governo sono invitati a discutere ogni anno i rispettivi sviluppi realizzati nel contesto del Consiglio europeo di primavera.

Tutto ciò richiederà *uno sforzo comune a tutti gli attori* – il Parlamento europeo, gli Stati membri, la Commissione, nonché le imprese, le PMI e le organizzazioni della società civile – ciascuno dei quali contribuirà secondo le proprie competenze.

La Commissione invita i leader, i governi, i legislatori e le parti sociali a vedere la celebrazione del mercato unico di quest'anno come *un'opportunità per raddoppiare gli sforzi per far sì che il mercato unico continui a produrre risultati, e a produrne ancora di migliori*, per i cittadini e le imprese. Occorre infine continuare a riflettere su come far avanzare il mercato unico anche nei prossimi 30 anni.

IL MERCATO INTERNO DEI SERVIZI 1993-2023: 30 ANNI DI EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE E LEGISLATIVA*

Sommario: 1. *Introduzione* - 2. *L'evoluzione giurisprudenziale* - 3. *L'evoluzione legislativa* - 4. *Conclusioni*.

1. Introduzione

Il 2023 segna i trent'anni dalla fatidica scadenza del gennaio 1993 per la realizzazione del Mercato interno. Nell'ambito di questo obiettivo (tuttora perseguito) di uno spazio senza frontiere interne, in cui è assicurata la libera circolazione di merci, capitali, persone e servizi, quest'ultima, la libera circolazione dei servizi (nella quale si suole e si vuole qui ricomprendere anche la libertà di stabilimento), occupa la quarta e ultima posizione.

Non a caso! All'epoca del Trattato di Roma essa rappresentava una libertà "residuale". E la dicitura dell'allora art. 60 lo conferma: «(...) sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone».

A conferma del ruolo all'epoca piuttosto marginale di questa libertà, è utile riprendere in mano oggi (non senza una certa emozione) il Libro Bianco della Commissione del 1985, che ha poi dato origine all'Atto unico europeo del Consiglio europeo del 1986. La lettura colpisce, non solo per-

* Le opinioni espresse dall'Autore non riflettono necessariamente la posizione della Commissione europea.

Questo scritto costituisce una rielaborazione ed un arricchimento della relazione dal titolo «30 anni di Mercato interno dei Servizi», svolta dall'A. in occasione del convegno «1993-2023: i trent'anni del Mercato Interno. Profili istituzionali e fiscali», organizzato dall'Università degli Studi di Napoli Federico II, Dipartimento di Giurisprudenza, in data 8 maggio 2023.

ché l'attenzione dell'epoca era focalizzata sulle frontiere fisiche, tecniche e fiscali alle merci, cui è dedicata la quasi totalità delle trentaquattro pagine, laddove ai servizi ne vengono riservate solo un paio. Ma anche perché alcuni passaggi sull'economia dei servizi attestano un'attenzione e una coscienza dell'importanza del terziario ancora agli albori. Un paio di eloquenti citazioni (par. 95-99)¹ ne danno l'idea:

«Gli scambi di servizi sono, per un'economia, altrettanto importanti degli scambi di merci. La diversità delle attività classificabili come "servizi" e il fatto che i prestatori di servizi sembrano non rendersi conto dei loro interessi comuni nel settore sono due dei motivi per cui l'importanza e il ruolo dei servizi sono stati per tanto tempo sottovalutati.

Un altro motivo risiede nel fatto che in passato molti servizi erano forniti dall'industria stessa, mentre esiste ora la tendenza a costituire società specializzate o perlomeno unità specializzate nelle attività di servizio. Ad onta del combinato disposto degli articoli 59 e 62 del Trattato, i progressi fatti nel campo della libera prestazione dei servizi al di là delle frontiere interne sono stati molto più lenti di quelli realizzati nella libera circolazione delle merci. Questa situazione è particolarmente deplorabile, dato che negli ultimi anni la specializzazione e il rapido sviluppo di nuovi tipi di servizi hanno ampiamente dimostrato il potenziale di sviluppo economico e di creazione di posti di lavoro offerto dal settore dei servizi nel suo complesso».

Certo, seppur solo vagamente, il potenziale imprescindibile del terziario era già all'epoca colto. Ma non fino al punto di predire la nostra attuale società dei servizi, in cui questi ultimi dominano la scena. Dal 1985, in effetti, l'ascesa del settore dei servizi in seno alla nostra economia europea è stata prorompente e costante: nel 1970 i servizi rappresentavano il 45% del PIL della CEE. Nel 1982 il loro valore si attestava al 57%. Oggi essi ricoprono il 70% dell'economia e il 73% dell'occupazione.

In ambito politico-istituzionale sono costanti e numerosi i richiami del Consiglio europeo, nelle dichiarazioni conclusive delle riunioni degli ultimi venti anni, alla necessità di imprimere una forte accelerazione e di introdurre riforme nei servizi.

A titolo di rapido richiamo sul piano giuridico, la libera circolazione dei servizi contempla l'accesso ad attività economiche nonché l'esercizio delle medesime in modo autonomo, senza vincolo di subordinazione, nonché la costituzione e gestione di imprese. In realtà si tratta di una libertà

¹ COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Il completamento del Mercato interno, Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo, Milano, 28-29 giugno 1985, Com(85)310 def., 14 giugno 1985.

che ne contiene nel proprio seno due: la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi.

La libertà di stabilimento comporta la partecipazione in maniera stabile e continuativa alla vita dello Stato membro locale, attraverso l'esercizio effettivo di un'attività economica autonoma per una durata di tempo indeterminata tramite insediamento in pianta stabile (formula introdotta dalla sentenza *Factortame*²). Lo stabilimento, peraltro, può assumere due modalità: lo stabilimento primario, che implica l'insediamento del centro di interessi, della sede principale o dell'amministrazione centrale nello Stato membro di predilezione; lo stabilimento secondario, attraverso l'apertura di succursali, agenzie, filiali o comunque un ufficio in un altro Paese dell'Unione; in altri termini, sussiste il diritto a una molteplicità di centri nazionali di attività (sentenza *Klopp*).

La libera prestazione dei servizi comporta, invece, l'esercizio di attività economiche a livello transfrontaliero, però a titolo non permanente ma temporaneo. Questo connotato della temporaneità non si riduce alla sola durata ma tiene conto di un fascio di criteri che include anche la frequenza, la continuità e la periodicità. Un avvocato può, ad esempio, seguire una causa per diversi anni a titolo della libera prestazione di servizi in uno Stato membro diverso da quello di stabilimento. La valutazione va quindi effettuata caso per caso e non in base a parametri prefissi, astratti ed automatici.

Nel tempo, la presenza di molteplici ostacoli allo svolgimento di attività economiche da uno Stato membro all'altro è stata oggetto di attenzione costante da parte della Commissione europea: già nel 1962 era stato adottato un Programma generale per l'eliminazione degli ostacoli alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi. Esattamente quaranta anni dopo, nel 2002, la Commissione ha adottato un rapporto sullo «Stato del Mercato interno dei servizi». E poi, più recentemente nel 2020, un «Piano d'azione» per una migliore attuazione delle norme del Mercato interno, con particolare accento sui servizi³. Questo perché la realtà economico-giuridica è stata costantemente e continua ad essere irta di ostacoli e impedimenti, che peraltro spesso rinascono dalle proprie ceneri e si autorigenerano ripetutamente, costringendo ad un'altrettale perpetua azione di contrasto sul piano europeo (e anche nazionale).

Nel contempo, il contributo della Corte di giustizia, con le sue sentenze fin dagli anni Settanta, è stato essenziale per sancire taluni pilastri in-

² Le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea citate nel presente contributo sono reperibili sul sito internet www.curia.europa.eu; la normativa europea sul sito internet www.eur-lex.europa.eu.

³ Com(2020)94 del 10 marzo 2022.

terpretativi di queste due libertà e per scardinare resistenze sotto varie forme, aprendo prospettive innovative, a volte giuridicamente clamorose.

È interessante ripercorrere i due binari, da un lato, dell'evoluzione giurisprudenziale e, dall'altro, dell'evoluzione legislativa promossa dalla Commissione, che hanno segnato il cammino della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei servizi non solo, peraltro, negli ultimi trent'anni ma in più di mezzo secolo di storia del diritto euro-unitario.

2. L'evoluzione giurisprudenziale

Rivolgendo lo sguardo al passato, anche in modo sommario, colpisce quanto la Corte abbia svolto un ruolo essenziale nel progresso giuridico della libertà. Ecco qui appresso, alcuni contrafforti dell'evoluzione giurisprudenziale euro-unitaria.

- Anzitutto, come punto di partenza, il principio dell'applicazione diretta e incondizionata: con le sentenze *Reyners* per lo stabilimento e *van Birsbergen* per i servizi, entrambe del 1974; nei confronti non solo di leggi nazionali ma anche di atti amministrativi (sentenza *Ciola*). La Corte ha, pure, precisato che si tratta di principi fondamentali, che conferiscono diritti da tutelare.

- In secondo luogo, il più che vasto ambito di applicazione: la nozione di «prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione» contenuta nel Trattato (art. 57), copre le attività svolte dietro corrispettivo economico, anche in natura (sentenza *Steymann*), senza fini di lucro o non pagate dal beneficiario, includendo quindi anche i servizi gratuiti; la nozione copre finanche una prestazione aleatoria (come il gioco d'azzardo, sentenza *Schindler*) o vietata (sentenza *Malgorzata*). Un ambito, quindi, che si estende ben oltre le quattro categorie enunciate, a titolo meramente esemplificativo, all'art. 57: industriali, commerciali, artigiani e libere professioni.

- In sostanza costituisce un «servizio» qualsiasi prestazione mediante la quale un soggetto partecipa alla vita economica, indipendentemente dalla natura del soggetto (pubblico o privato), dalle finalità (con o senza fini di lucro) e dal campo di azione (economico, sociale, culturale).

- Un altro aspetto relativo a queste libertà sul quale la Corte ha dato prova di interpretazione clamorosamente estensiva è quello relativo ai soggetti che ne beneficiano, cioè non solo

- i prestatori: *A.* persone fisiche con cittadinanza di uno Stato membro e *B.* società *a.* costituite secondo la legislazione di uno Stato membro e *b.* aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale nell'UE ma anche

- i destinatari (fin dalla sentenza *Luisi e Carbone* del 1984): ad esempio, coloro che frequentano corsi di formazione all'estero, visitano musei e più in generale i turisti, o ancora chi beneficia di cure mediche all'estero o gli utenti che ricevono servizi televisivi oltre frontiere (via satellite).

Sono esclusi, insomma, dalla qualifica di beneficiari secondo il Trattato (ma non secondo il diritto secondario) le sole persone fisiche e società di Stati terzi nonché le succursali di società di Stati terzi.

- In base a queste indicazioni, la giurisprudenza ha trascorso vistosamente la lettera del Trattato, statuendo che la libera circolazione dei servizi non si limita ad applicarsi solo alla situazione (l'unica prevista all'art. 56 TFUE) nella quale prestatore e destinatario si trovino in due Stati membri diversi, ma può seguire ben quattro modalità distinte tra loro:

- la dislocazione fisica del solo prestatore (per esempio un avvocato o idraulico) da uno Stato membro ad un altro;
- lo spostamento transfrontaliero congiunto di prestatore e destinatario (per esempio la guida turistica che accompagna un gruppo di visitatori);
- la dislocazione oltre frontiera del solo destinatario (uno studente, un turista, un paziente, ecc.);
- la trasmissione al di là dei confini nazionali della sola prestazione a distanza senza spostamento fisico di alcuna delle due parti (un servizio *online* o i programmi televisivi).

Questo significa, in sostanza, che, piuttosto che parlare di libera «prestazione» dei servizi (dizione del Trattato stesso e legata al soggetto fornitore), occorre utilizzare la nozione di libera «circolazione» dei servizi (riferita all'oggetto dello scambio). È quanto la Corte fa precisamente nella sentenza *Tassa turistica in Sardegna*.

Un altro elemento fortemente innovativo introdotto dalla giurisprudenza della Corte rispetto alla lettera del Trattato verte sui soggetti passivi delle libertà in questione: non solo le autorità e gli organi pubblici (legislativi, giurisdizionali, amministrativi) di uno Stato, beninteso a livello centrale o periferico (regionale, provinciale, comunale); ma anche organismi collettivi (a partire dalla sentenza *Walrave* del 1974, v. pure la famosa sentenza *Bosman*). La Corte, ispirandosi all'idea di effetto utile e alla necessità di assicurare uniformità di applicazione del diritto tra gli Stati membri (che sono caratterizzati da tradizioni giuridiche diverse, per cui non solo entità pubbliche ma anche organizzazioni di tipo collettivo possono disciplinare l'accesso a determinate attività economiche, alcune particolarmente

te rilevanti sul piano economico e sociale), riconosce l'applicabilità della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (nonché della libera circolazione dei lavoratori) anche nei riguardi di organizzazioni sportive, professionali, sindacali. E la Corte si è spinta anche oltre, ben al di là del disposto del Trattato, riconoscendo in determinate circostanze l'applicabilità delle stesse libertà nei rapporti tra privati (cfr. sentenza *Angonese*).

Un'interpretazione dinamica ed estensiva coinvolge pure l'applicazione delle regole del Paese di destinazione, di cui all'art. 57, par. 3 TFUE. Non è una facoltà per lo Stato ma semplicemente una possibilità della quale si può avvalere (o meno) il prestatore. Questo perché, secondo la giurisprudenza, sono vietate non solo le discriminazioni ma anche le misure indistintamente applicabili, cioè atte oggettivamente a vietare, ostacolare e rendere meno attraenti (impedimenti, divieti, ostacoli, restrizioni, barriere, oneri, ecc.) l'operato economico, applicate da un Paese nei confronti di soggetti economici stabiliti sul territorio nazionale o provenienti da altri Stati membri. Peraltro, questo divieto tutela sia l'importazione che l'esportazione di servizi (sentenza *ITC*). Esemplicativamente, la lista delle misure contrarie al Trattato è lunghissima e qui appresso se ne riportano solo alcune (senza idea di esaustività). Sono vietati:

- l'obbligo (sentenza su *Agenzie di lavoro interinale*) o, al contrario, il divieto di stabilimento (sentenza *Gebhard*) per i servizi, nonché l'obbligo di domicilio o di residenza nello Stato locale (sentenza *Agenti dei brevetti*);
- l'assimilazione del regime applicabile alla libera prestazione dei servizi a quello afferente alla libertà di stabilimento (sentenza *Corsten*); in tal caso la prima sarebbe svuotata di ogni significato, in quanto l'esercizio della libera prestazione dei servizi presuppone per definizione proprio il diritto di svolgerla senza insediamento nello Stato di fornitura;
- l'obbligo di autorizzazione o di iscrizione (*ex ante* o *ex post*) in un registro nazionale o locale;
- il test economico, cioè l'onere di dimostrare una necessità economica, una domanda del mercato o l'impatto sul mercato esistente, o ancora la conformità con obiettivi di programmazione economica fissati dalle autorità (sentenze *Fiere* e *Collocamento artisti*);
- requisiti di capitale sociale minimo, di regime contrattuale tra le parti, di garanzia finanziaria nazionale, di documenti speciali, di un numero minimo di dipendenti, di reciprocità tra le regole dello Stato di destinazione e quello di origine;
- l'esistenza di procedure amministrative che non siano facilmente accessibili, rapide, da avviare a costi ragionevoli, o anche di decisioni non

motivate e non soggette a ricorso giurisdizionale, o ancora di sanzioni discriminatorie o eccessive;

- di restrizioni su beni utili o strumenti necessari allo svolgimento dell'attività economica, che impediscano ad esempio ad un operatore di acquisire (a sua scelta) un immobile o a un utente di installare un'antenna parabolica per la ricezione di servizi televisivi via satellite.

Ovviamente le prescrizioni e i divieti testé rapidamente evocati non si configurano come assoluti, ma sono soggetti a determinate eccezioni, da interpretare e in effetti interpretate in maniera molto restrittiva dalla Corte. In tal senso, occorre distinguere le misure discriminatorie da quelle indistintamente applicabili.

Le discriminazioni sono giustificabili solo in base alle seguenti disposizioni:

- l'art. 51 TFUE, sulla partecipazione seppur occasionale ma diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri, da intendersi comunque non nei confronti di una professione nella sua totalità (quale il notaio), ma rispetto a mansioni specifiche della stessa. La giurisprudenza ha chiarito che non ricadono in questa disposizione del Trattato le attività di sicurezza privata, di difesa legale o di perito;

- l'art. 52 TFUE, circa la possibilità che motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica possano giustificare discriminazioni in base alla nazionalità, alla residenza o allo stabilimento. Determinati provvedimenti di questa natura potranno essere comminati nei confronti di un soggetto il cui comportamento personale costituisce minaccia reale, attuale e sufficientemente grave, tale da pregiudicare un interesse fondamentale della società, nel rispetto, ad ogni modo, del principio di proporzionalità. Non sarebbe ammissibile, in tal senso, il divieto generale di disporre di un unico studio medico sul territorio dell'UE;

- l'art. 106 TFUE, in base al quale le imprese dotate di diritti speciali ed esclusivi nonché quelle incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale (soggette a vincoli di servizio che rispondano a criteri di universalità, continuità, di interesse generale, regolamentazione e sorveglianza pubbliche) possono, per definizione, penalizzare, entro certi limiti, gli altri operatori;

- le misure fiscali, che meritano un discorso a parte, nella misura in cui possono giustificare delle discriminazioni indirette (per esempio, in base alla residenza), in nome della coerenza del sistema fiscale o dell'efficacia dei controlli fiscali (sentenza *Bachmann*). Cionondimeno la Corte ha contenuto tale deroga precisando che la coerenza deve essere valutata per il singolo contribuente considerando la relazione tra la deducibilità di un vantaggio e l'imposizione fiscale (sentenza *Musei*).

Quanto, invece, alle restrizioni indistintamente applicabili (cioè non discriminatorie) esse possono essere giustificate anche da motivi imperativi d'interesse generale non previsti espressamente dal Trattato. Si tratta di un contemperamento operato dalla Corte: da un lato, la sua giurisprudenza ha introdotto il divieto, oltre la lettera del Trattato, anche degli ostacoli non discriminatori; dall'altro, ha previsto, nei confronti di questo divieto pro-libertà, taluni limiti anch'essi non previsti dal Trattato ma rispondenti a obiettivi fondamentali per la società. Ovviamente, detto in estrema sintesi, non basta invocare tali motivi per ammettere una norma restrittiva nazionale; occorre che la stessa norma risponda ai criteri di necessità (cioè sia giustificata dalle ragioni evocate qui appresso) e di proporzionalità (cioè di idoneità a perseguire la finalità e di non eccessività). Esempio tipico: a un regime di autorizzazione *ex ante* va preferito un sistema di controlli *ex post* se possibile, o di notifica, dai costi contenuti, in base ad una procedura trasparente, obiettiva ed agile, evitando lungaggini burocratiche, sanzioni eccessive o duplicazioni di adempimenti.

A titolo (di nuovo) esemplificativo, ecco una lista di alcuni motivi imperiosi di interesse generale:

- la tutela di consumatori, destinatari, lavoratori;
- il corretto funzionamento del sistema giudiziario nonché delle regole di qualificazione professionale e di deontologia;
- la proprietà intellettuale;
- la politica culturale, il pluralismo, la tutela del patrimonio storico e artistico;
- la politica sociale e di sicurezza sociale;
- la necessità di evitare l'aggiramento fraudolento di norme.

La Corte ammette ovviamente l'esistenza di diversità nazionali, che possono condurre all'esistenza di un sistema in Europa di regole più o meno vincolanti a seconda delle caratteristiche e delle tradizioni culturali proprie ad ogni Paese. Al contempo, la Corte si premura di evitare derive che possano soffocare le libertà fondamentali. Per cui respinge categoricamente l'invocazione di ragioni economiche, amministrative e volta a garantire un determinato livello di introiti fiscali, imponendo l'esigenza di una coerenza sistematica (sentenze *Dermoestetica* e in materia di giochi di azzardo).

È importante ricordare che una considerazione particolare meritano gli ambiti armonizzati in cui esistono talune clausole derogatorie, che inquadrano la possibilità di una eccezione nazionale e che comunque vanno interpretate pure in senso restrittivo.

Infine, la giurisprudenza lascia evidentemente impregiudicato il rispetto di libertà e diritti fondamentali che formano parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'UE (sentenza *ERT*).

3. L'evoluzione legislativa

Per intendere i progressi compiuti dai servizi nell'ordinamento giuridico ed economico dell'Unione è ovviamente necessario richiamare, oltre le appena accennate pietre miliari della giurisprudenza, anche l'evoluzione legislativa euro-unitaria.

A voler, di nuovo, semplificare, si potrebbe parlare di tre grandi categorie di strumenti di armonizzazione utilizzati nei decenni da Bruxelles:

- anzitutto, la disciplina settoriale in ambiti economici tradizionali ed omogenei, menzionati anche all'art. 58 quali le telecomunicazioni, i servizi finanziari (banche, investimenti, assicurazioni, ecc.), i servizi postali, l'energia e il gas (quanto a produzione, trasporto, distribuzione ed erogazione), i trasporti (in tutte le modalità: terrestre, navale, aereo, ferroviario), la televisione senza frontiere;

- poi, le normative di tipo tematico (su aspetti quali il riconoscimento delle qualifiche professionali⁴, con sistemi di equipollenza automatica o meno, o la firma elettronica);

- infine, con la svolta di fine anni Novanta del secolo scorso e il nuovo millennio, la tendenziale rinuncia a meccanismi di armonizzazione, a favore di strumenti asettoriali, orientati a fornire regole procedurali (amministrative) e principi (giuridici) di base, tra cui l'aspirazione al principio del Paese d'origine e al mutuo riconoscimento quanto più possibile automatico, a vocazione trasversale, da applicarsi a tutti i settori (salvo esplicithe eccezioni). Il richiamo, in tale contesto, va

- alla direttiva sulla trasparenza normativa *ex-ante* in materia di servizi *online* (direttiva n. 98/48);

- alla direttiva sul commercio elettronico (n. 2000/31), che prevede in termini chiari ed univoci il (secondo alcuni famigerato) principio del Paese d'origine, per cui un operatore legittimamente stabilito in uno Stato membro deve poter liberamente (cioè senza impedimenti) operare in qualsiasi altro Paese dell'Unione;

- alla famosa direttiva servizi (n. 2006/123), o Bolkestein, dal nome del Commissario responsabile che la propose nel 2004 sotto la Commissione Prodi.

Tralasciando qui le pur interessanti polemiche che hanno accompagnato quest'ultimo testo fin dagli albori e che ancora oggi l'avvolgono, si tratta di una direttiva che, per quanto decurtata rispetto alle ancora più

⁴ Parliamo di una galassia composta da 5.500 professioni in tutta l'Unione. La media del numero di professioni per Stato membro è di 200, con numeri che oscillano tra un minimo di 76 (in Lituania) e un massimo di 543 (in Ungheria). Le professioni rappresentano quasi il 10% del PIL dell'UE nonché, con quasi 50 milioni di occupati, il 22% della forza lavoro.

estese ambizioni iniziali, riveste un alto profilo giuridico e cela un potenziale ancora solo in parte recepito (e, peraltro, talora scoperto solo dopo la sua entrata in vigore, come dimostra l'annosa vicenda delle concessioni balneari, sorta a distanza di anni dopo il 2006).

Soprattutto, si tratta di un testo normativo che ha segnato un autentico spartiacque storico sul piano dell'integrazione del Mercato interno dei servizi e, probabilmente, più in generale istituzionale.

Anzitutto, i servizi sono assurti all'attenzione generale come mai prima di allora (lo dimostrano le manifestazioni di piazza con 80.000 manifestanti in piazza a Bruxelles nel maggio 2005) e in modo irreversibile. Anche a costo di essere vittima di una certa qual facile radicalizzazione ideologica. Per usare un'immagine dell'epoca: ci si è concentrati essenzialmente sulla (tanto paventata quanto infondata) idea dell'invasione di idraulici polacchi, senza pensare che forse andavamo verso una situazione (quale quella attuale) di carenza di tecnici in grado di riparare le tubature di casa ...

In un'ottica storica, alcune caratteristiche di questo testo "unico" (sia perché consolidato sia perché ... irripetibile) hanno determinato il successo e i dolori della direttiva. Qui di seguito alcuni suoi connotati principali:

- la direttiva servizi ha segnato la svolta del passaggio da un approccio legislativo settoriale ad un'ottica orizzontale, volta a scuotere e dinamizzare nel suo insieme l'economia del terziario, ormai non solo prevalente ma dominante nel presente e ancora di più nei decenni a venire (come peraltro testimoniato anche da iniziative di riforma proprio dello stesso periodo, cioè nel primo decennio del secolo, cfr. le c.d. "lenzuolate" del Ministro Bersani dell'epoca). Un testo, quello della direttiva servizi, volto ad applicarsi a tutti gli ambiti salvo eccezioni esplicite (con un approccio *opt-out*, e non *opt-in*: poche lettere che furono oggetto di animate contese durante il negoziato dell'epoca e che celavano un abisso di differenza di ambizione);

- una legislazione, peraltro, non di liberalizzazione come spesso si è detto erroneamente ma di riforma, coordinamento e ravvicinamento delle discipline nazionali. Una direttiva-quadro, per intenderci; non di profonda armonizzazione;

- un Testo unico di codifica giurisprudenziale, con evidenti spunti ulteriori di valore giuridico aggiunto, quale il principio del divieto dell'autorizzazione preventiva all'esercizio della libera prestazione dei servizi sul piano transfrontaliero.

Come accennato, per quanto travolta da furiose dispute ideologiche e discussioni politiche ai più alti livelli istituzionali, che hanno determinato un forte ridimensionamento delle sue ambizioni, la strada tracciata dalla

direttiva servizi ha comunque trovato ulteriori sbocchi di estrema rilevanza, sia attraverso nuove iniziative politiche sia attraverso una presa di coscienza e una graduale attuazione delle sue dirompenti implicazioni in termini di riforme di alcuni ambiti di elevata rilevanza socio-economica.

In tal senso, c'è stata anzitutto una sottovalutazione della portata profondamente innovativa della direttiva circa il rafforzamento dei diritti degli utenti nel Mercato interno. Obnubilati dalle polemiche contro il principio del Paese di origine, le potenzialità immense della direttiva servizi in materia di diritti dei clienti, dei destinatari di servizi sono emerse, vincenti, solo in un secondo momento.

La direttiva servizi ha, per esempio, statuito il principio di non-discriminazione degli utenti non solo da parte delle autorità pubbliche ma anche dalle imprese private nelle condizioni offerte al pubblico: una previsione pionieristica nei rapporti orizzontali tra soggetti. Ma, in più, è stata la madre di altri testi normativi UE che, negli anni successivi, hanno sancito in Europa, per esempio, i diritti dei pazienti (destinatari di servizi, direttiva n. 2011/24), la non-discriminazione dei consumatori nelle singole transazioni (direttiva *Geoblocking* n. 2018/302) e, infine, la direttiva n. 2016/801 sui diritti degli utenti di Paesi terzi. Tutte queste sono direttive-figlie della direttiva-madre sui servizi!

Altre scaturigini di quest'ultima sono da ravvisarsi in meccanismi amministrativi (IMI - *Internal Market Information system*, lo sportello unico, le procedure elettroniche) messi in opera o realizzati dopo il 2009, o più indirettamente nella direttiva n. 2018/958 sul *test* di proporzionalità nelle professioni, che segue lo stesso approccio della direttiva-servizi tramite la codificazione in un testo normativo dei principi giurisprudenziali. In tono semiserio si potrebbe dire che la direttiva-servizi, oltre che madre dei testi normativi appena citati, è pure sorella della direttiva sulle qualifiche professionali e quindi direttiva-zia della direttiva sul *test* di professionalità. Una famiglia che ha cominciato seriamente ad espandersi negli ultimi vent'anni!

4. Conclusioni

Volendo tracciare un bilancio globale della libera circolazione dei servizi (e della libertà di stabilimento) degli ultimi trent'anni, l'impressione che ne emerge è quella di una situazione con luci e ombre, certamente in costante evoluzione.

Soprattutto l'ultima metà di questo trentennio è stata caratterizzata da strappi e salti in avanti che ancora devono dispiegare gli effetti sperati.

D'altronde le cifre parlano chiaro: il tasso di circolazione nel Mercato interno, dal 1993 al 2023, è stato nettamente più elevato per merci e capitali rispetto a persone e servizi. In particolare, se per i servizi il livello di integrazione è raddoppiato dal 3 al 6% dal 1993, per le merci è passato dall'11 al 23% (si tenga comunque presente che il 38% della domanda nell'industria manifatturiera deriva dai servizi). Il 60% delle barriere nei servizi segnalata nel 2000 persistono venti anni dopo, a causa soprattutto di ragioni quali: la scarsità d'informazione circa le regole applicabili, le complessità procedurali, i requisiti da soddisfare, le norme sul distacco dei lavoratori, la fiscalità.

Al contempo, a fronte di comparti del terziario a bassa mobilità (costruzione, distribuzione, *business services*, turismo), altri settori palesano una più alta fluidità transnazionale (pubblicità, *information technology*, trasporti) soprattutto grazie a due fattori: la natura digitale e il livello meno invasivo della regolamentazione.

Altro settore che ha marcato progressi notevoli è quello della mobilità e del riconoscimento delle professioni: in media, nell'UE, il 93% del totale delle richieste sono accolte con misure compensative e il 36% senza (per quanto l'Italia si attesti su livelli molto inferiori: 81% e 11% rispettivamente)⁵. Il 40% riguarda le professioni della salute. I tre Paesi di destinazione UE privilegiati sono Germania, Francia e Italia (non a caso, considerando le rispettive popolazioni). Mentre quelli di principale provenienza sono Romania, Spagna e Italia. In totale, circa 800.000 professionisti si sono stabiliti in un altro Stato membro dal 1997 (in tutto 17 milioni di europei vivono in un altro Paese UE) mentre i posti di lavoro generati da scambi transfrontalieri sono aumentati da 5,5 a 11 milioni nel periodo 2000-2014.

Insomma, nonostante gli ostacoli e i ritardi che sussistono, i segnali incoraggianti non mancano. Uno stimolo ancora più forte dovrebbe scaturire dalla posta in palio per la realizzazione del Mercato interno: il monte-premi potenziale che scaturirebbe dalla eliminazione degli ostacoli al flusso intra-EU di servizi ammonterebbe, secondo uno studio, ad una cifra compresa tra i 280 e i 450 (circa) miliardi di euro all'anno⁶; laddove un'altra stima, ancora più ampia, assegnerebbe alla rimozione delle attuali barriere alla libera circolazione delle merci e dei servizi un valore aggiunto di 713 miliardi di euro all'anno da qui alla fine del 2029⁷. Soprattutto, i ser-

⁵ Single Market Scoreboard, Professional Qualifications 2015/2017, https://single-market-scoreboard.ec.europa.eu/professional-qualifications_en.

⁶ *Completing the single market for services*, European Parliamentary Research Service (2022).

⁷ *Mapping the Cost of Non-Europe 2019-2024*, Study of the European Parliament Research Service, 2019.

vizi, che rappresentano il 70% del PIL e il 73% dell'occupazione totale all'interno dell'UE, restano la leva dominante per la crescita e la creazione di nuovo impiego: tra il 2000 e il 2014, il numero di posti di lavoro derivanti dai servizi transfrontalieri è pressoché raddoppiato da 5,6 a 10,9 milioni⁸!

Dopo l'applicazione dei regolamenti sul *Digital Market Act* nel maggio 2023 e sul *Digital Services Act* nel febbraio 2024, che hanno ridefinito alcuni aspetti del quadro normativo relativo ai servizi digitali, soprattutto in tema di contenuti illeciti e di accesso, è difficile attendersi un altro *big bang* sui servizi come ad inizio secolo con le due direttive sorelle sulle professioni e sui servizi. Per ragioni prettamente politiche, considerate le diverse sensibilità nazionali nei confronti di ulteriori massicce aperture sui servizi⁹, si dovranno e potranno nutrire ambizioni pragmatiche e contenute: niente più rivoluzioni ma piccoli passi avanti, anche di procedura oltre che di merito. Ad esempio, puntando su: una crescente efficienza dei punti di contatto unici previsti dalle direttive "professioni" e "servizi"; una sempre maggiore diffusione del meccanismo di dialogo tra amministrazioni grazie all'IMI; un miglior uso dei sistemi di notifica attuali previsti dalla direttiva Trasparenza in materia di servizi *online* e della direttiva servizi (art. 15) su alcuni requisiti (*numerus clausus*, tariffe, ecc.) in materia di stabilimento; l'estensione del *test* di proporzionalità oltre le professioni.

I due assi dell'evoluzione giurisprudenziale e di quella legislativa proseguiranno il loro cammino, oltre lo schema un po' riduttivo della distinzione (ormai superata) tra armonizzazione negativa operata dalla giurisprudenza e armonizzazione positiva svolta da direttive e regolamenti. Come visto nella prima parte di questo contributo, infatti, la giurisprudenza della Corte non si è limitata a vietare agli Stati membri di adottare o mantenere determinate norme e provvedimenti ma è stata creativa. Di converso, il legislatore con la direttiva sulle qualifiche professionali o soprattutto con la direttiva servizi, facendo propri molti dettami della giurisprudenza della Corte, ha codificato il divieto di tutta una serie di requisiti

⁸ Dati provenienti dallo studio di Manuel Fritsch e Roman Bertenrath sui servizi transfrontalieri nel mercato interno «*Cross border services in the internal market: an important contribution to economic and social cohesion*», 2019, reperibile all'indirizzo internet <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/publications-other-work/publications/cross-border-services-internal-market-important-contribution-economic-and-social-cohesion>. Secondo alcune ricerche l'integrazione economica in Europa sarebbe più avanzata dal punto di vista normativo rispetto, ad esempio, agli Stati Uniti: Fonte: C. PARSON. e A. SMITH, «*The "completeness" of the EU Single Market in comparison to the United States*», 2022, Single Market Economy Papers, WP7, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea. Cfr. anche la sezione 2.4 sul modo in cui gli ostacoli non normativi nell'UE sono affrontati mediante la cooperazione amministrativa e gli strumenti digitali.

⁹ Basta pensare ai tentativi falliti delle due proposte del passaporto servizi e del sistema di notifica del 2015, a causa delle forti resistenze al Consiglio.

di ostacolo alla libera circolazione. Giurisprudenza e armonizzazione legislativa continueranno ad avanzare a braccetto, con la prima che probabilmente manterrà spesso il ruolo di battistrada; una ragione può ravvisarsi nella maggiore difficoltà relativa di avere un testo chiaramente prescrittivo al Consiglio e al Parlamento europeo, per le necessità di trovare un compromesso (e spesso una certa qual “ambiguità costruttiva” in un testo nel quale si possano riconoscere quasi tutti), rispetto al maggior potere discrezionale di cui dispongono i giudici di Lussemburgo.

Cionondimeno, malgrado le difficoltà, i progressi sono rilevanti. Al punto che si parla spesso del “*Brussels effect*”, della capacità, cioè, delle istituzioni dell’Unione non solo di essere un punto di riferimento all’interno dei Ventisette ma anche di esportare il proprio modello e i propri *standard* al di fuori, fornendo un parametro e una fonte di ispirazione a livello mondiale, in tema segnatamente di tutela dei consumatori, della salute e dell’ambiente. Con la duplice transizione verde e digitale, l’auspicio è che questo ruolo trainante si rafforzi, anche in materia di servizi.

I primi trent’anni del Mercato interno sono evocati da una comunicazione *ad hoc* adottata dalla Commissione il 16 marzo 2023¹⁰, la quale dedica un’attenzione particolare ai servizi, come un’area che necessita di ancora maggiori sforzi e integrazione per il futuro. In tale ottica, sono quattro i settori individuati come prioritari: costruzione, *business services*, grande distribuzione e turismo (non a caso evocati in precedenza come ambiti in *deficit* di integrazione transfrontaliera).

Ovviamente si tratta di una lista tutt’altro che esaustiva ma, scavando, ci si rende conto che proprio questi quattro settori celano una molteplicità di tipologie di barriere: inerenti alle professioni (v. le guide turistiche), permessi edilizi, autorizzazioni urbanistiche, *test* economici, i soggiorni di breve durata o le concessioni balneari. Un tema annoso (solo) in Italia, quest’ultimo, che coinvolge non mere considerazioni economiche a tutela della libera concorrenza su una superficie demaniale inalienabile, con ripercussioni rilevanti per un numero cospicuo e un’ampia varietà di operatori, sia presenti sul mercato sia desiderosi di farlo, ma anche altre tematiche di rilievo quali la buona gestione del patrimonio e del bilancio statale, la migliore e più agevole fruibilità delle coste per tutti gli utenti, compresi quelli a mobilità ridotta, per una più efficace e strategica gestione delle risorse naturali, del patrimonio costiero e degli obiettivi paesaggistici e ambientali.

In questa comunicazione di marzo 2023, un’idea innovativa è stata lanciata in modo diretto dalla Commissione per il futuro: quello della in-

¹⁰ Com(2023)162.

dividuaione (non necessariamente della creazione) di un Ufficio del Mercato Interno in ogni capitale europea dei Ventisette. Una struttura che personifichi in ogni Stato membro, ad un livello politico sufficientemente elevato, l'idea del Mercato interno. A differenza delle altre politiche europee, per le quali esiste un dicastero nazionale corrispondente (agricoltura, ambiente, industria, commercio, energia, ecc.) non esistono ministeri del Mercato interno. Un nuovo Ufficio, su cui potranno impegnarsi spiriti e menti di buona volontà che, ispirati dai Padri fondatori¹¹, in un'ottica di integrazione europea al passo con i tempi attraverso il partenariato tra Stati membri, saranno chiamati a far sentire la propria voce e ad impegnarsi in particolare proprio laddove esiste ancora un *gap* significativo da colmare: quello dei servizi appunto.

L'obiettivo dell'UE, secondo il preambolo del Trattato di Roma, è porre le fondamenta di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa e assicurare mediante un'azione comune il progresso economico e sociale eliminando le barriere che dividono l'Europa: questo altro non è che preservare e sviluppare il Mercato interno, il "mercato integrato più grande al mondo" che vale il 18% del PIL globale. Uno spazio integrato che, come hanno dimostrato le recenti crisi scaturite dal Covid e dalla guerra in Ucraina, non è solo un'area di "valore" economico ma anche di "valori" di civiltà!

Salvatore D'Acunto**

SINTESI

Il trentennale del mercato interno dei servizi è un'occasione non solo di celebrazione ma anche di bilanci per valutare le prospettive future. Concepita originariamente come residuale, la "circolazione dei servizi" rappresenta ormai la libertà principale per sviluppo economico e crescita occupazionale nella società attuale. I progressi realizzati sono scaturiti in questo periodo da due fattori principali: l'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia (la quale ha introdotto principi profondamente innovativi, anche per gli utenti) e l'attività legislativa non solo settoriale ma segnatamente orizzontale, soprattutto con le direttive sul riconoscimento delle professioni e sui servizi (c.d. "Bolkestein"). Malgrado i notevoli progressi, quello dei servizi resta il vero mercato interno ancora da realizzare, con un enorme ma incompiuto potenziale di crescita e di integrazione economica.

¹¹ Seguendo la visione e le parole di umiltà e sobrietà ma allo stesso tempo di determinazione e di azione di Robert Schuman: «*Nous devons agir et pour cela parler le moins possible*».

** Capo Unità - DG GROW / Commissione europea

ABSTRACT

The 30 years of the Internal Market for services are not only an occasion to celebrate but also to take stock of the results from the past and to evaluate prospects for the future. Originally conceived as a residual freedom, the “circulation of services” is nowadays crucial to ensure economic development and job creation in our society. Its remarkable progresses have stemmed from two main factors: the case law of the Court of Justice (which has introduced spectacularly innovative principles, also for users) and the legislative activity, not only in specific sectors but notably via horizontal instruments, such as the directive on professional qualifications and the services directive (so-called “Bolkestein”). In spite of all the achievements, the internal market of services still remains unfinished, with a tremendous potential of growth and an incomplete economic integration.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

LA NEBBIA (“LA FUMÄRA”) DELLA BASSA PARMENSE SPIEGA COME ACCUDISCE, DA VERA MADRE IL RE DEI SALUMI: IL *CULATELLO DI ZIBELLO**

Signora Nebbia, mi dicono che qui a Zibello...

Mi scusi se la interrompo, ma non sono la Nebbia di Zibello, come Lei a me si rivolge. Di nebbie ve ne sono cento, anzi mille, se non diecimila, perché ogni luogo ha la sua nebbia con la sua denominazione che cambia da stagione a stagione e da momento in momento. È come la neve della quale gli eschimesi conoscono dieci, venti e più varietà, ognuna con il suo nome. Diversa è la nebbia della montagna che si confonde con le nuvole, tanto che Giove si è trasformato in una nebbia, o nuvola, per sedurre la ninfa Io, come ha ben dipinto il grande Antonio Allegri più noto come il Correggio (1489-1534), dalla nebbia di pianura o di città. Io qui a Zibello sono la Fumära, e cambio di stagione in stagione e di mese in mese perché d'estate mi presento in un modo e d'inverno in un altro, cambiando dalla sera, alla notte e al mattino. Differente anche per spessore e da qui il modo

* Già pubblicato su *L'Industria delle Carni e dei Salumi*, gennaio 2024, n. 1, p. 23.

di dire *'Na fumära acsì fissa ch' la s' taja còl cortel* (Una nebbia così fitta che si può tagliare con un coltello) o *'Na fumära acsì fissa ch'a t' gh'è pól pozär incontra la biciclètta* (Una nebbia così fitta che le si può appoggiare contro la bicicletta). Diversa per aspetto, ma anche per aroma o profumo se emergo dal Grande Fiume Po o da un fosso, da un pioppeto o da un campo appena arato o già coperto di vegetazione, con differenze che si riflettono sul comportamento degli animali, sull'umore degli uomini e sui loro alimenti, come il Culatello sul quale posso favorire la maturazione o portare fermenti e favorirne la crescita che ne determinano la qualità.

Signora Fumära, mi scusi per la mia grave imprecisione, ma è proprio della sua caratteristica di portare a maturazione il Culatello di qualità, se non Supremo, che volevo interrogarla, del quale, in un certo senso, lei ne sarebbe la madre.

Come ne sarei? Io sono la madre del Culatello. Se il padre è il maiale, questo (come qualche altro padre) dopo averlo generato subito scompare. Sono io che nei primi, lunghi mesi nei quali il Culatello è ancora in fasce, avvolto nella vescica che gli ha lasciato il padre, gli resto accanto come un neonato che deve essere accudito e curato.

Sono io che nelle sere e notti nebbiose m'infiltro dalle finestre e finestrelle lasciate aperte nelle cantine nelle quali i Culatelli iniziano la loro maturazione, che li vengo a trovare e accarezzandoli e quasi baciandoli porto a loro la mia umidità carica di umori che favoriscono, se non addirittura determinano, lo sviluppo delle muffe così importanti per la loro qualità.

Abbia la compiacenza, Signora Fumära, di chiarirmi meglio quest'ultimo aspetto sulle muffe e sul suo ruolo nella qualità dei Culatelli.

Credo che a tutti sia noto il rapporto che vi è tra l'umidità di cui io sono costituita e lo sviluppo di muffe. Meno noto è che le infinite goccioline delle quali sono costituita non nascono a caso, ma ognuna di queste si forma su un minuscolo nucleo, e tra questi vi sono le spore dei funghi che intervengono a dare una particolare vita alla pelle che riveste il Culatello. Io Fumära con le mie goccioline trasporto un mondo antico di muffe e batteri che si sviluppano sui Culatelli, complesso sistema vivente che fa parte integrante della loro maturazione che si svolge durante la loro stagionatura e con tre funzioni. La prima e più importante è il rallentamento della degradazione delle proteine impedendo una putrefazione. La seconda garantisce l'equilibrio nell'umidità del Culatello, controllando la penetrazione dell'umidità esterna e l'uscita di quella interna. La terza funzione delle muffe è la produzione di molecole antibatteriche che proteggono il Culatello dai microrganismi pericolosi o in grado di alterare il processo di stagionatura.

Capisco quanto mi dice, ma sono un curioso che vorrebbe sapere da dove provengono le spore delle muffe che Lei trasporta o che Lei favorisce nello sviluppo dei Culatelli.

I funghi con le loro spore sono tra le prime forme di vita che compaiono sulla terra e sono diversi nei differenti territori, in un terreno appena arato o in attiva vegetazione, in un pioppeto o anche a destra o a sinistra di un fosso.

Diversità che io posso portare nelle cantine dove maturano i Culatelli. Altrettanto diverse sono le muffe che fin dai tempi più lontani si sono formate e mantenute nella cantina di ogni casa con la sua stalla e fienile. Un ambiente di fermentazioni dell'uva (vino), farina di grano (pane), latte (formaggi) e anche fieno per gli animali. In questo ambiente pieno di fermenti, nella cantina sono posti a maturare i Culatelli sulla cui superficie e anche con la mia umidità si sviluppano muffe e biofilm con le loro caratteristiche del luogo. Da qui il tradizionale uso di mettere i graspi d'uva residuati dalla produzione del vino nelle cantine dove maturano i Culatelli. Ecco perché tengo molto alla mia identità di Fumära di Zibello con la sua importanza nello sviluppo delle muffe nobili dei Culatelli Supremi.

Muffe nobili? Potrei avere qualche chiarimento?

Muffe nobili sono quelle che contribuiscono a creare la qualità di un Culatello e che vivono nei biofilm che si formano sulla sua pelle accanto a diverse varietà di batteri (lattobacilli, pediococchi, micrococcacee con capacità acidificante diversificata). Di particolare importanza sono i *Penicillium* bianchi, ma anche quelli con colori che tendono al verde o al verde azzurrognolo. Invece le muffe di colore scuro, marrone e soprattutto nero, indicano una cattiva stagionatura, come le muffe gialle e rosse che denotano un alterato livello di acidità, una cattiva qualità e il rischio di micotossine pericolose (ocratossina). Allo stesso modo un Culatello privo o quasi di muffa può indicare una stagionatura troppo prolungata durante la quale le muffe sono state mangiate dall'acaro dei salumi (*Tyrophagus putrescentiae*) e da altri acari (*Acarus siro* e *Glycyphagus domesticus*).

Gentile Signora Fumära, ora capisco bene perché Lei sia tanto legata alla sua individualità territoriale iniziando dalla sua denominazione, forse anche perché Lei con il suo carattere di umidità è strettamente legata all'humus e quindi alla terra e al territorio. Le domando, quindi, come ci si possa trovare con dei salumi che imitano il Culatello di Zibello ottenuti con umidità artificiali create in ambienti costruiti e separati dal territorio.

Lei certamente allude a culatte di maiale, rivestite da involucri artificiali e maturati in ambienti industriali nei quali manca la mia opera media-

trice delle mufte nobili legate al territorio e sostituite da mufte di produzione industriale (detti anche *starter*). Onestamente posso solo dire che si tratta solo di imitazioni senza anima, come potrebbe essere una Ferrari cinese con carrozzeria in vetroresina e selleria di plastica e senza il motore dal caratteristico rombo! Così è, se vi pare!

Giovanni Ballarini**

** Professore Emerito / Università degli Studi di Parma

RECENSIONI

Daron Acemoglu - Simon Johnson, *Power and Progress - Our Thousand-Year Struggle Over Technology and Prosperity*, London, Basic Books, 2023, pp. 546, £ 18.99

COME PREVENIRE IL DECLINO DELLE DEMOCRAZIE

I. Premesse

Debbo confessare che ho comprato e letto il libro di Daron Acemoglu e di Simon Johnson, qui recensito, perché avevo a suo tempo apprezzato quello scritto dallo stesso Acemoglu e da James A. Robinson intitolato “*Why nations fail: the Origin of Power, Prosperity ad Poverty*”, pubblicato oltre dieci anni fa, nel 2012 (New York, Crown).

Leggendo tale libro, avevo in effetti notato che la ricerca svolta dai due Autori per spiegare “*perché le nazioni falliscono*” li aveva indotti ad operare una radicale distinzione tra nazioni “*inclusive*” e nazioni “*estrattive*”, che sostanzialmente coincideva con quella tra nazioni “*democratiche*” e nazioni “*non democratiche*” sulla quale stavo effettuando personali ricerche per i miei studi di carattere giuridico¹.

¹ Cfr. F. CAPELLI, *Governo dei tecnici e sistema costituzionale in Europa e in Italia*, in questa *Rivista*, 2012, Parte Prima, p. 409 ss. e Parte Seconda, p. 635 ss.

II. Il primo libro: “Perché le nazioni falliscono”

1. VALUTAZIONE DEL CONTENUTO DEL PRIMO LIBRO

Come senz'altro ricordano i lettori del libro “*Perché le nazioni falliscono*”, gli autori Acemoglu e Robinson considerano nazioni “inclusive” quelle che presentano i caratteri di comunità istituzionali in grado di far partecipare i rappresentanti della generalità dei cittadini, direttamente o indirettamente, alla gestione del potere, come pure ai relativi benefici, grazie ad un continuo ricambio della classe dirigente all'interno delle istituzioni della comunità considerata.

Di conseguenza, secondo i predetti Autori, queste nazioni (comunità) sono destinate a progredire e gradatamente si sviluppano rendendo possibile un permanente miglioramento delle condizioni di vita dei loro abitanti sotto i profili politico, sociale ed economico.

Al contrario, le nazioni (comunità) “estrattive” che meglio potrebbero essere definite “sfruttatrici”, sono quelle strutturate in modo da permettere unicamente una concentrazione del potere nelle mani di pochi soggetti, i quali mirano soprattutto a tutelare i propri interessi e quelli dei gruppi ad essi collegati sfruttando la generalità degli abitanti che dal potere sono costretti a rimanere esclusi.

Orbene, queste nazioni non progrediscono, si degradano e, secondo gli Autori citati, “falliscono”.

2. PREGI E DIFETTI DEL PRIMO LIBRO

Non si tratta, ovviamente, di una tesi originale, ma gli Autori citati hanno saputo esporla in modo chiaro e convincente sviluppandola con numerosi esempi ed efficaci aneddoti poco noti e molto significativi.

È d'altra parte evidente che le comunità identificate e registrate dalla Storia come nazioni a partire dagli albori della civiltà umana fino all'avvento delle democrazie, nel secolo XIX della nostra era, erano quasi esclusivamente di tipo “estrattivo” e, quindi, “sfruttatrici”.

Erano in realtà nazioni (comunità) nelle quali vigeva il principio/aforisma che Platone aveva messo in bocca a Trasimaco nel primo libro di “*Repubblica*” secondo cui: «*Il giusto è ciò che è utile per il più forte*» come ho avuto modo in altra sede di ricordare².

² Cfr. F. CAPELLI, *Per salvare la democrazia in Italia - Cultura dell'etica e della legalità in un mondo dominato dalla politica e dall'economia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2019, pp. 93-96.

In effetti, è in base a questo aforisma che, sotto i più diversi profili (sociale, economico, giuridico e istituzionale), è stato segnato il destino della quasi totalità del genere umano per millenni, durante i quali i popoli, con le rare eccezioni ricordate dalla storia, sono stati assoggettati al dominio di regimi assoluti, più o meno dispotici, che hanno esercitato il loro potere unicamente con la forza³.

Nel mondo occidentale, a partire dalla Pace di Westfalia del 1648, che ha posto termine alla guerra dei Trent'anni, il principio della supremazia assoluta riconosciuta alla forza di chi detiene il potere (politico e/o religioso), dopo essere stato sottoposto ad una critica ispirata alla scienza⁴, ha cominciato ad essere sistematicamente intaccato e scalfito durante il *secolo dei lumi* dall'azione esercitata dai grandi esponenti dell'Illuminismo, soprattutto francese e, in particolare, dall'influenza delle opere di Voltaire, di Diderot e D'Alembert e di Montesquieu⁵.

L'azione degli illuministi, appena menzionati, volta a contestare e a contrastare, tra i vari principi nefasti, quello dell'equiparazione del giusto all'utile del più forte che detiene il potere, ha avuto, per così dire, lo stesso effetto prodotto dall'intervento di *Socrate* nella parte finale del Primo Libro di «*Repubblica*», sopra menzionato, il quale è riuscito a ribaltare la portata dell'aforisma di Trasimaco, dimostrando, in sostanza, che il *giusto* è ciò che è *utile*, non però per il più forte, ma per la *generalità dei cittadini governati*⁶.

Orbene, la tutela degli interessi della generalità dei cittadini può essere assicurata soltanto all'interno di un Paese retto con un sistema democratico che esclude, per l'appunto, l'ottenimento del potere per mezzo della forza, subordinandone la conquista e l'esercizio al consenso dei cittadini governati.

In effetti, è noto che soltanto grazie alla creazione degli Stati Uniti d'America, come primo esempio di democrazia nella Storia, è stato possibile verificare e adeguatamente valutare, in concreto, i rapporti tra etica e legalità con la politica e l'economia all'interno di un'organizzazione statale democraticamente strutturata.

³ Cfr. sul punto R. NIEBUHR, *Uomo morale e società immorale*, Milano, Jaca Book, 2018, p. 21 ss.

⁴ Cfr. A. O. HIRSCHMAN, *Le passioni e gli interessi*, Milano, Feltrinelli, 2011, p. 18.

⁵ Cfr. F. CAPELLI, *Per salvare la democrazia in Italia*, cit. supra, nota 2, p. 35 ss.

⁶ Cfr. PLATONE, *Libro Primo di Repubblica*, Milano, Rizzoli, 1953, p. 94 «*Ne consegue, o Trasimaco, che in quanto si esercita un'Autorità e in quanto si occupa un posto nel quale si è chiamati a provvedere ad altri e a governare su altri, non si cerca e non si impone ciò ch'è utile a noi stessi; bensì l'utile dei nostri sottoposti e, in genere, di coloro che devono ricevere beneficio dal nostro sforzo. Ciò che si dice e si fa è rivolto a procacciare quello che è utile e conveniente al nostro subordinato*».

3. CONCLUSIONE

La conclusione del libro “*Perché le nazioni falliscono*” può essere quindi così brevemente sintetizzata.

Le nazioni che riescono a far partecipare i rappresentanti della generalità dei cittadini alla gestione del potere e ai relativi benefici si trasformano istituzionalmente diventando nazioni “inclusive” e di conseguenza sono destinate a prosperare. Al contrario le nazioni “estrattive” (“sfruttatrici”), che rifiutano di trasformarsi nel senso sopra detto, non realizzano alcun miglioramento e pertanto sono destinate a fallire.

Volendo ora esporre la stessa tesi in termini più semplici, possiamo affermare che le nazioni possono progredire se applicano nella gestione politica del potere il sistema democratico, mentre falliscono se lo rifiutano.

Il libro di Acemoglu e Robinson ha indubbiamente ottenuto un buon successo forse più per il modo in cui le tesi sono state esposte e per la chiarezza dell’esposizione che non per i contenuti i quali, come sopra abbiamo notato, non presentavano un’effettiva originalità.

III. Il secondo libro: “Power and Progress”

Giustamente interessato a rinnovare questo successo, Acemoglu si è associato ad un altro autore, Simon Johnson, per realizzare dieci anni dopo il nuovo libro che viene ora recensito: «*Power and Progress*».

1. CONTENUTO, PREGI E DIFETTI DEL SECONDO LIBRO

Dopo la lettura del corposo volume, mi è sembrato però di dover notare che, nonostante non possa essere messo in dubbio il pregio della chiarezza e della fluidità del linguaggio, il contenuto del nuovo libro, ricalcando a grandi linee gli schemi del precedente, non solo manca, come il primo, di originalità, ma risulta anche carente di quella forza propositiva che gli Autori intendevano chiaramente conferirgli.

2. MANCANZA DI ORIGINALITÀ DEL SECONDO LIBRO

Per quanto riguarda la mancanza di originalità della tesi di fondo del nuovo libro, non si fa fatica a rilevarla se si esamina la tesi in controtuce, sovrapponendola a quella del libro precedente “*Perché le nazioni falliscono*”, che in modo critico abbiamo sopra analizzato.

In sintesi, la ragione su cui si basa la critica mossa alla tesi di fondo del primo libro è molto semplice e del tutto ovvia.

Non esistono dubbi, in effetti, come insegnano tremila anni di storia, che la concentrazione del potere nelle mani di pochi soggetti all'interno di un qualunque Stato (comunità) determini, di regola, da un lato, l'attribuzione di benefici di ogni genere ai gruppi che direttamente o indirettamente gestiscono il potere nonché, dall'altro lato, lo sfruttamento della generalità degli abitanti che dalla gestione del potere rimangono esclusi.

Ed ugualmente si appalesa evidente che il modo più efficace e sicuro per ovviare a questa triste e dolorosa situazione, come la storia degli ultimi due secoli ha pure insegnato, è unicamente quello di trasformare un tale Stato in una democrazia, vale a dire, di introdurre ed applicare principi e criteri democratici nella gestione del suo sistema politico.

Ed è questa, in sostanza, la conclusione alla quale è pervenuto il primo libro "*Perché le nazioni falliscono*", come abbiamo ricordato.

3. GLI ERRORI DI VALUTAZIONE DEL SECONDO LIBRO

Orbene, a ben vedere, gli Autori del secondo libro, «*Power and Progress*», imitando gli stessi schemi e seguendo il medesimo percorso logico del primo libro, giungono ad una conclusione analoga a quella alla quale gli Autori del primo libro erano pervenuti.

La sola differenza si riscontra nella circostanza che l'origine del potere dal quale scaturiscono le conseguenze (sia negative sia positive) prese in considerazione nel primo libro, risulta di natura politica, mentre l'origine del potere dal quale scaturiscono le conseguenze (sia negative sia positive) prese in considerazione nel secondo libro è invece, essenzialmente, di natura economica.

Mentre, infatti, come si deduce dal primo libro, è indiscutibilmente la forma di gestione del *potere politico* che determina, nelle nazioni "estrattive", lo sfruttamento della generalità dei cittadini e l'attribuzione dei benefici ai soli soggetti che partecipano alla gestione del potere, come pure determina, nelle nazioni "inclusive", il trattamento equo e democratico a favore di tutti gli abitanti, in base al secondo libro è invece l'accentramento del *potere economico* nelle mani di soggetti o di gruppi ben preparati e coesi, in grado di sfruttare a proprio vantaggio le più avanzate tecnologie, che può determinare, anche all'interno di uno Stato democratico, sotto il profilo economico, una specifica divisione tra soggetti privilegiati e soggetti sfruttati o sfavoriti.

In effetti, questa divisione si è verificata in passato e continua a verifi-

carsi oggigiorno anche all'interno delle nazioni democratiche, vale a dire all'interno delle nazioni definite come "inclusive" nel primo libro.

4. GLI ESEMPI FORNITI: I "TRUST"

Gli Autori del secondo libro forniscono numerosi esempi della predetta divisione e delle relative conseguenze deleterie create anche all'interno delle nazioni democratiche e l'esempio più calzante e significativo è quello notissimo dei *Trust* industriali e finanziari costituiti negli Stati Uniti d'America nella seconda metà del 1800⁷.

Come è risaputo, dopo lo scoppio della Guerra di secessione (1861) e soprattutto a partire dall'anno 1865 che ne segnò la fine, a seguito di cospicui interventi pubblici e dello sviluppo economico che proprio in quegli anni prese un avvio impetuoso sul mercato americano⁸, grazie alle invenzioni della tecnica e alle innovazioni tecnologiche⁹, cominciarono a formarsi grandi società commerciali, controllate da poche famiglie, dotate di notevoli disponibilità finanziarie, che seppero concentrare le proprie attività nei settori economicamente più promettenti, sui quali esercitarono il loro potere attraverso i c.d. «*Trust*» (consorzi o cartelli di imprese).

Come ricorda Kevin Phillips¹⁰, il capitalismo americano arrivò ad avere in quegli anni come simboli la famiglia *Rockefeller*, per il settore del petrolio, la famiglia *Carnegie* per quello dell'acciaio, la famiglia *Vanderbilt* per quello delle ferrovie e la famiglia *Astor* per la finanza¹¹.

La concentrazione della ricchezza in poche mani, come già ricordato, agevolò e intensificò la costituzione dei *Trust* che, come consorzi formati da imprese, riuscivano a dominare completamente i mercati di riferimento sui quali operavano¹².

⁷ Cfr. pp. 275-277 del libro qui recensito *Power and Progress*.

⁸ B. FRIEDMAN, *Il valore etico della crescita (sviluppo, economia e progresso civile)*, Milano, Egea, 2010, p. 153, così scrive: «*I primi anni seguiti alla guerra civile contribuirono fortemente alla ripresa economica degli Stati Uniti. Dopo una breve recessione dovuta alla smobilitazione e alla fine della produzione bellica, le imprese ubicate al di fuori del Sud fecero registrare una forte espansione*».

⁹ Cfr. A. NEVINS e S. COMMAGER, *Storia degli Stati Uniti*, Torino, Einaudi, 1967, p. 295: «*Tra il 1860 e il 1900 l'Ufficio Patenti degli Stati Uniti concesse non meno di 676.000 brevetti; poi il numero raggiunse cifre quasi astronomiche*». Thomas Edison, che nel 1869 inventerà la luce elettrica, è arrivato ad essere titolare, da solo, di 1093 brevetti di invenzione.

¹⁰ K. PHILLIPS, *Ricchezza e democrazia*, Milano, Garzanti, 2005, ricorda, a p. 101 del suo libro, che secondo gli storici *S. E. Morison* e *H. S. Commager*, i senatori americani di quel periodo, più che senatori degli Stati federati americani, erano senatori dei *Trust*, che dominavano il mercato: *Trust* del petrolio, dell'acciaio, etc.

¹¹ Cfr. l'introduzione di Lapo Berti, al libro di LOUIS D. BRANDEIS, *I soldi degli altri e come i banchieri li usano*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2014.

¹² Il seguente aforisma, attribuito ad un imprenditore americano di quel periodo, mette be-

La potenza economica di questi *Trust*, una volta consolidata, non solo arrivò a controllare i mercati di riferimento, ma cominciò ad influenzare il potere politico crescendo a un punto tale da riuscire a condizionarlo e a dominarlo¹³.

L'esperienza americana del periodo qui esaminato fornisce quindi la prova dell'esattezza della tesi secondo cui politica ed economia possono arrivare ad intrecciarsi e ad influenzarsi a vicenda, così da danneggiare non solo i meccanismi e le regole dei mercati, ma anche il funzionamento della stessa democrazia.

È d'altra parte incontestabile che quando il potere economico viene concentrato in poche mani esso condiziona il potere politico producendo immancabilmente conseguenze nefaste per l'economia e creando pregiudizi gravi alla generalità dei cittadini e allo stesso sistema democratico.

Tra le conseguenze nefaste che si producono, quella di più grave impatto è rappresentata dalla corruzione. È ciò che è avvenuto negli Stati Uniti d'America negli anni qui considerati.

Si tratta di situazioni di degrado che abbiamo più tardi conosciuto anche noi in Italia, fenomeni che dilagano laddove non esistono leggi adatte in grado di arginarli, né controlli adeguati affidati ad Autorità o ad Enti in grado di eseguirli.

E negli Stati Uniti della seconda metà del 1800 non esistevano né leggi adatte né controlli adeguati perché si trattava di far fronte a situazioni del tutto nuove. Già ai tempi di James Madison, quarto Presidente degli Stati Uniti, si riteneva che le conseguenze pregiudizievoli delle azioni scorrette e nocive si potessero prevenire soltanto ricorrendo all'adozione di leggi vincolanti e all'introduzione di sistemi di controllo adeguati da applicare su vasta scala ad opera di soggetti dotati di solide competenze e provata moralità.

ne in evidenza, grazie al sarcasmo che da esso traspare, il disprezzo delle regole del mercato e dei principi della concorrenza: «*I nostri migliori amici sono i nostri concorrenti e i nostri peggiori nemici sono i nostri clienti*». Lo stesso Tocqueville aveva addirittura intuito che si sarebbe potuta ricostituire una forma di "aristocrazia" a vantaggio dei produttori industriali; cfr. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Torino, Utet, 1968, p. 652.

¹³ Cfr. A. NEVINS e S. COMMAGER, *Storia degli Stati Uniti*, cit. supra, nota 9, p. 402. Una chiara conferma degli effetti nefasti riferiti nel testo viene fornita da Luigi Einaudi in: *Rivista di storia economica*, n. 3, 1941, ripresa in *Il Buongoverno*, a cura di Ernesto Rossi, Bari, Ed. Laterza, 1954, p. 24: «*Se tutto è lecito, è lecito anche, come accadde tra il 1870 ed il 1900 negli Stati Uniti, a talun astuto produttore di petrolio accordarsi con talun magnate di ferrovie per stabilire tariffe di favore per il suo petrolio e così battere i concorrenti e sfruttare il monopolio proprio; è lecito assoldare ivi bande armate private per costringere operai a recarsi al lavoro alle condizioni volute da industriali negrieri; è lecito corrompere od influire sui legislatori per ottenere dazi protettivi, privilegi, premi e divieti di associazioni operaie*».

5. I RIMEDI APPORTATI

E per far fronte al degrado provocato dalla corruzione dilagante in quel periodo sono state introdotte leggi economiche adeguate tra le quali quella che ha esercitato il più rilevante impatto è stata, come è noto, la famosa legge *antitrust*, *Sherman Act*, espressamente adottata nel 1890 per combattere gli effetti deleteri causati, appunto, dai *Trust*, di cui sopra abbiamo parlato¹⁴. Con tale legge, si è cercato gradatamente di bloccare gli accordi stipulati tra le imprese (destinati alla costituzione dei *Trust*), aventi l'effetto di ridurre la concorrenza sul mercato ai danni dei consumatori e degli altri operatori¹⁵.

Ma in aggiunta ai provvedimenti legislativi e alle diverse iniziative avviate in campo economico, è stato necessario mobilitare anche la società civile per dare impulso alle azioni di riforma, che hanno creato vantaggi decisivi grazie all'apporto fornito dalle numerose associazioni che sostennero e promossero l'avanzamento e il successo di uomini politici nuovi, capaci e di riconosciuta moralità.

Il periodo della storia americana che va dalla fine del 1800 all'inizio al primo decennio del 1900 ha accumulato tutte le esperienze che, a fasi alterne, si ripeteranno, sia nel bene sia nel male, nei decenni successivi del 1900 ed anche negli anni duemila, non solo negli Stati Uniti d'America, ma anche in altri Stati europei retti da sistemi democratici.

6. I CAMBIAMENTI POSITIVI OTTENUTI

Come è stato generalmente riconosciuto, la corruzione e la malversazione conseguenti alla concentrazione in poche mani del potere economico, hanno messo a dura prova la sopravvivenza dello stesso sistema democratico negli Stati Uniti ed è stato soltanto un grande merito dell'azione provvidenziale di quella schiera di *eroi riformatori*, come sono state definite le personalità importanti che ne facevano parte, se la democrazia ame-

¹⁴ Come ricordano gli storici A. NEVINS e S. COMMAGER, *Storia degli Stati Uniti*, cit. supra, nota 9, p. 316 ss., lo *Sherman Act*, che faceva affidamento sulle decisioni dei giudici legittimati ad applicarlo, non ha avuto successo agli inizi. È stato necessario attendere una presa di posizione forte da parte dei politici, in particolare da parte del Presidente *Theodore Roosevelt*, per vederne gli effetti benefici. Questi effetti hanno cominciato soprattutto a manifestarsi quando alla Corte Suprema degli Stati Uniti sono stati nominati giudici decisi, coraggiosi e incorruttibili come *Louis Brandeis* (v. *infra*, nota 16).

¹⁵ Sullo *Sherman Act*, v. K. PHILLIPS, *Ricchezza e democrazia*, cit. supra, nota 10, p. 452. Sulle differenze tra la disciplina americana in materia di *antitrust* e quella dell'Unione europea cfr. F. CAPELLI, *Principi, obiettivi e filosofia della nuova disciplina antitrust comunitaria*, in questa *Rivista*, 2007, p. 5 ss.

ricana è riuscita a sopravvivere¹⁶.

Ma ciò è stato possibile perché la nazione americana era “inclusiva”, era cioè una democrazia ed ha potuto far ricorso ai meccanismi del proprio sistema politico istituzionale democratico per correggersi e per rinnovarsi.

7. CONCLUSIONI

Ciò che gli autori Acemoglu e Johnson sembrano quindi trascurare è che se gli inconvenienti di carattere economico, da essi descritti nel secondo libro, si verificano all'interno di una nazione democratica, tali inconvenienti sono sempre da attribuire al cattivo funzionamento del sistema politico che può però essere corretto e migliorato dalle stesse istituzioni democratiche, come è avvenuto negli Stati Uniti d'America. Ma questo, al contrario, non potrà mai avvenire nelle nazioni “estrattive”, vale a dire nelle nazioni non democratiche, perché in tali nazioni il sistema politico non lo consente, dato che in esse vale l'aforisma di Trasimaco sopra citato, secondo cui: «*il giusto è ciò che è utile per il più forte*» e il più forte è sempre colui che detiene e gestisce il potere politico (talvolta insieme a quello religioso).

Se avessero tenuto conto di quanto appena segnalato, gli Autori del secondo libro, invece di limitarsi a descrivere e criticare gli inconvenienti constatati, avrebbero forse avuto modo di suggerire innovativi rimedi per prevenire gli inconvenienti medesimi.

Tali rimedi avrebbero potuto essere concepiti consultando, ad esempio, il recente libro di George Serafeim, Professore all'Università di Harvard, “*Purpose + profitto. Come le aziende possono migliorare il mondo e veder crescere gli utili*”¹⁷, che però non è neppure citato dagli Autori nella bibliografia del secondo libro qui recensito.

Questo libro invita a riflettere su un modo nuovo di gestire le imprese all'interno delle nazioni democratiche e, in particolare, affronta un modo di pensare che arriva a favorire l'ingresso nelle imprese di una nuova forma di democrazia aziendale facendo riferimento al principio di sostenibilità e ai criteri ESG (*Ecology, Social, Government*).

¹⁶ Come è risaputo, le personalità più importanti di quel periodo seguivano il movimento riformista ed operavano nei settori più diversi: «*Weaver, Bryan, la Follette, Roosevelt e Wilson*, nel campo politico; *William James, Josiah Royce e John Dewey*, in quello filosofico; *Thorstein Veblen, Richard Ely e Frederick J. Turner*, in quello sociologico; *William Dean Howells, Frank Norris, Hamlin Garland e Theodore Dreiser*, in quello letterario». A tali personalità bisogna aggiungere anche il celebre giudice *Louis Brandeis*.

¹⁷ Milano, Egea, 2022.

L'idea di favorire lo sviluppo, all'interno dell'impresa, di una nuova forma di democrazia è un'idea giusta che va coltivata, come viene sostenuto da tempo anche in Italia da noti studiosi delle problematiche delle imprese come *Gianfranco Dioguardi*, *Marco Onado*, *Giulio Sapelli*, *Marco Vitale* e *Stefano Zamagni*.

Auspicialmente, in un prossimo futuro, si potrebbe immaginare una soluzione innovativa socio-politico-economica che consenta di elaborare una nuova forma di democrazia per le imprese, abbinata a quella per gli Stati, da attuare in applicazione dei cinque fondamentali principi di giustizia, trasparenza, non discriminazione, proporzionalità e ragionevolezza che vengono troppo spesso ignorati.

Volendo pertanto pervenire ad una prima conclusione, riteniamo che queste osservazioni potrebbero essere sufficienti per sottolineare la carenza di originalità del libro qui recensito.

IV. I due problemi rilevanti che non sono stati approfonditi nel libro qui recensito

Per quanto riguarda gli altri rilievi critici relativi alla mancanza di forza propositiva delle argomentazioni svolte dagli Autori del medesimo libro, con riferimento all'impiego delle nuove tecnologie e al perseguimento della prosperità da parte delle nazioni attuali, riteniamo necessario prendere in considerazione due problemi che appaiono di estrema importanza.

Il primo riguarda sia l'impatto della tecnologia sullo sviluppo dell'economia sia gli effetti collaterali che tale sviluppo può provocare nei Paesi democratici.

Il secondo riguarda invece l'impatto che i grandi movimenti migratori possono esercitare sui sistemi economici e sulle strutture dei Paesi democratici in un prossimo futuro.

Sono due problemi da esaminare separatamente.

1. IL PRIMO PROBLEMA: L'IMPATTO DELLE TECNOLOGIE SULLO SVILUPPO DELL'ECONOMIA

Per quanto riguarda l'impatto delle tecnologie sullo sviluppo dell'economia (e i relativi effetti collaterali) possiamo far riferimento alle considerazioni di un economista del secolo scorso, *John Maynard Keynes*.

Il celebre economista *John Maynard Keynes* in un breve saggio del 1930 successivamente inserito, insieme ad altri, in una raccolta di scritti

pubblicati in italiano¹⁸ accenna ad un problema che viene attualmente studiato con molta attenzione dagli economisti, dai sociologi, dai politologi e dagli studiosi di scienze sociali.

Scrivendo Keynes nel 1930 «*Veniamo ora alla mia conclusione che, credo, riterrete sconcertante (...). Giungo alla conclusione che, scartando l'eventualità di guerre e di incrementi demografici eccezionali, il problema economico può essere risolto, o per lo meno giungere in vista di soluzione, nel giro di un secolo. Ciò significa che il problema economico non è, se guardiamo al futuro, il problema permanente della razza umana*».

L'intuizione di Keynes era ovviamente basata sullo stupefacente sviluppo della tecnologia che consente oggi di produrre beni e servizi tramite il ricorso ai robot e all'intelligenza artificiale. Questa evoluzione può però determinare pericolosi e pregiudizievole scompensi socio-economici nel corso degli anni Duemila.

Se il problema che assillava Keynes quasi un secolo fa, era quello dell'impiego del tempo libero da parte dei lavoratori sostituiti dai robot, i problemi oggi ipotizzabili minacciano di ampliarsi a dismisura.

Se la tecnologia sarà in grado di produrre tutto ciò di cui l'essere umano ha bisogno, chi gli fornirà i mezzi per acquistarlo? Questo, dal lato dell'acquisto.

Ma il problema può presentarsi in termini di gran lunga più drammatici dal lato della produzione. Se una o due imprese che impegnano milioni di robot saranno in grado di fornire, ad esempio, tutto il fabbisogno di indumenti per un intero Stato ed altre poche imprese basteranno a provvedere al fabbisogno di quasi tutti gli altri beni necessari nello stesso Stato, cosa potrà succedere?

In primo luogo accadrà che i proprietari delle poche imprese attive diventeranno potenti anche dal punto di vista politico creando problemi alla gestione del Paese in cui operano.

In secondo luogo, il problema di fornire i mezzi agli abitanti del Paese perché acquistino i beni prodotti dalle imprese robot si porrà in modo palese ed impellente.

Si possono ipotizzare alcune proposte di soluzione.

Per evitare che i proprietari delle imprese possano sfruttare i vantaggi della tecnologia in modo assoluto e integrale, si potrebbero, ad esempio, proporre modifiche alla legislazione sulla proprietà industriale (brevetti, etc.) in modo da limitare i benefici dei diritti di esclusiva previsti per le in-

¹⁸ Milano, Il Saggiatore Tascabili, 1994, con il titolo *Esortazioni e profezie*. Questi argomenti sono ripresi dal libro F. CAPELLI, *Per salvare la democrazia in Italia*, cit. supra, nota 2, p. 363 ss.

venzioni (ad esempio cinque anni di validità brevettuale invece di venti). Questo per consentire l'accesso al mercato di nuovi concorrenti.

In aggiunta a tale modifica legislativa potrebbero essere proposte altre soluzioni anche molto audaci. Una di queste, che è stata suggerita da uno studioso americano, potrebbe consistere nel far partecipare lo Stato alla gestione delle imprese predette. Vorrebbe significare inserire ed estendere il sistema cinese, entro certi limiti¹⁹, nelle democrazie dell'intero pianeta.

In ogni caso, come si vede, si tratta di problemi di enorme portata che dovranno essere affrontati e discussi a livello planetario.

Con ciò si vuol segnalare che le problematiche da affrontare nel prossimo futuro potrebbero assumere dimensioni tali che dovrebbero preoccupare fin da ora anche i rappresentanti politici attuali.

2. IL SECONDO PROBLEMA: L'IMPATTO DELLE GRANDI MIGRAZIONI

Per quanto riguarda il problema delle grandi migrazioni occorrerà affrontarlo a mente fredda, in modo razionale, senza pregiudizi e senza preconcetti.

E se si vorrà tener conto di tutti gli aspetti collegati ai problemi dell'immigrazione che stanno condizionando la politica dell'Italia, dell'Europa, degli Stati Uniti d'America e di varie altre nazioni del mondo intero, occorrerà allargare lo sguardo ed abbracciare in prospettiva anche gli

¹⁹ Quello che potrebbe accadere seguendo il sistema cinese sarebbe possibile immaginarlo tenendo conto della attuale situazione esistente in Cina.

L'impressionante sviluppo economico che ha avuto la Cina negli ultimi trent'anni rappresenta un'eccezione straordinaria, fondata su basi concrete, che il popolo cinese ha saputo fornire smentendo clamorosamente la teoria descritta nel testo. Secondo tale teoria, è la democrazia che, riconoscendo e salvaguardando le libertà fondamentali, consente ai cittadini di esercitare, liberamente e con successo, l'attività economica, in modo generalizzato, all'interno di uno Stato, come venne dimostrato per la prima volta dalle esperienze effettuate negli Stati Uniti d'America, che *Tocqueville* ha magnificamente descritto nel suo capolavoro *La democrazia in America*. Orbene, in Cina non è mai stata introdotta la democrazia, ma si è realizzato ugualmente uno straordinario sviluppo economico. In sostanza, sono state introdotte determinate libertà che consentono ai cittadini di contribuire alla gestione dell'economia, senza poter partecipare alla gestione della politica. Il problema è quello di sapere fino a che punto i gruppi di potere che gestiscono l'economia riconoscano la supremazia dei gruppi che gestiscono la politica. Fino a questo momento sono stati i gruppi di potere che gestiscono la politica a dettare le regole e a governare. In un regime democratico i conflitti tra i gruppi di potere si risolvono ricorrendo alle elezioni con la mediazione del consenso popolare, pur con tutti i limiti che conosciamo. Nel caso della Cina c'è da augurarsi che lo sviluppo economico continui in modo da accontentare sia i gruppi di potere che gestiscono l'economia, sia quelli che gestiscono la politica. Ma se un giorno lo sviluppo economico dovesse arrestarsi e dovessero scoppiare conflitti armati? Non vorrei neppure evocare l'idea di un esodo di migranti cinesi: i cinesi sono un miliardo e mezzo!!!

Su taluni aspetti delle problematiche sopra esaminate cfr. G. PACCHIONI, *L'ultimo sapiens, Viaggio al termine della nostra specie*, Bologna, il Mulino, 2018.

aspetti che interessano la religione²⁰. Sono anche queste, d'altra parte, le conseguenze prodotte dalla globalizzazione²¹.

Si tratta, come si comprende, di problemi gravi e importanti che si impongono nel contesto europeo e mondiale aggiungendosi a quelli già presenti nel mondo attuale, in cui lo spazio non ha quasi più rilevanza per la rapidità dei mezzi di comunicazione impiegati, in cui il controllo del territorio e dei confini nazionali viene neutralizzato dall'utilizzo di strumenti tecnologici in continua, stupefacente evoluzione²², in cui i veri, grandi temi tra i quali l'evasione fiscale internazionale²³ (che è strettamente legata al narcotraffico e al riciclaggio) e il terrorismo²⁴ hanno acquisito una dimensione planetaria così da richiedere agli Stati moderni molta scienza ed anche molta fantasia per far fronte alle grandi sfide che li attendono.

Concentrando ora la nostra attenzione sulle grandi migrazioni riteniamo che convenga innanzitutto partire dalle considerazioni svolte nel 2018

²⁰ Su questi aspetti v. F. CAPELLI, *Confessioni religiose ed integrazione europea tra pluralismo e multiculturalismo*, in questa *Rivista*, 2005, p. 179 e M. L. MANISCALCO, *I musulmani in Europa tra integrazione e radicalizzazione* in *La cittadinanza europea*, 2017, p. 5; D. MURRAY, *La strana morte dell'Europa: immigrazione, identità, Islam*, Vicenza, Pozza, 2018; A. R. CALABRÒ - M. MONDELLI (a cura di), *Strategie per un mondo nuovo: prospettive di gestione dei flussi migratori provenienti dall'Africa*, Milano, Ledizioni, 2018.

²¹ Su particolari aspetti della globalizzazione, v. M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione (Diritto e diritti nella società transnazionale)*, Bologna, il Mulino, 2000. L'A. osserva che (p. 8): «La globalizzazione induce altresì a fare i conti con una diversità storica interna allo stesso occidente. La preminenza statale ha segnato le istituzioni giuridiche dell'Europa continentale in senso prevalentemente pubblicistico, chiudendole nella pretesa di poter organizzare il mondo dall'alto, laddove nei paesi anglosassoni, e specialmente negli Stati Uniti, si è affermata una logica istituzionale maggiormente impegnata a fare i conti con i privati e i loro interessi». Poiché la globalizzazione tiene conto essenzialmente degli interessi dei privati, ne consegue che gli stati organizzati in modo tradizionale, all'interno di schemi prevalentemente di diritto pubblico, si sentono minacciati nella loro sovranità e vengono a trovarsi in difficoltà. A tale proposito, come acutamente osserva J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale (Mercato globale, nazioni e democrazia)*, Milano, Feltrinelli, 1999, p. 106: «Le tendenze raggruppabili sotto l'etichetta "globalizzazione" non minacciano soltanto internamente – per via dell'immigrazione e della segmentazione culturale – la relativa omogeneità della popolazione e dunque la base prepolitica dell'integrazione dei cittadini. Ancor più incisiva è la circostanza per cui lo Stato – irretito sempre più strettamente nelle interdipendenze dell'economia e della società mondiale – ci rimette in autonomia, capacità di azione e sostanza democratica».

²² Cfr. G. TREMONTI, *Rischi fatali (l'Europa vecchia, la Cina, il mercatismo suicida: come reagisce)*, Milano, Mondadori, 2005, p. 46: «La ricchezza sempre più dematerializzata e finanziarizzata sfugge ai suoi antichi vincoli territoriali. Lo Stato resta a controllare il suo territorio, ma non controlla più la ricchezza. E per questo perde quote crescenti del suo originario potere politico».

²³ Cfr. N. SHAXSON, *Le isole del tesoro (Viaggio nei paradisi fiscali dove è nascosto il tesoro della globalizzazione)*, Milano, Feltrinelli, 2012.

²⁴ Sul fenomeno del terrorismo si veda G. M. NANNA, *Minori, radicalizzazione e terrorismo*, Bari, Cacucci, 2018; M. PRETELLI - M. SANFILIPPO (a cura di), *Migrazione e terrorismo*, Viterbo, Sette città, 2018; L. FORNI - T. VETTOR (a cura di), *Sicurezza e libertà in tempi di terrorismo globale*, Torino, Giappichelli, 2018; D. PADRONE, *Un'analisi comparata della repressione del terrorismo internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; F. BENIGNO, *Terrorismo e terrorismo: saggio storico sulla violenza politica*, Torino, Einaudi, 2018.

da G. Azzaro²⁵ che mettono bene in rilievo la vastità del fenomeno migratorio: «*Gli stati europei, destinazione sinora preferita dai migranti, sembrano sottovalutare questo aspetto e si limitano, peraltro tra mille egoismi e resistenze, a tentare di determinare una quota di migranti da accogliere nei loro paesi senza però mettere in conto la reale entità del fenomeno i cui numeri reali non sono calcolabili. Una soluzione provvisoria e insufficiente che non sposterà di un centimetro i termini del problema. Insomma, ci troviamo alla presenza di un fenomeno epocale che ha dimensioni planetarie e che può essere affrontato solamente con la collaborazione diretta o indiretta di tutti i popoli. Unica soluzione allora, lo sviluppo economico osmotico e coordinato dell'insieme dei territori degli Stati dell'Africa centrale in grado, nel giro di pochi anni, di assicurare ai residenti un lavoro dignitoso e sicuro. Le ipotesi potrebbero essere due: o un ente appositamente istituito dall'ONU, costituito da uomini di indiscussa rettitudine morale non legati alla politica, (...) con esperienze tecniche universalmente riconosciute (...). Il successo del progetto, sostenuto da massicci investimenti (...), assicurerebbe la crescita economica nei territori dei finanziatori e quindi occupazione per i residenti. Questo tema dovrebbe già figurare fra quelli da dibattere nel confronto politico nelle elezioni europee del maggio 2019. A finanziare la partenza del progetto dovrebbero provvedere sia i paesi dell'UE ex "colonizzatori" in misura proporzionale alla durata della loro presenza nel passato nei vari paesi africani, sia le multinazionali con lo stesso criterio temporale e, progressivamente, in base al valore delle materie prime da loro estratte*».

Come si può comprendere, l'idea di organizzare una specie di Piano Marshall planetario in favore delle regioni soprattutto africane che si trovano in gravi condizioni di inferiorità dal punto di vista economico, viene proposta e sostenuta non per mera generosità o per risarcire i danni procurati nel passato a queste regioni dai Paesi colonizzatori, ma per fare in modo che le popolazioni attualmente residenti nei Paesi colpiti dal sottosviluppo e dalla povertà evitino di emigrare verso i Paesi più sviluppati e più ricchi.

A ben vedere, un'idea simile era stata presentata 75 anni fa da Harry Truman, il 20 gennaio 1949, in occasione del suo insediamento come Presidente degli Stati Uniti d'America.

Esponendo il famoso "Quarto punto" del suo discorso Truman si era così espresso: «*Tutti i paesi, ivi compreso il nostro, riceveranno grandi benefici da un programma costruttivo inteso a meglio utilizzare le risorse umane e materiali di tutto il mondo. L'esperienza insegna che il nostro*

²⁵ G. AZZARO, *I partiti, fantasmi istituzionali*, Milano, Educare, 2018, p. 100.

commercio con le altre nazioni si accresce allorché esse progrediscono industrialmente ed economicamente. Una maggiore produzione è la chiave della prosperità e della pace, e la chiave di una maggior produzione è l'applicazione più energica e più vasta delle moderne conoscenze scientifiche e tecniche. Soltanto aiutando i meno fortunati dei propri membri a rimettersi in piedi con le loro forze, la famiglia umana può conseguire quel tenore di vita equo e soddisfacente che è diritto di tutti i popoli. Solo la democrazia può fornire la forza vitale per spronare i popoli del mondo ad agire con successo, non solo contro gli oppressori, ma anche contro i vecchi nemici: la fame, la miseria, la disperazione».

Si tratta, quindi, di un'idea sulla quale occorrerà discutere a fondo cercando di coinvolgere il maggior numero possibile di Stati perché è l'unica che possa consentire una soluzione pacifica del problema delle grandi migrazioni nel lungo periodo.

Orbene, le considerazioni sopra svolte ci portano a concludere che anche sul punto relativo alla forza propositiva del libro qui recensito, che intende affrontare il grande tema del progresso e della prosperità raggiungibili dagli Stati moderni mediante l'impiego della tecnologia, gli autori Acemoglu e Johnson hanno trascurato di esaminare due aspetti fondamentali che richiedevano di essere studiati e discussi in modo approfondito.

Fausto Capelli

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
Dipartimento di Giurisprudenza

con la collaborazione del **Corso di Perfezionamento**
in “*Diritto dell’Unione europea: la tutela dei diritti*”

e della Rivista *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*

con il patrocinio di



Atti del Convegno del 27 ottobre 2023 su

**«LA PROCURA EUROPEA E I CONTROLLI
SULLE EROGAZIONI DEI FONDI PNRR»**

Casa editrice EDITORIALE SCIENTIFICA SRL

RELATORI E PARTECIPANTI

Presiede: Prof. Roberto MASTROIANNI

*Ordinario di diritto dell'Unione europea/Università Federico II di Napoli -
Giudice presso il Tribunale dell'Unione europea*

Prof. Enrico TRAVERSA

*Già Direttore al Servizio giuridico della Commissione europea - Profes-
sore a contratto di Diritto del lavoro dell'Unione europea / Università di
Bologna*

Prof. Fabio FERRARO

Ordinario di diritto dell'Unione europea /Università Federico II di Napoli

Prof.ssa Vania MAFFEO

Ordinaria di Procedura penale / Università Federico II di Napoli

Dr. Lorenzo SALAZAR

*Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di appello di Napoli -
Punto di contatto della Rete Giudiziaria Europea (EJN) e Corrispondente
nazionale dell'Eurojust*

Dr.ssa Valeria SICO

*Procuratore Europeo Delegato presso la Procura Europea - Ufficio di
Napoli*

Prof. Adriano GIANNOLA

*Emerito di Economia bancaria / Università Federico II di Napoli; Presi-
dente SVIMEZ*

Prof. Fausto CAPELLI

Collegio europeo / Università di Parma

Colonnello Ugo LIBERATORE

Guardia di Finanza / Ministero dell'Economia e delle Finanze

INTERVENTI PROGRAMMATI

Daniela MARRANI - *Ricercatore di Diritto Internazionale nel Dipartimento
di Scienze Economiche e Statistiche / Università degli Studi di Salerno*

Benedetta MINUCCI - *Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea /
Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

INDICE

Presentazione di <i>Fabio Ferraro</i>	Pag. 507
<i>Enrico Traversa</i> - La Procura europea ("EPPO"): struttura, competenze e problemi istituzionali relativi alla legge applicabile <i>(The European Public Prosecutor Office (EPPO): Structure, Powers and Institutional Problems Related to the Applicable Law)</i>	» 511
<i>Vania Maffeo</i> - Procura europea e Pubblico Ministero nazionale: relazioni investigative e di coordinamento <i>(European Prosecutor's and National Prosecutor's Office: Coordinating and Investigating Relationships)</i>	» 537
<i>Lorenzo Salazar</i> - I reati di competenza della Procura europea e prospettive di eventuale estensione <i>(Crimes Within the Powers of the European Public Prosecutor's Office and Perspectives for their Possible Extension)</i>	» 555
<i>Benedetta Minucci</i> - Le competenze dell'EPPO verso possibili sviluppi? <i>(Eppo Skills Toward Potential Developments?)</i>	» 563
<i>Valeria Sico</i> - Valutazione dell'operatività della Procura europea alla luce delle prime prassi applicative e criticità <i>(Evaluation of the Activity of the European Public Prosecutor's Office in the Light of the First Application Practices and Critical Issues)</i>	» 575
<i>Fausto Capelli</i> - Per impiegare correttamente i fondi PNRR: le indagini e i controlli che la Procura europea può eseguire sull'impiego dei fondi PNRR in Italia e nell'Unione europea in base al Regolamento Ue n. 2021/241 <i>(To Use PNRR Funds Correctly: The Investigations and Controls that the European Prosecutor (EPPO) Can Carry Out on the Use of PNRR Funds in Italy and in the European Union According to Regulation (EU) n. 2021/241)</i>	» 591
<i>Daniela Marrani</i> - La tutela degli interessi finanziari dell'UE nella disciplina dei controlli sul PNRR: verso (nuove) forme di partecipazione della società civile? <i>(The Protection of the EU Financial Interests in Italy's NRRP Controls: Towards (New) Forms of Civil Society Participation?)</i>	» 617

<i>Adriano Giannola - L'impiego dei fondi del NGEU e il PNRR nel Meridione d'Italia</i> <i>(On the Implementation of the NGEU in the Italian Mezzogiorno, the Case of the Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR))</i>	Pag. 631
<i>Ugo Liberatore - Il sistema di rendicontazione e controllo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)</i> <i>(The Reporting and Control System of the National Recovery and Resilience Plan)</i>	» 643

Presentazione

In questo fascicolo della *Rivista* sono pubblicate le relazioni svolte nel Convegno dal titolo “*La Procura europea e i controlli sulle erogazioni dei fondi PNRR*”, organizzato a Napoli il 27 ottobre 2023 dal prof. *Fausto Capelli* e presieduto dal prof. *Roberto Mastroianni*, giudice del Tribunale dell’Unione. Il Convegno è stato organizzato con la collaborazione sia del Corso di Perfezionamento in “*Diritto dell’Unione europea: la tutela dei diritti*” (Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Napoli, Federico II) da me diretto, sia della casa editrice Editoriale Scientifica tramite la *Rivista “Diritto comunitario e degli scambi internazionali”*.

L’istituzione della Procura europea (c.d. EPPO, acronimo inglese di *European Public Prosecutor's Office*) e la sua operatività ci consentono di toccare con mano i limiti attuali e le potenzialità future della cooperazione giudiziaria in materia penale, in quanto il tema in esame rappresenta una sorta di cartina di tornasole per misurare il grado di “emancipazione” di tale cooperazione.

Il nuovo organo dell’Unione svolge un ruolo dirimpente, in quanto in 22 Stati membri rappresenta un’istituzione sovranazionale di Procura che si colloca, in prospettiva futura, in una logica di integrazione europea.

La Procura europea presenta elementi peculiari e *sui generis* che non si riscontrano in altre istituzioni, organi e organismi dell’Unione, visto il carattere ibrido di tale organo che opera su due livelli, strettamente tra loro connessi e non si fonda su un diritto penale sostanziale e procedurale unico. Tale Procura può essere considerata una componente sistemica dello Stato di diritto dell’Unione e le modifiche che interessano la magistratura di uno Stato membro partecipante riguardano direttamente l’EPPO, in quanto possono pregiudicare la sua indipendenza ed efficienza.

Si tratta comunque di un organo recente, poiché il livello europeo cen-

trale, costituito dal Procuratore capo europeo e dal Collegio europeo nonché quello nazionale, composto dai Procuratori europei delegati e dalle Camere permanenti, sono diventati operativi soltanto dal 1° giugno 2021.

Il tema in oggetto si caratterizza non solo per la sua marcata vocazione interdisciplinare, ma anche e, soprattutto, per la sua stringente attualità, in considerazione della urgente necessità di contrastare talune attività illecite che possono danneggiare gli interessi finanziari dell'Unione.

Sotto il profilo pratico-applicativo, assume una rilevanza centrale l'esigenza di garantire l'uniformità e l'effettività della tutela dei suddetti interessi, al fine di risolvere il c.d. *forum shopping* derivante dalla disparità delle norme penali e di procedura penale esistenti negli Stati membri e, più in generale, di realizzare gli obiettivi perseguiti dall'Unione.

Sebbene molte questioni ancora oggi rimangano irrisolte e nuove questioni si affaccino all'orizzonte, è possibile intravedere alcuni primi segnali positivi.

In primo luogo, il controllo giurisdizionale della Corte di giustizia, soprattutto attraverso lo strumento pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, offre ampie garanzie sia per quanto riguarda l'efficace applicazione del Regolamento EPPO sia per quanto riguarda il rispetto dei diritti (fondamentali e non) delle persone indagate. Ne è la prova la recente sentenza *G. K. e a.* (del 21 dicembre 2023 in causa n. C-281/22), da cui si deduce che, nel caso di un'indagine transfrontaliera svolta dalla Procura europea, la competenza a controllare l'adozione e la giustificazione delle misure investigative spetta ai giudici dello Stato membro del procuratore responsabile dell'indagine, mentre il sindacato giurisdizionale nei restanti Stati membri si limita agli aspetti esecutivi. La Corte di giustizia ha altresì garantito un giusto equilibrio tra esigenze differenti, mettendo in risalto che, in caso di grave ingerenza nei diritti della persona interessata garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, le misure investigative devono essere sottoposte ad un previo controllo giurisdizionale effettuato nello Stato membro del procuratore responsabile dell'indagine.

In secondo luogo, occorre riconoscere che l'istituzione di una Procura europea, autonoma e indipendente, ha da subito riscosso un notevole successo considerando che nei suoi primi anni di vita vi è stato un elevato numero tanto di denunce di reato provenienti dai privati quanto di indagini avviate, che è destinato ad aumentare in futuro. Ciò rappresenta un segno tangibile della crescente sensibilità dei cittadini dell'Unione e delle grandi aspettative che essi ripongono nella Procura europea e nella sua capacità di perseguire i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

In terzo luogo, occorre considerare che sul piano nazionale esistono

intersezioni di rilievo tra Piano nazionale di ripresa e resilienza (“PNRR”) e Procura europea, in quanto i controlli sull’utilizzo dei fondi PNRR, con finalità antifrode e anticorruzione, vengono svolti all’interno dell’Unione europea anche dalla Procura europea, con il compito di indagare e perseguire i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea.

Tali controlli sono previsti dal Regolamento (Ue) n. 241/2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, e sono effettuati in tutte le fasi di erogazione dei fondi dell’Unione (sia nella fase istruttoria che precede la loro concessione sia in corso d’opera e dopo che l’intervento è stato completato). È anche il caso di rilevare che, nell’ottica del dialogo tra differenti organi (dell’Unione e nazionali) e proprio per rendere efficaci questi controlli sulla gestione dei fondi del PNRR, la Procura europea ha sottoscritto in Italia rilevanti accordi di collaborazione con la Corte dei conti e l’Agenzia delle entrate.

Per quanto appaia ancora prematuro tracciare bilanci ed esprimere un giudizio valutativo compiuto relativamente all’efficacia e all’idoneità dei nuovi strumenti a realizzare gli obiettivi perseguiti, occorre ammettere che i risultati finora ottenuti lasciano ben sperare per il futuro della Procura europea e per un *enforcement* della cooperazione giudiziaria penale nell’ordinamento dell’Unione europea.

Fabio Ferraro*

* Ordinario di Diritto dell’Unione europea / Università degli Studi di Napoli Federico II

LA PROCURA EUROPEA (“EPPO”): STRUTTURA, COMPETENZE E PROBLEMI ISTITUZIONALI RELATIVI ALLA LEGGE APPLICABILE*

Sommario: **1.** *Introduzione: struttura della Procura europea* - **2.** *Il principale problema istituzionale inerente al funzionamento della Procura europea: l'individuazione della legge applicabile* - **2.1** *L'art. 5, par. 3, del Regolamento EPPO avente ad oggetto i «Principi fondamentali» in materia di rapporti fra le norme del Regolamento stesso ed il diritto nazionale* - **2.2** *Quale, fra vari diritti nazionali, è applicabile ad un dato procedimento* - **2.3** *Rapporti fra norme del Regolamento EPPO e diritto penale nazionale: classificazione in tre gruppi* - **2.3.1** *Esempi di materie disciplinate, sia dalle norme del Regolamento sia da norme nazionali* - **a.** *misure investigative (art. 30); b.* *indagini transfrontaliere (artt. 31 e 32); c.* *«Forme semplificate di azione penale» (art. 40)* - **2.4** *Gli articoli del Regolamento EPPO che rinviano a direttive dell'Unione «quali attuate nel diritto nazionale»* - **2.4.1** *Il rinvio ex art. 22, par. 1, del Regolamento EPPO alla direttiva n. 2017/1371/UE avente ad oggetto la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione (c.d. «PIF»)* - **2.4.1.1** *I reati previsti dalla direttiva n. 2017/1371/UE c.d. PIF* - **2.4.1.2** *Il problema dell'individuazione delle norme di diritto nazionale che costituiscono recepimento della direttiva PIF* - **2.4.2** *Il rinvio operato dall'art. 41 del Regolamento EPPO alle direttive dell'Unione aventi ad oggetto i diritti degli indagati e degli imputati nei procedimenti penali* - **3.** *Conclusioni.*

* Testo della relazione presentata al Convegno tenutosi a Napoli il 27 ottobre 2023 su «*La Procura europea e i controlli sulle erogazioni dei fondi PNRR*» organizzato nell'Università Federico II, con il patrocinio di AISDUE - Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione Europea, e destinata ad essere inserita nel volume contenente gli Atti del Convegno, in corso di pubblicazione, con i tipi della Casa editrice Editoriale Scientifica di Napoli.

1. Introduzione: struttura della Procura europea

Sono passati ormai sette anni dall'entrata in vigore del Regolamento (Ue) n. 2017/1939 «relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea ("EPPO")»¹, adottato dal Consiglio dei Ministri della giustizia dell'Unione europea il 12 ottobre 2017 e sono passati tre anni dall'inizio effettivo (1° giugno 2021) dell'attività di questa nuova autorità giudiziaria europea che rappresenta un decisivo passo avanti nella costruzione dello «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia» disciplinato dagli artt. 67-89 (Parte terza - Titolo V) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Si tratta di un atto legislativo particolarmente corposo di 120 articoli e 121 *considerando*, che ha profondamente modificato ed esteso l'originaria proposta della Commissione europea del 17 luglio 2013 di 75 articoli².

Con il suddetto Regolamento (Ue) n. 2017/1939 gli Stati membri partecipanti hanno operato un significativo trasferimento di competenze di natura giudiziaria da organi pubblici nazionali (le procure degli Stati membri) ad un'autorità dell'Unione, per l'appunto la Procura europea. L'oggetto del presente contributo sarà una breve presentazione della struttura della Procura europea e dei suoi vari organi e rispettive funzioni, nonché l'analisi di una delle essenziali "chiavi di lettura" dei 120 articoli del Regolamento EPPO, vale a dire il problema dell'individuazione della legislazione, penale sostanziale e penale processuale, che gli organi della Procura stessa sono tenuti ad applicare nell'esercizio delle rispettive funzioni. L'esame della problematica riguardante la legge applicabile da parte dell'EPPO comporterà anche un'analisi delle principali competenze della Procura europea, vale a dire dei reati che la stessa è tenuta a perseguire a seguito del trasferimento delle funzioni investigative e di esercizio dell'azione penale operato dal Regolamento (Ue) n. 2017/1939.

La Procura europea «è un organo dell'Unione indivisibile che opera come un ufficio unico con struttura decentrata» (art. 8, par. 1, del Regolamento EPPO). L'ufficio centrale della Procura europea, che ha sede in Lussemburgo, è formato dal procuratore capo europeo, dai 23 procuratori

¹ Pubblicato in *Gu-Ue* n. L 283 del 31 ottobre 2017, pp. 1-71. «EPPO» è l'acronimo in inglese della denominazione «*European Public Prosecutor's Office*». Sulla genesi e le prospettive della Procura europea, si veda l'articolo di F. DE ANGELIS, uno dei "padri fondatori" di tale progetto, intitolato «*The European Public Prosecutor Office (EPPO): past, present and future*», in *Eu crim*, Issue 4 (2019) pp. 272-276. Il Regolamento (Ue) n. 2017/1939 ha formato l'oggetto di un dettagliato commentario articolo per articolo di H. HERRNFELD - D. BRODOWSKI - C. BURCHARD, *European Public Prosecutor's Office*, Baden-Baden, Nomos, 2021.

² Documento Com(2013)534 finale, del 17 luglio 2013.

europei³ due dei quali sono eletti dai loro pari sostituti del procuratore capo e dal direttore amministrativo. Il c.d. livello decentrato della Procura europea è invece composto dai procuratori europei delegati (PED) che hanno sede e operano negli Stati membri (art. 8, par. 2, 3 e 4). Sulla base dell'art. 9, il Collegio della Procura europea, formato dal procuratore capo e dai 23 procuratori europei, è competente per le «questioni di ordine generale» inerenti alla «supervisione» e alla «coerenza» delle indagini e dell'esercizio dell'azione penale della Procura stessa in tutti gli Stati partecipanti. Fra queste competenze di carattere generale del Collegio la più importante è senz'altro quella consistente nell'adozione del regolamento interno della Procura europea.

In applicazione di detto regolamento interno, il Collegio nomina quindici camere permanenti, formate da un presidente e da altri due procuratori europei quali membri permanenti della camera stessa, più il procuratore europeo dello Stato membro nel quale il procuratore delegato svolge l'indagine e/o esercita l'azione penale (artt. 10 e 12, par. 1, del Regolamento EPPO). Alle camere permanenti spettano, sempre in base all'art. 10, le principali decisioni relative alle indagini condotte dai procuratori delegati, quali ad esempio l'esercizio dell'azione penale dinanzi ad un tribunale di uno Stato membro ex art. 36 del Regolamento, l'archiviazione di un procedimento ex art. 39, l'applicazione di una «procedura semplificata di azione penale» ex art. 40, il rinvio di un procedimento ad una procura nazionale ex art. 34, l'esercizio del diritto di avocazione da parte di un procuratore delegato ex art. 27. Più in generale spettano alle camere permanenti la supervisione sulle indagini condotte dai procuratori delegati, nonché il coordinamento delle indagini e delle azioni penali nei casi transfrontalieri (art. 10, par. 2).

Le camere permanenti sono composte da tre procuratori europei, ai quali si può aggiungere, se non è già membro effettivo della camera stessa, il procuratore europeo dello Stato membro in cui si trova il procuratore delegato europeo titolare dell'indagine («incaricato del caso»). Ogni camera permanente delibera a maggioranza semplice dei suoi componenti. In caso di parità, prevale il voto del presidente (art. 10, par. 6). Dopo l'adesione della Polonia alla Procura europea, che porterà il numero dei procuratori europei a 24 (23, più il procuratore capo europeo), il numero delle camere permanenti passerà quasi certamente da quindici a sedici. Fino ad oggi non sono state designate camere permanenti specializzate in specifiche catego-

³ Il presente studio include anche la Polonia come XXIII Stato partecipante alla Procura europea, essendo imminente la prestazione del giuramento del procuratore europeo designato dal nuovo Governo di quello stesso Stato membro.

rie di reati e pertanto i procedimenti sono attribuiti indifferentemente a ciascuna camera permanente ed iscritti nel «Sistema automatico di gestione dei fascicoli» disciplinato dagli artt. 44-46 del Regolamento EPPO. Ogni camera permanente si riunisce in via ordinaria due volte al mese, ma il presidente può senz'altro convocare riunioni straordinarie in caso d'urgenza. Ogni procuratore europeo è tenuto a presentare alla camera permanente di appartenenza una sintesi del caso soggetto alla sua supervisione e, se necessario, formula una proposta di decisione da sottoporre alla camera permanente, proposta che è a sua volta basata su un progetto di decisione elaborato dal procuratore europeo delegato «incaricato del caso» (artt. 10, par. 6, e 12, par. 1, del Regolamento).

Il «braccio operativo» della Procura europea è costituito dalla rete dei procuratori europei delegati (PED) che esercitano le loro funzioni direttamente sul territorio degli Stati membri partecipanti, in numero minimo di due per ogni Stato⁴. I procuratori europei delegati, in forza dell'art. 13 del Regolamento EPPO, «dispongono degli stessi poteri dei procuratori nazionali in materia di indagine, azione penale e atti volti a rinviare i casi a giudizio» in quanto sono magistrati inquirenti degli Stati membri distaccati dalle procure nazionali alla Procura europea, ma che operano sotto l'esclusiva direzione («indicazioni e istruzioni») della camera permanente «incaricata del caso» e del procuratore europeo pure incaricato della supervisione del singolo procedimento (art. 13, par. 1, secondo comma). I procuratori delegati europei costituiscono senz'altro l'istituto più originale creato dal Regolamento EPPO in quanto assommano nell'esercizio della loro attività, sia i poteri loro conferiti dal diritto penale e processuale penale del loro Stato membro di provenienza, sia i poteri loro attribuiti dal Regolamento (Ue) n. 2017/1939 ed eventualmente da altri atti di diritto dell'Unione. Spetta in generale ai PED condurre le indagini su tutte le ipotesi di reato di competenza della Procura europea, promuovere e partecipare all'assunzione delle prove, esercitare i rimedi giurisdizionali previsti dal diritto processuale nazionale, formulare l'imputazione ed esercitare l'azione penale rappresentando la Procura europea dinanzi alle giurisdizioni penali degli Stati membri (art. 13, par. 1, terzo comma). Più in particolare, fra i principali obblighi e poteri dei PED figurano: l'avvio delle indagini su un reato di competenza della Procura europea (art. 26); l'esercizio del diritto di avocazione di un'indagine penale iniziata da un pubblico ministero nazionale (art. 27); l'adozione delle misure investigative previste dal diritto nazionale e dal Regolamento EPPO (artt. 28 e 30); l'adozione di

⁴ L'Italia ha in organigramma 22 procuratori europei delegati, dei quali 17 sono stati già nominati e operano sul territorio italiano alla data del presente studio (marzo 2024).

una misura investigativa transfrontaliera con la conseguente assegnazione di tale misura al PED «avente sede nello Stato membro in cui la misura deve essere eseguita» (art. 31); la disposizione dell'arresto dell'imputato in conformità del diritto nazionale (art. 33); a conclusione dell'indagine, la redazione di un progetto di proposta relativa all'esercizio dell'azione penale, o relativa al ricorso ad una «procedura semplificata di azione penale»⁵, o all'archiviazione del procedimento, da sottoporre alla camera permanente per la decisione (artt. 35, 36, 39 e 40).

2. Il principale problema istituzionale inerente al funzionamento della Procura europea: l'individuazione della legge applicabile

2.1 L'art. 5, par. 3, del Regolamento EPPO avente ad oggetto i "Principi fondamentali" in materia di rapporti fra le norme del Regolamento stesso ed il diritto nazionale

Il primo e cruciale problema che la Procura europea, nelle sue varie articolazioni (camere permanenti, procuratori europei e procuratori europei delegati), deve affrontare è quello delle regole di diritto, sostanziale e processuale, da applicare nell'esercizio quotidiano delle proprie funzioni di indagine e di azione penale. Il primo strumento di soluzione dei potenziali conflitti di legge applicabile all'attività della Procura europea si trova all'art. 5, par. 3, del Regolamento (Ue) n. 2017/1939 («Principi fondamentali delle attività»), che stabilisce tre norme di principio.

In primo luogo: «Le indagini e le azioni penali a nome dell'EPPO sono disciplinate dal presente regolamento», il quale costituisce pertanto la fonte normativa primaria dell'attività della Procura europea. In secondo luogo, l'applicazione della legislazione processuale penale degli Stati membri subentra soltanto in via suppletiva: «Il diritto nazionale si applica agli aspetti non disciplinati dal presente regolamento» (art. 5, par. 3, seconda frase). Ed infine, nel caso in cui una data categoria di atti sia disciplinata, sia da norme del Regolamento (Ue) n. 2017/1939 sia da disposizioni di diritto processuale penale di uno Stato membro, ed in particolare in caso di conflitto di norme, saranno le disposizioni del Regolamento europeo a prevalere sulle corrispondenti norme nazionali di procedura penale, in applicazione del principio di supremazia del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati membri⁶: «Qualora un aspetto sia disciplinato sia dal di-

⁵ «Transazione penale» nella proposta di regolamento della Commissione; «patteggiamento» in diritto italiano.

⁶ Dichiarazione n. 17 «relativa al primato» allegata Trattato di Lisbona, che si basa su un

ritto nazionale che dal presente regolamento, prevale quest'ultimo» (art. 5, par. 3, quarta frase).

Una precisazione importante merita di essere formulata su questo punto. L'art. 5, par. 3, del Regolamento, che stabilisce, si noti, dei «principi fondamentali», vale a dire generali, non opera un rinvio a specifiche norme o atti legislativi di diritto nazionale, quali le leggi degli Stati membri volte a recepire le direttive dell'Unione (su alcuni articoli del Regolamento che rinviano a specifiche direttive «quali attuate nel diritto nazionale», si vedrà più oltre nel presente studio). L'art. 5, par. 3, opera invece una netta ripartizione di legge applicabile fra il Regolamento EPPO e la legislazione processuale penale degli Stati membri, che pertanto si applicherà *iure proprio* nelle aree di attività della Procura europea non regolate dalle prescrizioni del Regolamento stesso. Questo comporta l'importante conseguenza che le norme processuali puramente nazionali disciplinanti numerose categorie di atti della Procura europea andranno interpretate unicamente sulla base della giurisprudenza dei giudici penali degli Stati membri, ed in particolare delle Corti di cassazione o equivalenti giurisdizioni supreme nazionali.

Più precisamente, da un lato, non sarà applicabile alle norme di procedura penale nazionali applicabili *iure proprio* il principio dell'«interpretazione conforme» delle disposizioni di uno Stato membro volte a recepire una direttiva dell'Unione, rispetto all'obiettivo perseguito dalla direttiva stessa⁷. Dall'altro, tali medesime norme processuali nazionali applicabili *iure proprio* non potranno essere considerate disposizioni di «attuazione del diritto dell'Unione» ai sensi dell'art. 51, par. 1, prima frase, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con la conseguenza che la loro legittimità non potrà essere contestata sulla base del diritto europeo ed in particolare sulla base degli artt. 47-50 del Titolo VI della Carta stessa («Giustizia»). Tuttavia sussiste evidentemente un nesso soggettivo fra la Procura europea e la Carta dei diritti fondamentali, che secondo lo stesso art. 51, par. 1, si applica a tutte le Istituzioni e a tutti gli organi dell'Unione, anche nel caso, del tutto inedito nella storia costituzionale europea, in cui un organo dell'Unione si trova ad applicare, ed in misura preponderante, prescrizioni di diritto puramente nazionale non armonizzate a livello europeo⁸.

parere del Servizio giuridico del Consiglio UE, il quale, a sua volta, rinvia alla nota sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, *Costa c. Enel*, EU:C:1964:66.

⁷ Giurisprudenza costante, inaugurata con le sentenze *Marleasing* del 13 novembre 1990 in causa n. C-106/89, EU:C:1990:395, e *Faccini Dori*, del 14 luglio 1992 in causa n. C-91/92, EU:C:1994:292.

⁸ Questa è un'opinione dello scrivente, che peraltro condivide pienamente l'analisi molto dettagliata effettuata da V. MITSILEGAS e da F. GIUFFRIDA in «*The European Public Prosecutor's Office and human rights*», in W. GEELHOED - L. H. ERKELENS - A. W. H. MEIJ, *Shifting*

Questa circostanza spiega la pertinenza del richiamo alla Carta dei diritti fondamentali contenuto all'art. 5, par. 1, del Regolamento: «L'EPPO garantisce che le sue attività rispettino i principi sanciti dalla Carta». Ne consegue che tutti gli organi dell'EPPO, ed in particolare i procuratori delegati incaricati delle indagini, dovranno assicurare, in forza del vincolo soggettivo che discende espressamente dall'art. 5, par. 1, del Regolamento, tutte le garanzie previste dalla Carta dei diritti fondamentali anche nei frequenti casi in cui si troveranno ad applicare disposizioni puramente nazionali di procedura penale. *Quid* in caso di conflitto fra una di tali norme nazionali applicabili *iure proprio* e una prescrizione della Carta, ad esempio l'art. 48, par. 2, riguardante «il rispetto dei diritti della difesa»? In termini di puro diritto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non si applica, come si è visto, a legislazioni degli Stati membri che non costituiscono attuazione del diritto dell'Unione. Tuttavia un elementare buon senso giuridico porta ad escludere la situazione assurda di organi dell'Unione, quali una camera permanente o più frequentemente un procuratore delegato dell'EPPO, che fossero costretti a dare applicazione ad una norma della procedura penale di uno Stato membro in violazione di un diritto fondamentale dell'imputato garantito dalla Carta.

Ne consegue che in tale ipotesi di conflitto di norme, un procuratore europeo delegato, sulla base dell'art. 5, par. 1, del Regolamento, che è in quanto tale direttamente applicabile in tutti gli Stati membri partecipanti e prevale su qualsiasi disposizione legislativa nazionale incompatibile, dovrebbe astenersi dall'applicare una norma processuale del proprio Stato membro che risultasse in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Carta, senza incorrere per questo in alcuna responsabilità disciplinare⁹. In caso di dubbio interpretativo, il procuratore delegato potrebbe sempre prospettare al giudice nazionale competente per la supervisione dell'indagine o al giudice del processo, l'opportunità di porre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia avente ad oggetto in particolare il campo di applicazione, oggettivo e soprattutto soggettivo, dell'art. 5, par. 1, del Regolamento EPPO in rapporto all'art. 51, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali.

perspectives on the European Public Prosecutor's Office, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2018, pp. 59, 64-65.

⁹ Grazie alla provvidenziale disposizione di garanzia di cui all'art. 17, par. 4, del Regolamento EPPO: «Uno Stato membro non può rimuovere dall'incarico un procuratore europeo delegato o adottare provvedimenti disciplinari nei suoi confronti per motivi connessi alle responsabilità che gli derivano dal presente regolamento, senza il consenso del procuratore capo europeo».

Lo stesso art. 5, par. 3, terza frase, contiene poi un'altra norma di principio che richiede tuttavia una chiara distinzione fra due ordini di problemi di legge applicabile nell'esercizio dell'attività della Procura europea: «Salvo disposizione contraria del presente regolamento, il diritto nazionale applicabile è il diritto dello Stato membro il cui procuratore europeo delegato è incaricato del caso ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1». Il rinvio all'art. 13, par. 1, del medesimo Regolamento EPPO risulta poco chiaro, in quanto tale norma, inserita nella sezione riguardante lo «Status e struttura dell'EPPO», ha un carattere estremamente generale e si limita ad enunciare i poteri di cui dispongono i procuratori delegati e gli obblighi ai quali gli stessi sono soggetti. Era certamente più comprensibile la disposizione che figurava nel corrispondente articolo della proposta della Commissione europea (art. 11, par. 3), che si riferiva esplicitamente al diritto dello Stato membro in cui il procuratore delegato incaricato del caso svolge l'indagine o esercita l'azione penale, Stato membro che nel testo finale del Regolamento adottato nel 2017 deve essere individuato sulla base rispettivamente, dell'art. 26, par. 4 e 5, (avvio delle indagini) e 36, par. 3 e 4, (esercizio dell'azione penale).

Da questa prima lettura dell'art. 5, par. 3, del Regolamento EPPO, appare evidente come il problema della legge applicabile si ponga a due distinti livelli. In primo luogo, i vari organi della Procura europea, ed in particolare i suoi procuratori delegati che effettuano materialmente le indagini e, se del caso, esercitano l'azione penale, dovranno individuare quali disposizioni del Regolamento disciplinano direttamente le proprie attività e quale spazio residua all'applicazione del diritto processuale penale nazionale e, se risultano applicabili norme di diritto nazionale, dovranno valutare in che misura queste ultime sono compatibili con le prescrizioni del Regolamento dell'Unione. In caso di incompatibilità, o anche soltanto di sovrapposizione di norme disciplinanti la stessa materia, i procuratori delegati saranno inoltre tenuti, sulla base del principio di supremazia del diritto europeo enunciato all'art. 5, par. 3, ultima frase, a dare applicazione alle norme del Regolamento e a lasciare inapplicate le disposizioni di diritto nazionale aventi ad oggetto i medesimi atti procedurali.

In secondo luogo, la Procura europea, ed in particolare le camere permanenti nel caso di ipotesi di reati transnazionali, dovranno decidere in quale Stato membro concentrare le indagini e l'eventuale successiva azione penale, e quindi quale, fra vari diritti nazionali, sarà applicabile.

Appare altresì evidente che la prima decisione in ordine alla legge applicabile (norme del Regolamento EPPO rispetto alle norme processuali nazionali, in un rapporto per così dire "verticale" di gerarchia) si situa *a monte* della seconda decisione che avrà per oggetto la scelta, nel caso di

ipotesi di reati transnazionali, di quale diritto nazionale applicare, in un rapporto di alternatività per così dire “orizzontale”, come conseguenza, o della scelta dello Stato membro in cui avviare l’indagine (art. 26, par. 4 e 5), o della scelta dello Stato membro in cui esercitare l’azione penale (art. 36, par. 3, che rinvia in parte all’art. 26, par. 4 e 5).

2.2 *Quale, fra vari diritti nazionali, è applicabile ad un dato procedimento*

Più in particolare, per quanto riguarda la scelta dello Stato membro in cui avviare le indagini, l’art. 26, par. 4, utilizza criteri molto generali quali «lo Stato membro in cui si trova il centro dell’attività criminosa» oppure, «se sono stati commessi più reati connessi di competenza dell’EPPO (...) lo Stato membro in cui è stata commessa la maggior parte dei reati». Nulla è precisato nel Regolamento, neppure nei *considerando*, in ordine ai criteri in base ai quali individuare il «centro dell’attività criminosa»¹⁰ o la «maggior parte dei reati»¹¹. Il procuratore delegato dovrà applicare unicamente criteri quantitativi (il livello delle sanzioni e/o il numero di infrazioni), o unicamente criteri qualitativi (la natura dei reati, lo status degli imputati, l’importanza degli atti preparatori, l’estensione dell’eventuale organizzazione criminale alla quale è riconducibile il complesso delle frodi ai danni del bilancio dell’Unione), o un *mix* di entrambi i tipi di parametri¹²? La camera permanente competente può poi derogare a tali criteri ed assegnare il procedimento ad un procuratore delegato di un altro Stato membro, che potrà essere, in ordine di priorità, quello del «luogo di residenza abituale dell’imputato», o lo Stato membro di cui l’imputato ha la nazionalità, o lo Stato membro del «luogo in cui si è verificato il danno principale», senza che della nozione di «danno principale» sia data alcuna definizione (art. 26, par. 4). La camera permanente competente può inoltre «nell’interesse generale della giustizia», «a) riassegnare il caso ad un procuratore di un altro Stato membro; b) riunire o separare i casi e, per ogni caso, scegliere il procuratore europeo delegato che ne è incaricato» (art. 26, par. 5). Per fortuna il *considerando* n. 68 del Regolamento EPPO fornisce alcuni esempi concreti di quello in cui può consistere «l’interesse generale della giustizia» che solo può giustificare la riassegnazione, la riunione o la separazione dei procedimenti nella fase che precede l’esercizio dell’azione pe-

¹⁰ In inglese, che è la lingua nella quale è stata redatta e negoziata la proposta di regolamento EPPO, l’espressione equivalente è «*focus of the criminal activity*».

¹¹ Cfr. l’espressione inglese «*the bulk of offences*».

¹² M. LUCHTMAN, *Forum choice and judicial review under the EPPO’s legislative framework*, in W. GEELHOED - L. H. ERKELENS - A. W. H. MEIJ, *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor’s Office*, 2018, *cit. supra*, nota 8 (nota 9), pp. 155, 157-158.

nale¹³ e che si traduce in pratica «nell'interesse dell'efficienza delle indagini»¹⁴.

Quanto poi all'individuazione dello Stato membro nel quale il procuratore delegato eserciterà l'azione penale nei casi in cui i tribunali penali di più Stati abbiano giurisdizione, l'art. 36, par. 3, stabilisce una regola generale secondo la quale «la camera permanente, in linea di principio, decide che l'azione penale è esercitata nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso», vale a dire lo Stato membro del procuratore delegato che ha condotto l'indagine. Tuttavia, gli stessi motivi di cui all'art. 26, par. 4 e 5, testé esaminati, che possono giustificare lo spostamento di un'indagine da uno Stato membro all'altro (i tre criteri sopracitati in ordine di priorità, «l'interesse generale della giustizia», ecc.), possono egualmente legittimare la decisione della camera permanente di esercitare l'azione penale in uno Stato diverso da quello in cui è stata svolta l'indagine stessa e di affidare di conseguenza il processo ad un procuratore delegato di questo altro Stato.

La camera permanente può anche decidere, in forza del par. 4 dello stesso art. 36, «di riunire vari procedimenti, qualora diversi procuratori europei delegati abbiano condotto indagini nei confronti della stessa o delle stesse persone, affinché l'azione penale sia esercitata dinanzi agli organi giurisdizionali di un unico Stato membro che, in conformità del suo diritto, ha giurisdizione per ciascuno di detti procedimenti». *Quid* nel caso contrario in cui non fosse possibile per un unico procuratore delegato esercitare l'azione penale dinanzi al giudice di un unico Stato membro in quanto tale Stato, sulla base della propria legislazione, sarebbe carente di giurisdizione su uno o alcuni dei procedimenti avviati da diversi procuratori delegati nei confronti di uno o più imputati in altri Stati membri? Non resterebbe alla camera permanente competente che dare istruzione a più procuratori delegati di iniziare processi dinanzi ai giudici di diversi Stati membri contro lo stesso o gli stessi imputati.

¹³ «Finché non sia deciso di esercitare l'azione penale (...)» (frase introduttiva dell'art. 26, par. 5, del Regolamento EPPO).

¹⁴ «Se più procuratori europei delegati hanno avviato indagini in relazione allo stesso reato, la camera permanente dovrebbe se del caso, riunire tali indagini. La camera permanente può decidere di non riunire o di separare successivamente tali procedimenti qualora ciò sia nell'interesse dell'efficienza delle indagini, ad esempio se un procedimento nei confronti di un indagato o di un imputato può essere chiuso in una fase più precoce, mentre i procedimenti nei confronti degli altri indagati o imputati devono ancora proseguire, o se la separazione del caso può abbreviare il periodo di detenzione preventiva di uno degli indagati» (punto 68 della motivazione del Regolamento EPPO).

2.3 Rapporti fra norme del Regolamento EPPO e diritto penale nazionale: classificazione in tre gruppi

Le tre norme di principio, sopra ricordate, che il legislatore europeo ha enunciato all'art. 5, par. 3, in ordine ai rapporti fra il Regolamento (Ue) n. 2017/1939 e il diritto nazionale, consentono di classificare in tre gruppi le disposizioni contenute nei 120 articoli del Regolamento stesso. Il primo gruppo è costituito da quelle norme del Regolamento che disciplinano in modo esaustivo una data attività della Procura europea o una data categoria dei suoi atti procedurali. Esempi di questo primo gruppo di disposizioni sono i 43 articoli (artt. 47-89) del Regolamento che riguardano il trattamento e la protezione dei dati personali acquisiti dalla Procura europea nel corso delle proprie indagini, nonché gli artt. 43-46 aventi ad oggetto il sistema automatico di gestione dei fascicoli dell'EPPO. Fra le attività più propriamente operative della Procura europea, esempi di una normativa *self standing* dell'Unione si possono individuare nel «Diritto di avocazione» di procedimenti ad opera della Procura europea nei casi in cui tale facoltà di avocazione è consentita (art. 27) e probabilmente nella disciplina dei sette motivi di archiviazione di un procedimento penale contenuta all'art. 39 («Archiviazione del caso»), come si potrebbe dedurre dalla riserva di giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia in caso di contestazione delle decisioni di archiviazione emanate dalle camere permanenti (art. 42, par. 3). In tutti questi casi, i vari organi competenti della Procura europea applicheranno esclusivamente le norme del Regolamento, che prevarranno su eventuali norme nazionali che per ipotesi regolassero la medesima materia o le medesime categorie di atti (art. 5, par. 3, quarta frase, sopracitato).

All'estremo opposto, si può configurare un secondo gruppo di disposizioni del Regolamento che rinviano *in toto* al diritto nazionale: e questo per la semplice ragione che l'esecuzione di certi atti investigativi non può che essere interamente affidata ai pubblici ministeri ed alle polizie giudiziarie degli Stati membri. Un chiaro esempio di tale applicazione esclusiva del diritto nazionale (più precisamente: il diritto dello Stato membro nel quale il procuratore delegato svolge l'indagine) è dato dall'art. 33, par. 1, del Regolamento, riguardante «l'arresto preventivo» dell'imputato, che il procuratore delegato potrà «disporre o chiedere», nella sua veste di pubblico ministero di uno Stato membro, «in conformità del diritto nazionale applicabile in casi nazionali analoghi». Per le medesime ragioni, sarà esclusivamente sulla base del diritto dello Stato membro in cui si svolge l'indagine, che «le autorità nazionali competenti adottano (...) le misure urgenti necessarie per garantire l'efficacia delle indagini, anche quando non agiscono specificamente su istruzione del procuratore europeo delega-

to incaricato del caso» (art. 28, par. 2, del Regolamento EPPO). Le misure urgenti restano pertanto interamente disciplinate dal diritto processuale penale dello Stato membro, o dei vari Stati membri, in cui vengono condotte le indagini (e il Regolamento non contiene altre menzioni delle stesse, oltre al precitato art. 28, par. 2), a prescindere dalla circostanza che tali misure urgenti siano richieste alle «autorità nazionali competenti» (ad esempio ad un pubblico ministero puramente nazionale, o alla polizia giudiziaria dello Stato in cui devono essere eseguite) dal procuratore europeo delegato, o siano disposte d'iniziativa da queste medesime autorità.

I problemi interpretativi più delicati e complessi sorgono laddove una data categoria di atti investigativi o processuali è regolata in parte dal diritto dell'Unione e in parte dal diritto nazionale. *A monte* infatti dei problemi inerenti al controllo giurisdizionale di tali atti per così dire "misti" – controllo di cui si tratterà *infra* – saranno i vari organi della Procura europea responsabili dell'avvio e della gestione di un procedimento, in particolare i procuratori europei delegati, che dovranno preventivamente interpretare tutte le norme del Regolamento che disciplinano determinati atti investigativi, in parallelo con le norme di diritto nazionale disciplinanti gli stessi atti, e decidere fino a che punto essi (procuratori delegati) saranno tenuti ad applicare il diritto dell'Unione e a partire da quale punto i presupposti, le modalità di esecuzione e le conseguenze giuridiche di un dato atto resteranno regolati dal diritto dello Stato membro in cui si svolge l'indagine. Questo è pertanto il terzo gruppo di articoli del Regolamento, individuato sulla base della suesposta classificazione degli articoli stessi dal punto di vista della legge applicabile. Qualche esempio pratico può dare un'idea più precisa dei delicati problemi di legge applicabile che questo terzo gruppo di articoli del Regolamento, certamente il più numeroso, porrà alla Procura europea.

2.3.1 *Esempi di materie disciplinate, sia dalle norme del Regolamento sia da norme nazionali*

a. *misure investigative (art. 30)*

L'importantissimo art. 30 del Regolamento impone agli Stati membri di assicurare che nei rispettivi codici di procedura penale sia previsto, «almeno nei casi in cui il reato oggetto dell'indagine è punibile con una pena massima di almeno quattro anni» un «nucleo minimo di misure investigative»¹⁵ enumerate al par. 1: *a.* perquisizione; *b.* produzione di oggetti e documenti; *c.* produzione di dati informatici; *d.* sequestro degli strumenti o dei proventi del reato; *e.* intercettazione delle comunicazioni elettroni-

¹⁵ Considerando n. 70.

che; *f.* tracciamento di un oggetto mediante mezzi tecnici. Tutte queste sei misure investigative obbligatoriamente previste dalle legislazioni nazionali possono essere assoggettate dal diritto nazionale applicabile al procedimento, unicamente a «restrizioni specifiche che si applicano con riguardo a categorie specifiche di persone o di professionisti giuridicamente vincolati ad un obbligo di riservatezza». (art. 30, par. 2). Dal raffronto fra la regola generale di cui al par. 1 e l'eccezione prevista al par. 2, deriva la conseguenza che un procuratore europeo delegato potrà disapplicare, in forza del principio di prevalenza delle prescrizioni del Regolamento di cui al precitato art. 5, par. 3, le restrizioni di diritto nazionale diverse da quelle espressamente menzionate al par. 2 dell'art. 30, ad esempio restrizioni alle misure investigative che non riguardano categorie specifiche di persone o di professionisti giuridicamente vincolati ad un obbligo di riservatezza.

Il par. 3 dello stesso art. 30 consente tuttavia alle legislazioni degli Stati membri di assoggettare l'impiego delle misure investigative di cui alle lett. *c.* (produzione di dati informatici), *e.* (intercettazioni) e *f.* (tracciamento di oggetti) ad «ulteriori condizioni, comprese limitazioni», senza tuttavia precisarle e lasciando in tal modo ai legislatori nazionali un margine illimitato di discrezionalità. «In particolare – prosegue il par. 3 per complicare ancora di più la ricostruzione del quadro della legge applicabile – gli Stati membri possono limitare l'applicazione del paragrafo 1, lettere *e*) e *f*) del presente articolo a specifici reati gravi», il cui elenco dovrà essere notificato alla Procura europea dal Ministro della giustizia dello Stato membro che intende avvalersi di tale facoltà.

In conclusione, ogni procuratore europeo delegato che svolge un'indagine penale su un'ipotesi di reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione potrà raccogliere prove sulla base di un mosaico di regole “a geometria variabile” in funzione delle maggiori o minori limitazioni previste dalla propria legislazione nazionale e consentite dall'art. 30, par. 2, esaminando tuttavia preventivamente per ogni categoria delle sei categorie di misure investigative enumerate al par. 1, se il proprio legislatore nazionale si è avvalso delle più ampie facoltà di limitazione accordate dal par. 3 dello stesso art. 30. Il par. 4 dell'art. 30, abilita infine i procuratori delegati «a chiedere o a disporre, oltre alle misure di cui al par. 1, qualsiasi altra misura del loro Stato membro che il diritto nazionale mette a disposizione dei procuratori in casi nazionali analoghi», il che rappresenta un ulteriore elemento di complicazione perché tutte queste altre misure investigative restano disciplinate esclusivamente dal diritto nazionale con le conseguenze di natura istituzionale sopra descritte, in ordine all'applicabilità della sola giurisprudenza nazionale e alla difficoltà di applicazione della Carta dei diritti fondamentali.

b. *indagini transfrontaliere (artt. 31 e 32)*

E questo, senza contare le ulteriori difficoltà di ricostruzione della legge applicabile da un punto di vista “orizzontale” (scelte di norme applicabili fra vari diritti nazionali) quando un procuratore delegato richiede, sulla base dell’art. 31 del Regolamento, la collaborazione di un procuratore delegato di un altro Stato membro per eseguirvi «qualsiasi misura (investigativa) a sua disposizione conformemente all’art. 30» (pertanto: sia le sei previste all’art. 30 par. 1, sia quelle di puro diritto nazionale ex par. 4). In tal caso le misure investigative richieste dal procuratore delegato incaricato del caso “sono eseguite conformemente al presente regolamento e al diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza” (art. 32, prima frase). D’altra parte, sempre in sede di esecuzione delle misure investigative, quest’ultimo procuratore delegato dovrà osservare “le formalità e le procedure espressamente indicate dal procuratore europeo incaricato del caso, a meno che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza” (art. 32, seconda frase).

Ecco quindi delineato dallo stesso legislatore europeo un conflitto “orizzontale” di legge applicabile, che spetterà probabilmente alla camera permanente competente risolvere in forza del generale conferimento di poteri previsto all’art. 31, par. 8, del Regolamento in materia di conflitti fra procuratori delegati nell’ambito di indagini transfrontaliere. Il compito della camera permanente competente si prospetta tuttavia alquanto arduo, in quanto il Regolamento non specifica secondo quali regole e quali criteri la camera stessa dovrebbe risolvere questo tipo di conflitti e se eventualmente essa potrebbe ordinare al procuratore delegato incaricato di prestare assistenza, di eseguire comunque la misura investigativa richiesta dal procuratore delegato incaricato del caso¹⁶, il che peraltro appare poco probabile essendo in gioco, nella fattispecie, i «principi fondamentali» dell’ordinamento di uno Stato membro.

¹⁶ L’ipotesi di conflitto di leggi nazionali delineata all’art. 32 del Regolamento potrebbe rientrare nell’ipotesi di conflitto fra procuratori delegati prevista all’art. 31, par. 5, lett. d.: «la misura assegnata (...) non sarebbe disponibile in un caso nazionale analogo ai sensi del diritto del suo Stato membro» (lo Stato del procuratore al quale viene richiesta l’assistenza). Sui complessi problemi di acquisizione transfrontaliera di prove, si veda anche lo studio di A. CSURI, *Towards an inconsistent regime of cross border evidence: the EPPQ and the European Investigation Order*, in W. GEELHOED - L. H. ERKELENS - A. W. H. MEIJ, *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor’s Office*, 2018, cit. *supra*, nota 8, pp. 141-153.

c. «*Forme semplificate di azione penale*» (art. 40)

Un altro esempio assai significativo di applicazione concorrente delle norme del Regolamento EPPO e delle legislazioni nazionali disciplinanti la stessa categoria di atti, è dato dall'art. 40 avente ad oggetto le «Procedure semplificate di azione penale»¹⁷. Il corrispondente punto 82 della motivazione del Regolamento chiarisce molto bene che, laddove in una legislazione nazionale sono previste «forme di patteggiamento» della pena con l'imputato, ad un procuratore europeo delegato è conferito il potere di avvalersene «alle condizioni previste dal diritto nazionale e nelle situazioni previste dal presente regolamento». La delimitazione degli ambiti di applicazione delle due leggi applicabili è quindi chiara: in primo luogo queste forme semplificate di azione penale devono essere previste nel codice di procedura penale dello Stato membro in cui è stata condotta l'indagine¹⁸. Se sussistono i presupposti di diritto nazionale per applicare una di queste procedure semplificate, il procuratore delegato incaricato del caso può, sulla base di una sua prima valutazione, proporre alla camera permanente l'adozione di una decisione di avvio di tale medesima procedura semplificata.

La camera permanente decide sulla proposta di «procedura semplificata» formulata dal procuratore delegato sulla base dei tre motivi tassativamente enumerati all'art. 40, par. 2, del Regolamento, ad esclusione di qualsiasi altro criterio eventualmente previsto dalla legislazione penale nazionale: *a.* la gravità del reato e in particolare la circostanza che «il danno finale causato dal reato, al netto di un eventuale recupero di un importo corrispondente a tale danno, non sia rilevante»¹⁹; *b.* la volontà dell'imputato di riparare il danno causato dalla sua condotta illecita; *c.* la coerenza della proposta di decisione con gli obiettivi generali stabiliti dal collegio dei procuratori europei in materia di applicazione di «procedure semplificate di esercizio dell'azione penale». Se la camera permanente approva, esclusivamente sulla base della precitata norma di diritto dell'Unione, la

¹⁷ L'art. 29 della proposta di regolamento della Commissione aveva in inglese il titolo molto più esplicito di «*Transaction*».

¹⁸ La Commissione aveva invece proposto una procedura di «*transazione penale*» indipendente dal diritto degli Stati membri e disciplinata in modo esaustivo dall'art. 29 della proposta di Regolamento. Il fatto che le legislazioni penali di molti Stati membri non contemplassero tali forme di «*patteggiamento*» ha reso impossibile il raggiungimento di un accordo unanime in seno al Consiglio dei Ministri su questo importante aspetto dell'attività della Procura europea, aspetto tanto più importante e opportuno, in quanto la competenza della Procura riguarda, per il momento, unicamente taluni reati finanziari rispetto ai quali forme di «*transazione penale*» si prospettano più frequenti (v. L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Archivio penale* 2017, n. 3, pp. 1-61, 33).

¹⁹ *Considerando* n. 82 del Regolamento EPPO.

proposta di procedere ad un “patteggiamento” con l’imputato, il procuratore delegato può riprendere il procedimento applicando nuovamente il proprio diritto nazionale²⁰ ed emana un «provvedimento definitivo» che pone termine al procedimento nel sistema automatico di gestione dei fascicoli dell’EPPO (art. 40, par. 3, del Regolamento).

2.4 *Gli articoli del Regolamento EPPO che rinviano a direttive dell’Unione «quali attuate nel diritto nazionale»*

Un esame a parte e più specifico meritano due articoli del Regolamento che presentano un’importanza essenziale per l’attività della Procura europea e che rinviano a direttive dell’Unione «quali attuate dal diritto nazionale». Il primo di tali articoli è l’art. 22, par. 1, avente ad oggetto niente di meno che la «Competenza materiale dell’EPPO». Secondo questa disposizione: «L’EPPO è competente per i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione di cui alla direttiva (UE) 2017/1371²¹, quale attuata nel diritto nazionale»²².

Vi è poi l’art. 41 del Regolamento che disciplina la «Portata dei diritti degli indagati e degli imputati» e che prevede un «triplice livello di garanzie»²³ per gli imputati: in primo luogo le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali, «in particolare il diritto ad un giudice imparziale e i diritti della difesa» (art. 41, par. 1). In secondo luogo, le garanzie procedurali e processuali previste dalla legislazione europea ed in particolare dalle direttive dell’Unione «relative ai diritti degli indagati e degli imputati nel quadro di un processo penale, quali attuate dal diritto nazionale», di cui il par. 2 dello stesso art. 41 ne menziona espressamente cinque, aventi rispettivamente ad oggetto: *a.* il diritto all’interpretazione e alla traduzione²⁴; *b.* il diritto all’informazione e il diritto di accesso alla documentazione relativa all’indagine²⁵; *c.* il diritto di accesso ad un difensore e il diritto di informare terzi in caso di detenzione²⁶; *d.* il diritto al silenzio e il diritto alla pre-

²⁰ Ivi incluso il consenso del giudice nazionale competente.

²¹ Direttiva n. 2017/1371/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, «relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale», in *Gu-Ue* n. L 198 del 28 luglio 2017, p. 29).

²² E questo «(...) indipendentemente dall’eventualità che la stessa condotta criminosa possa essere qualificata come un altro tipo di reato ai sensi del diritto nazionale» (stesso art. 22, par. 1, del Regolamento).

²³ L. SALAZAR, *Habemus EPPO!*, cit. *supra*, nota 18, p. 34.

²⁴ Direttiva n. 2010/64/UE del 20 ottobre 2010, in *Gu-Ue* n. L 280 del 26 ottobre 2010, p. 1.

²⁵ Direttiva n. 2012/13/UE del 22 maggio 2012, in *Gu-Ue* n. L 142 dell’1 giugno 2012, p. 1.

²⁶ Direttiva n. 2013/48/UE del 22 ottobre 2013, in *Gu-Ue* n. L 294 del 6 novembre 2013, p. 1.

sunzione di innocenza²⁷; e. il diritto al patrocinio a spese dello Stato²⁸. Ed infine «l'indagato, imputato e le altre persone coinvolte nel procedimento dell'EPPO godono di tutti i diritti procedurali previsti dal diritto nazionale applicabile, compresa la possibilità di presentare prove, di chiedere la nomina o l'audizione di periti e l'escussione di testimoni, nonché di chiedere che l'EPPO ottenga tali misure per conto della difesa» (art. 41, par. 3), dove per «diritto nazionale applicabile» si intendono tutte le disposizioni di procedura penale di uno Stato membro che non costituiscono attuazione di direttive dell'Unione.

2.4.1 *Il rinvio ex art. 22, par. 1, del Regolamento EPPO alla direttiva n. 2017/1371/UE avente ad oggetto la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione (c.d. «PIF»)*

Nell'ambito del Regolamento EPPO, il rinvio alla direttiva precitata n. 2017/1371/UE sulla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione (denominata, nel gergo degli specialisti, «direttiva PIF») assume un'importanza cruciale perché è sulla base di questa stessa direttiva «quale attuata nel diritto nazionale» che deve essere individuata la «competenza materiale» della Procura europea di cui all'art. 22. La soluzione adottata di legislatore dell'Unione su questo punto pone delicati ed inediti problemi istituzionali che avrebbero potuto essere evitati se il medesimo legislatore avesse compiutamente disciplinato nel Regolamento stesso i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione in ordine ai quali «L'EPPO è competente per individuare, perseguire e portare in giudizio gli autori (...)»²⁹. La Commissione ha ritenuto invece, sin dalla presentazione della relativa proposta legislativa (art. 12), che tale soluzione, ottimale dal punto di vista strettamente giuridico della certezza del diritto, non avrebbe avuto alcuna probabilità di ricevere l'approvazione unanime del Consiglio dei ministri ed ha quindi optato per la suesposta definizione *per relationem* dei reati di competenza della Procura europea, di cui al precitato art. 22, par. 1. Il rinvio operato dall'art. 22 del Regolamento EPPO alla direttiva n. 2017/1371/UE ha invece come conseguenza che vi saranno inevitabilmente delle differenze nelle leggi nazionali di recepimento della direttiva stessa e quindi la competenza materiale della Procura europea, componente fondamentale di tale organo dell'Unione, sarà una competenza «a geometria (parzialmente) variabile» a seconda degli Stati membri partecipanti, il che mal si concilia

²⁷ Direttiva n. 2016/343/UE del 9 marzo 2016, in *Gu-UE* n. L 65 dell'11 marzo 2016, p. 1.

²⁸ Direttiva n. 2016/1919/UE del 26 ottobre 2016, in *Gu-UE* n. L 297 del 4 novembre 2016, p. 1.

²⁹ Regolamento EPPO, art. 4.

evidentemente, sia con la natura sovranazionale della Procura stessa, sia con il principio della certezza del diritto sopra ricordato³⁰.

2.4.1.1 *I reati previsti dalla direttiva n. 2017/1371/UE c.d. PIF*

Va inoltre rilevato che la direttiva n. 2017/1371/UE prevede «norme minime» aventi ad oggetto la definizione di reati, e delle relative sanzioni, costituiti da frodi ed altre condotte illecite che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, sia dal lato delle entrate sia dal lato delle spese del bilancio dell'Unione stessa (art. 1 e *considerando* n. 4). I reati che formano l'oggetto di questa armonizzazione "minima" sono definiti agli artt. 3 e 4 della direttiva PIF, che operano una suddivisione fra comportamenti costituenti una «frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione» e «altri reati». Fra i primi rientrano, in estrema sintesi, l'uso di dichiarazioni o di documenti falsi, la mancata comunicazione di informazioni in violazione di un obbligo specifico e la distrazione di fondi per fini diversi da quelli per cui questi erano stati concessi, in materia di: *a.* sovvenzioni, *b.* appalti, *c.* entrate diverse dall'IVA (ad esempio: diritti doganali) e *d.* entrate derivanti dall'IVA (art. 3). Fra i comportamenti illeciti diversi dalle frodi, rientrano invece il riciclaggio di denaro riguardante beni provenienti dai reati armonizzati dalla direttiva, la corruzione passiva e la corruzione attiva di «funzionari pubblici», sia di un'Istituzione europea sia di uno Stato membro, e l'appropriazione indebita commessa dagli stessi (art. 4). Gli Stati membri sono infine tenuti a prevedere come reati nel proprio ordinamento anche «l'istigazione, il favoreggiamento e il concorso» nella commissione dei summenzionati reati di frode e assimilati (art. 5).

Una menzione particolare meritano le frodi IVA in quanto l'espressa previsione dei «reati gravi contro il sistema comune dell'IVA», sia nella direttiva PIF, all'art. 2, par. 2, sia nel Regolamento EPPO, all'art. 22, par. 1, seconda frase, ha richiesto anni di estenuanti negoziati in seno al Consiglio dei ministri e fra Consiglio e Parlamento europeo, negoziati contrassegnati anche da un deciso intervento della Corte di giustizia, che nella nota sentenza *Taricco*³¹ ha pienamente confermato la sua precedente giuri-

³⁰ Concorda con questa conclusione C. DI FRANCESCO MAESA, *Directive (EU) 2017/1371 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law: a missed goal?*, in *European papers*, n. 3/2018, pp. 1455-1469.

³¹ Sentenza dell'8 settembre 2015 in causa n. C-105/14, EU:C:2015:555. L'importanza e il "tempismo" della sentenza *Taricco* nel corso del complicato negoziato avente ad oggetto l'inserimento delle frodi IVA nel campo di applicazione della direttiva PIF e nell'ambito delle competenze della Procura europea è stata esaminata da R. SICURELLA, *A blunt weapon for the EPPO? Taking the edge off the proposed PIF Directive*, in W. GEELHOED - L. H. ERKELENS - A. W. H. MEIJ, *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, 2018, cit. *supra*, nota 8 pp. 99-127, 108 ss.

sprudenza secondo la quale le risorse proprie provenienti dalla frazione della base imponibile IVA di ogni Stato membro costituiscono entrate a pieno titolo del bilancio dell'Unione e come tali meritevoli di una tutela penale nei casi più gravi di frode e questo, sulla base dell'art. 325 del Trattato. L'esito di tale lungo negoziato è stato pertanto, da un lato, l'inserimento nella direttiva PIF dei reati di false dichiarazioni IVA o di omissioni di comunicazioni obbligatorie relative all'IVA qualora queste «siano connesse al territorio di due o più Stati membri e comportino un danno complessivo di almeno 10.000.000 di euro» (art. 2.2). Dall'altro, è stata finalmente inserita un'esplicita attribuzione alla Procura europea della competenza ad indagare su tali reati ed a esercitare, se del caso, la relativa azione penale (art. 22.1 del Regolamento EPPO).

Il *considerando* n. 4 della direttiva PIF n. 2017/1371/UE chiarisce poi che l'espressione «danno complessivo si riferisce al danno stimato che derivi dall'intero sistema fraudolento, sia per gli interessi finanziari degli Stati membri interessati, sia per l'Unione, escludendo interessi e sanzioni»³². Nessuna disposizione della direttiva o del Regolamento precisa invece che cosa ricomprenda la nozione di «danno complessivo» dal punto di vista delle categorie di imposte evase, oltre all'IVA, ad opera di un unico disegno fraudolento³³. Concorrono al calcolo del raggiungimento della soglia dei 10 milioni di euro (si pensi ad un grande traffico clandestino di prodotti petroliferi in provenienza da un Paese terzo) anche i dazi doganali evasi, le accise evase, il mancato gettito delle imposte sui redditi d'impresa? In questo caso, come meglio si vedrà in seguito, al problema dell'individuazione della legge applicabile si sovrappone il problema, non meno delicato, della delimitazione delle competenze rispettive delle procure degli Stati membri (nella fattispecie: per reati il cui «danno complessivo» si situa al di sotto della soglia dei 10 milioni di euro) e della Procura europea (sempre nel caso specifico delle frodi IVA: nel caso in cui «danno complessivo» sia superiore ai 10 milioni di euro).

2.4.1.2 *Il problema dell'individuazione delle norme di diritto nazionale che costituiscono recepimento della direttiva PIF*

Il rinvio operato dall'art. 22, par. 1, del Regolamento (UE) n. 2017/1939 ai reati previsti dalla direttiva n. 2017/1371/UE «quale attuata dal diritto

³² Le difficoltà pratiche di applicazione di tale soglia di 10 milioni di euro sono evocate da R. SICURELLA nel suo capitolo *A blunt weapon for the EPPO?*, cit. supra, nota 31, pp. 118 e 121, che pone in particolare evidenza come la competenza della Procura europea in materia di frodi IVA dipenderà in gran parte dalle valutazioni del «danno complessivo» effettuate dalle amministrazioni o dalle polizie tributarie nazionali.

³³ Vuoto normativo rilevato anche da C. DI FRANCESCO MAESA, *Directive (EU) 2017/1371 on the fight against fraud to the Union's financial interests*, cit. supra, nota 30, p. 1463.

nazionale» pone ai vari organi della Procura europea, ed in particolare ai procuratori delegati, un primo e difficile problema, ovvero quello dell'individuazione delle norme di diritto penale nazionale che costituiscono il recepimento della suddetta direttiva PIF. In primo luogo, è assai probabile che tutti, o gran parte, dei reati sopra menzionati che hanno formato l'oggetto di un'armonizzazione a livello dell'Unione europea (si pensi alla corruzione di pubblici funzionari, all'uso di documenti falsi per ottenere sovvenzioni pubbliche, l'evasione di dazi doganali e dell'imposta sul valore aggiunto, al riciclaggio, ecc.), fossero già previsti come tali dai codici penali di molti, o verosimilmente tutti, gli Stati membri partecipanti. In questo caso, il governo di uno Stato membro potrebbe ritenere a ragione di non essere tenuto a presentare al proprio Parlamento un disegno di legge di recepimento della direttiva n. 2017/1371/Ue in quanto la legislazione penale sarebbe già conforme alla direttiva stessa. Sempre in questo caso, mancherebbe, in tutto o in parte, al procuratore europeo delegato un importante punto di riferimento "formale" (la legge di recepimento) per individuare le norme penali che danno attuazione alla direttiva PIF.

Sarà quindi lo stesso procuratore delegato che dovrà ricostruire, nell'ambito della propria legislazione penale già in vigore alla data di trasposizione obbligatoria della direttiva (6 luglio 2019)³⁴, il mosaico delle norme che costituiscono attuazione della direttiva medesima. In questo compito il procuratore delegato sarà aiutato, ma non certamente vincolato, dall'obbligo imposto agli Stati membri dall'art. 17, par. 2, della direttiva stessa, di comunicare alla Commissione europea «il testo delle disposizioni fondamentali di diritto interno che adottano nel settore disciplinato dalla presente direttiva». Il procuratore europeo delegato dovrà infatti ricostruire la disciplina complessiva del reato per il quale intende procedere, e dovrà quindi valutare in che misura tale reato rientra nella competenza della Procura europea, non soltanto sulla base delle disposizioni «fondamentali» di diritto penale nazionale, ma anche sulla base di norme penali che non si possono fregiare della qualifica di «fondamentali» e che tuttavia, in quanto strettamente connesse a queste ultime (ad esempio: certe specifiche circostanze aggravanti), condizionano la sua competenza ad agire.

2.4.2 Il rinvio operato dall'art. 41 del Regolamento EPPO alle direttive dell'Unione aventi ad oggetto i diritti degli indagati e degli imputati nei procedimenti penali

Diversa si presenta invece la problematica relativa alla ricostruzione della legge applicabile in materia di «diritti degli indagati e degli imputa-

³⁴ Art. 17, par. 1, della direttiva n. 2017/1371/Ue, *cit. supra*, nota 21.

ti», che, come sopra rilevato, è costituita dalle cinque direttive espressamente menzionate all'art. 41, par. 2, del Regolamento EPPO, «quali attuate dal diritto nazionale». In questo caso si tratta infatti di direttive che, al contrario della direttiva PIF che comporta unicamente divieti penalmente sanzionati, e quindi obblighi, per i responsabili di determinati comportamenti illeciti, conferiscono invece diritti alle persone sottoposte ad un procedimento penale, diritti che per definizione gli interessati possono far valere nei confronti dello Stato membro – impersonato dall'autorità giudiziaria procedente – nel quale si svolge il procedimento stesso. Non vi è quindi dubbio che, in base alla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di c.d. effetto diretto delle prescrizioni delle direttive che conferiscono diritti ai singoli e appaiono, dal punto di vista del loro contenuto, sufficientemente precise ed incondizionate³⁵, un imputato possa invocare, nei confronti di un pubblico ministero o di un giudice penale nazionale, l'una o l'altra delle suddette prescrizioni delle cinque direttive dell'Unione aventi ad oggetto le garanzie procedurali nell'ambito di un procedimento penale, per opporsi all'applicazione di una norma nazionale incompatibile con le direttive stesse.

3. Conclusioni

L'esame fin qui svolto di alcuni dei 120 articoli del Regolamento EPPO sotto il profilo dell'aspetto istituzionale della legge applicabile ha consentito di evidenziare non soltanto le grandi potenzialità della Procura europea, ma anche alcune serie criticità che potrebbero ostacolarne seriamente l'attività. Una prima debolezza dell'impianto complessivo della Procura europea era presente già nella proposta della Commissione ed è rappresentato dall'individuazione dei reati di competenza della Procura stessa mediante un rinvio alla direttiva PIF n. 2017/1371/UE «quale attuata nel diritto nazionale» di ciascuno dei ventitré Stati membri partecipanti. Questa definizione *per relationem* della competenza materiale dell'Autorità inquirente dell'Unione europea presenta già in sede di prima analisi delle pertinenti disposizioni di diritto europeo alcuni seri inconvenienti: una competenza “a geometria variabile” a seconda degli Stati membri partecipanti, la difficoltà di individuare con certezza le norme di diritto nazionale che costituiscono il recepimento della direttiva n. 2017/1371/UE, l'effetto di paralisi dell'azione dei procuratori delegati europei che possono determinare un'incompleta o un'errata trasposizione della medesima direttiva PIF in

³⁵ Sentenza del 19 gennaio 1981 in causa n. 8/81, *Ursula Becker*, EU:C:1982:7.

diritto nazionale essendo tassativamente escluso in materia penale qualsiasi effetto diretto a danno dell'imputato di norme di diritto dell'Unione contenute in una direttiva. Tali seri ostacoli di natura istituzionale all'azione della Procura europea potrebbero essere eliminati riproducendo con i necessari adattamenti nel Regolamento EPPO, atto legislativo per definizione direttamente applicabile, il contenuto degli articoli da 2 a 5 della direttiva PIF e quindi definendo con un massimo di sicurezza giuridica i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea, che sarebbero in tal modo perseguibili come tali con una portata assolutamente omogenea in tutti gli Stati membri partecipanti.

Appare pertanto necessario che tutti gli organi della Procura europea, dal procuratore capo fino ai procuratori delegati operanti negli Stati membri, abbiano in ogni momento ben chiaro qual è il quadro complessivo delle norme penali, sostanziali e processuali, che essi saranno chiamati ad applicare. Come sopra osservato, la ricostruzione di tale quadro complessivo di legge applicabile non sarà semplice in quanto esso consta di regole di diritto dell'Unione, in particolare quelle contenute nel Regolamento EPPO n. 2017/1939, nella direttiva PIF n. 2017/1371/UE e in altre direttive europee alle quali rinviano vari articoli del Regolamento stesso, e di norme di diritto nazionale contenute, sia in leggi di recepimento di direttive di armonizzazione sia in leggi nazionali non armonizzate. È sulla base di questo composito mosaico di norme penali europee e nazionali che la Procura europea può legittimamente esercitare le proprie attività di indagine e di esercizio dell'azione penale. Giova ricordare a questo riguardo il severo richiamo al rigoroso rispetto del principio di legalità, rivolto a tutti gli organi della Procura europea dallo stesso legislatore dell'Unione al *considerando* n. 66 del Regolamento n. 2017/1939: «(...) le attività di indagine e relative all'azione penale dell'EPPO sono informate al principio di legalità, per cui l'EPPO applica rigorosamente le norme stabilite nel presente regolamento riguardanti, in particolare, la competenza e il suo esercizio, l'avvio delle indagini, la chiusura delle indagini, il rinvio di un caso, l'archiviazione del caso e le procedure semplificate di azione penale». Il messaggio del Consiglio dei ministri della giustizia dell'Unione europea, che ha deliberato all'unanimità ex art. 86 del Trattato, non poteva essere più chiaro.

Un'accurata ricostruzione della legge applicabile ad ogni funzione della Procura europea è inoltre il presupposto affinché gli atti procedurali della medesima resistano alle inevitabili contestazioni che gli indagati o imputati in un dato procedimento porteranno al vaglio dei giudici penali nazionali in applicazione del principio generale di cui all'art. 42, par. 1, avente ad oggetto il controllo giurisdizionale. Va inoltre ricordato che il Regolamento n. 2017/1939 riserva alla Corte di giustizia un ruolo importantissimo, sia ai fini della verifica della validità di certe categorie di atti

della Procura europea, sia ai fini dell'interpretazione delle norme del Regolamento EPPO e di tutte le direttive dell'Unione cui questo rinvia, senza dimenticare gli artt. 47-50 del Titolo VI «Giustizia» della Carta dei diritti fondamentali e i principi generali dell'ordinamento giuridico dell'Unione elaborati dalla Corte stessa in oltre 70 anni di creativa produzione giurisprudenziale. Nella sua veste di parte processuale in tutti i procedimenti pregiudiziali dinanzi alla Corte di giustizia che riguardano direttamente i suoi atti e/o le sue competenze, la Procura europea potrà poi influenzare in misura significativa lo sviluppo della giurisprudenza interpretativa avente ad oggetto il Regolamento n. 2017/1939, al pari della Commissione europea che dal 1958 interviene con gli avvocati del proprio Servizio giuridico in tutti i procedimenti pregiudiziali dinanzi alla Corte. Un primo esempio del ruolo fondamentale che può svolgere la Corte di giustizia nell'interpretazione delle norme del Regolamento EPPO e quindi nell'individuazione della legge applicabile da parte dei procuratori delegati è la recentissima sentenza nella causa n. C-281/22³⁶ con la quale i giudici dell'Unione hanno non soltanto interpretato, ma anche integrato con regole da essi stessi create il disposto degli artt. 31 e 32 del Regolamento stesso. Al termine di un'accurata motivazione la Corte ha deciso che, qualora una misura investigativa transfrontaliera richieda un'autorizzazione giudiziaria sulla base del diritto dello Stato membro del procuratore delegato «incaricato di prestare assistenza», l'autorizzazione di tale giudice «può vertere solo sugli elementi relativi all'esecuzione di tale misura». Invece la giustificazione inerente all'adozione della misura investigativa da parte del procuratore delegato «incaricato del caso» dev'essere sottoposta «ad un previo controllo giurisdizionale effettuato nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso in situazioni di grave ingerenza nei diritti della persona interessata garantiti dalla Carta», il che era certamente il caso (la «grave ingerenza») della perquisizione con relativo sequestro di documenti disposta dal procuratore delegato di Monaco di Baviera nei locali degli imputati situati in Austria³⁷. È evidente che mediante tale sentenza interpretativa degli artt. 31 e 32 del Regolamento EPPO, la Corte ha impo-

³⁶ Sentenza del 21 dicembre 2023 in causa n. C-281/22, procedimento penale contro *G.K., B.O.D. GmbH, S.L.*, EU:C:2023:1018. Per la presentazione della problematica sollevata dalla questione pregiudiziale della Corte di appello penale di Vienna nella suddetta causa n. C-281/22 v.: E. TRAVERSA, *Corte di giustizia UE: la prima questione pregiudiziale sull'interpretazione del regolamento EPPO evidenzia disposizioni che rischiano di paralizzare l'attività investigativa della Procura europea*, in questa *Rivista*, 2022, pp. 211-223. Per un primo commento alla sentenza: A. GOLINO - G. MINUCCI, *La Corte di giustizia UE rafforza EPPO nelle indagini cross-border, ma resta aperta la questione della protezione dei diritti fondamentali*, reperibile sul sito internet www.osservatorioprocuraeuropea.com; E. TRAVERSA, *Procura UE, il controllo delle misure in altri Stati va limitato all'esecuzione*, in *Il Sole 24 Ore* del 23 dicembre 2023, p. 29.

³⁷ Sentenza in causa n. C-281/22, dispositivo.

sto agli Stati membri, richiamando a tal fine l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali (diritto al rispetto della vita privata), l'ulteriore obbligo di introdurre nel loro codice di procedura penale una previa autorizzazione del giudice sulle misure investigative che, come le perquisizioni di cui al processo *a quo*, comportano «gravi ingerenze» nel diritto fondamentale di ogni persona all'inviolabilità del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni³⁸.

Enrico Traversa**

SINTESI

Dopo aver brevemente descritto la struttura della Procura europea, l'Autore esamina in dettaglio il principale aspetto istituzionale dell'attività della Procura europea (EPPO) istituita con il Regolamento (Ue) n. 2017/1939. Si tratta di una delle essenziali chiavi di lettura "*a monte*" di tutti i 120 articoli di questo importante atto legislativo, chiavi di lettura che consentono poi di meglio comprendere "*a valle*" la disciplina delle specifiche categorie di atti nei quali si esplica l'attività della Procura europea. Tale principale aspetto istituzionale riguarda l'individuazione della legge applicabile, sia in senso "*verticale*" (rapporti fra diritto europeo, in particolare le norme del Regolamento EPPO, e le legislazioni penali e di procedura penale degli Stati membri partecipanti), sia in senso "*orizzontale*" (quale, fra vari diritti nazionali, sarà applicabile in funzione della scelta dello Stato membro nel quale avviare l'indagine e/o nel quale viene esercitata l'azione penale). La prima sentenza emanata di recente nella causa n. C-281/22 ed avente ad oggetto l'interpretazione del Regolamento EPPO dimostra quale ruolo essenziale può svolgere la Corte di giustizia nell'individuare le regole applicabili all'attività della Procura europea.

ABSTRACT

After having briefly described the structure of the European Public Prosecutor Office (EPPO) the Author examines in detail the main institutional aspect related to the functioning of EPPO set up by EU Regulation n. 2017/1939. This is indeed one of the essential «keys to interpreting» the 120 articles of such im-

³⁸ Stessa conclusione in A. GOLINO - G. MINUCCI, *La Corte di giustizia UE rafforza EPPO nelle indagini cross-border*, cit. supra, nota 36, ultimo paragrafo.

** Già avvocato del Servizio giuridico della Commissione europea e Direttore della Sezione «Giustizia e affari interni» dello stesso Servizio; Professore a contratto di diritto dell'Unione europea / Università di Bologna

portant EU legislative act that allow to better understand the rules governing specific acts or groups of acts which are adopted in the course of the EPPO day-to-day activity. The most important of such institutional aspects consists in identifying the relevant applicable law both from a «vertical» point of view (relations between EU law, in particular between the rules provided in the EPPO Regulation, and the criminal law and rules of criminal proceedings of the participating Member States) and from a «horizontal» point of view (which national law, among several potentially applicable national laws, is applicable as a consequence of the EPPO choice of the Member State where to initiate an investigation and/or where to bring a case to judgment). The first judgment recently delivered in case n. C-281/22 clearly shows which crucial role can play the EU Court of Justice in identifying the rules governing the activity of EPPO.

PROCURA EUROPEA E PUBBLICO MINISTERO NAZIONALE: RELAZIONI INVESTIGATIVE E DI COORDINAMENTO*

Sommario: 1. *Premessa* - 2. *Questioni di compatibilità costituzionale* - 3. *I rapporti di cooperazione tra procuratori europei delegati* - 4. *Gli atti di indagine transnazionale nell'ambito dell'Eppo: quale raccordo tra i procuratori delegati?*

1. Premessa

Nel corso di qualche anno si è assistito all'adozione della legge di delegazione europea n. 117/2019, alla designazione dei candidati al posto di procuratore europeo da parte del Consiglio Superiore della Magistratura di concerto con il Ministro della giustizia, alla nomina del procuratore europeo per l'Italia ad opera del Consiglio dell'Unione europea, nonché alla designazione dei procuratori europei delegati da parte del Consiglio Superiore della Magistratura e alla loro nomina da parte del Collegio dell'Eppo.

Dal primo giugno 2021 la Procura europea è operativa. L'Italia ha, quindi, il proprio procuratore europeo, che è anche viceprocuratore capo, e tutti i procuratori europei delegati presso le procure dei nove capoluoghi di distretto di corte d'appello individuati.

Le funzioni e i poteri dei procuratori europei delegati sono gli stessi che spettano ai pubblici ministeri nazionali, ma sono esercitati in via esclusiva e

* Testo della relazione presentata al Convegno tenutosi a Napoli il 27 ottobre 2023 su «*La Procura europea e i controlli sulle erogazioni dei fondi PNRR*» organizzato nell'Università Federico II, con il patrocinio di AISDUE - Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione Europea, e destinata ad essere inserita nel volume contenente gli Atti del Convegno, in corso di pubblicazione, con i tipi della Casa editrice Editoriale Scientifica di Napoli.

fino alla definizione del procedimento, nell'interesse della Procura europea e conformemente alle disposizioni del Regolamento¹.

Quanto all'esclusività delle funzioni, il legislatore italiano ha optato per la destinazione dei procuratori europei delegati al solo ufficio della Procura europea, rinunciando alla possibilità che gli stessi possano espletare anche le funzioni di pubblici ministeri nazionali, secondo la logica, espressamente prevista dal Regolamento.

La presentazione o trasmissione delle notizie di reato di potenziale competenza della Procura europea al pubblico ministero nazionale e contemporaneamente al procuratore europeo delegato (PED) non si presta a mettere in collegamento i due versanti su cui agisce l'accusa: nell'attesa delle determinazioni della Procura europea, il pubblico ministero nazionale provvede all'iscrizione ex art. 335, comma 1, c.p.p. esclusivamente nel caso in cui risulti necessario procedere al compimento di atti urgenti, ovvero vi sia motivo di ritenere che un ritardo nell'avvio delle indagini possa comprometterne l'esito. Solo una volta esercitata la potestà di procedere da parte della Procura europea, i procuratori europei delegati cui viene assegnato il procedimento sono tenuti a iscrivere e operare sugli appositi registri, «concepiti come separati e non comunicanti» rispetto a quelli delle Procure nazionali.

Per quel che riguarda la distribuzione del lavoro in rapporto agli sviluppi procedimentali, in deroga a quanto previsto dall'art. 51, comma 1, c.p.p., ai procuratori europei delegati spetta esercitare le loro funzioni nell'arco di tutto il procedimento, tanto nel corso delle indagini preliminari e del giudizio di primo grado, quanto nei giudizi di impugnazione. Unica eccezione è costituita dall'esercizio della funzione di pubblico ministero presso la Corte di cassazione, in considerazione delle specifiche proprietà che l'esercizio di tale funzione assume in sede di legittimità e delle specifiche qualifiche che esso richiede in capo ai magistrati.

Al fine di preservare i poteri di supervisione e di indirizzo spettanti agli organi della Procura europea nei procedimenti di sua competenza, e assicurare la coerenza, l'efficienza e l'uniformità della politica in materia di azione penale dell'Eppo, il legislatore italiano, in virtù della diretta applicazione della fonte regolamentare, si è limitato a sottrarre i procuratori europei delegati ai poteri di direzione del procuratore della Repubblica (d.lgs. n. 106/2006) nonché all'attività di vigilanza del procuratore generale presso la corte di appello (di cui all'art. 6 d.lgs. n. 106/2006). Conse-

¹ Regolamento (Ue) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»), in *Gu-Ue* n. L 283 del 31 ottobre 2017, p. 1 ss.

guentemente, ai procuratori europei delegati non sono applicabili le norme del codice di rito penale sull'autonomia del pubblico ministero in udienza e sui casi di sostituzione (art. 53), sull'attività di coordinamento del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo (art. 371-*bis*), sull'avocazione delle indagini da parte del procuratore generale presso la corte di appello (art. 372), anche nell'ipotesi di mancato esercizio dell'azione penale (art. 412), pure su richiesta dell'indagato ovvero della persona offesa (art. 413), oltre che sull'avocazione in caso di ordine di integrazione delle indagini da parte del giudice dell'udienza preliminare, a seguito di apposita comunicazione (art. 421-*bis*, comma 1, secondo periodo, e comma 2).

2. Questioni di compatibilità costituzionale

Un primo tema che merita attenzione attiene al rapporto di compatibilità dell'Eppo con la nostra Costituzione ed in particolare con la obbligatorietà dell'azione penale e, più specificamente, con il suo naturale corollario costituito dal controllo giurisdizionale sull'inazione e ciò per l'evidente ragione che si è di fronte ad un pubblico ministero che non ha una giurisdizione di controllo.

Dando per risolto positivamente il quesito in ordine alla legittimità costituzionale dell'Eppo, dal momento che un sicuro fondamento della sua istituzione e creazione si rinviene nell'art. 11 della Costituzione e quindi nel meccanismo di parziale cessione di sovranità necessario a implementare le Istituzioni dell'Unione europea, un dubbio residua in punto di controllo degli atti dell'Eppo che esprimano la volontà di non agire, ossia quelli che concretizzano la scelta di non formalizzare l'avvio di una indagine.

Si consideri invero che, con riferimento all'avvio delle indagini, l'art. 24 del Regolamento, al par. 6, impone che le informazioni relative a condotte criminose in relazione alle quali l'Eppo potrebbe esercitare la sua competenza provenienti dalle istituzioni, dagli organi, dagli uffici e dalle agenzie dell'Unione ma anche dalle autorità degli Stati membri, siano comunicate senza ritardo all'Eppo; ricevuta l'informazione, l'Eppo ha un certo tempo a disposizione per stabilire se «vi siano motivi per avviare un'indagine rispetto alla condotta criminosa in oggetto oppure, nel caso in cui essa sia stata già aperta da uno degli Stati membri se vi siano i presupposti per esercitare il diritto di avocazione».

Il par. 7 dell'art. 24 si limita a prevedere che «se, a seguito della verifica, l'Eppo decide che non vi sono motivi per avviare un'indagine ai sensi dell'art. 26 o per esercitare il suo diritto di avocazione ai sensi dell'art. 27, si procede all'annotazione della motivazione nel sistema automatico di gestio-

ne dei fascicoli», ed in tal caso – aggiunge semplicemente la norma – «l'Eppo informa l'autorità che ha segnalato la condotta criminosa ai sensi dei paragrafi 1 o 2, nonché le vittime di reato e, ove previsto dal diritto nazionale, altre persone che hanno segnalato la condotta criminosa». In rapporto all'esito della verifica non è previsto, dunque, che il provvedimento di non procedere oltre, pur motivato e soggetto a comunicazione in specie alle vittime, soggiaccia di per sé, ovvero come decisione di destinazione dell'Eppo, al controllo di alcun giudice, neanche in ipotesi di opposizione della vittima.

Una ricostruzione volta a tacitare le perplessità fa leva sulle relazioni che, sul versante delle decisioni preliminari di iscrizione della notizia e di valutazione della notizia in termini di “notizia di reato”, si instaurano con le Autorità nazionali.

Il riferimento è all'art. 25 del Regolamento, secondo cui «l'Eppo esercita la sua competenza avviando un'indagine a norma dell'art. 26» o «decidendo di avvalersi del suo diritto di avocazione ai sensi dell'art. 27», e altresì che se decide di esercitare la sua competenza, «le autorità nazionali competenti non esercitano la loro competenza in relazione alla stessa condotta criminosa».

Da questa previsione possiamo dedurre che la preclusione all'azione, intesa come preclusione all'avvio delle indagini, per le Autorità nazionali si ha solo per il caso in cui l'Eppo decida in positivo sulla sua competenza. Ne consegue che, in caso di inazione dell'Eppo, le autorità inquirenti recuperano per intero il loro potere di azione.

Ciò dovrebbe significare, per quel che attiene all'ordinamento italiano, che il pubblico ministero interno, a fronte della comunicazione dell'Eppo in ordine alla non iscrizione della notizia per sua irrilevanza, ben potrà agire, e siccome è tenuto all'osservanza dell'ordinamento processuale interno, il controllo giurisdizionale vi sarà nel caso in cui anche la sua determinazione finale dovesse essere nel senso della non azione.

Si ha così che le scelte di inazione dell'Eppo finiscono per essere, sia pure indirettamente, oggetto di un controllo giurisdizionale, che passa per la doverosità dell'intervento sussidiario del pubblico ministero interno.

Una simile soluzione vale anche per il caso in cui l'Eppo neghi la competenza. Stabilisce, infatti, l'art. 34 del Regolamento che, qualora la verifica preliminare riveli che i fatti oggetto d'indagine non costituiscono un reato di sua competenza, la Camera permanente decide di rinviare il caso senza indebito ritardo alle autorità nazionali competenti. Il che significa, ancora una volta, che qualora sia deciso per la non formalizzazione delle indagini, secondo un meccanismo di controlli meramente interni all'Eppo, il caso viene restituito alle Autorità nazionali.

Per quel che riguarda l'ordinamento italiano, la restituzione del caso al pubblico ministero interno implica, per necessità ordinamentale e processuale, l'intervento della giurisdizione per l'ipotesi in cui la scelta iniziale dell'Eppo sia riproposta da una corrispondente determinazione di archiviazione del pubblico ministero interno.

Se all'esito delle indagini assegnate al procuratore europeo delegato questi si orienti nel senso dell'archiviazione la disciplina regolamentare prevede che prima di rivolgersi al giudice per le indagini preliminari (GIP) avanzi una proposta alla Camera permanente, trasmettendo una relazione che riassume le indagini svolte e i motivi in base ai quali chiede l'archiviazione. Se la Camera permanente aderisce alla richiesta del PED, ritenendo sussistente uno dei motivi di cui all'art. 39 del Regolamento dell'Eppo, emetterà una decisione motivata in inglese e tradotta in italiano, decisione che il PED alleggerà alla sua richiesta di archiviazione e che sarà presentata al giudice per le indagini preliminari (la decisione della Camera permanente è parte necessaria della richiesta di archiviazione, senza la quale il GIP non può valutare la richiesta di archiviazione). Qualora invece la Camera permanente non dovesse aderire alla richiesta, indica i motivi per i quali il procuratore europeo delegato deve esercitare l'azione penale ed il PED dovrà uniformarsi emettendo l'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p. prima e la richiesta di rinvio a giudizio poi.

In tal caso il controllo giurisdizionale ci sarà.

La soluzione non soppesce del tutto le perplessità. Non è infatti del tutto equivalente ad un compiuto controllo giurisdizionale diretto sulle scelte di inazione dell'Eppo il recupero del sindacato giurisdizionale sulle successive ed eventuali determinazioni di pari contenuto dell'autorità inquirente interna che intervenga in via sussidiaria. Il *deficit* di giurisdizione coesistente alla configurazione funzionale dell'Eppo resta infatti tale, per l'evidente considerazione che il meccanismo indiretto che si è appena delineato non giova a ricondurre nell'area del controllo giurisdizionale gli atti e le determinazioni dell'Eppo. Questi atti restano indipendenti dal controllo di un giudice, che interviene solo in seconda battuta una volta che Eppo sia uscito di scena, consentendo l'ingresso del pubblico ministero interno. In altre parole, la giurisdizione nazionale si rapporta solo al pubblico ministero nazionale, e non instaura alcun sindacato sulle scelte di Eppo. Che poi non si determini uno strappo costituzionale, per il sussidiario intervento del pubblico ministero interno, e quindi della sua giurisdizione di controllo, non è meccanismo del tutto appagante.

Si potrebbe obiettare che la decisione che declina la competenza equivale a quella con cui il pubblico ministero esercita il c.d. potere di destinazione, pur essa esente da controlli giurisdizionali.

Il paragone non persuade perché l'Eppo può rifiutare di agire pur a fronte di una notizia di reato fondata, solo che non riconosca l'esistenza dei caratteri che ne determinano la riconducibilità nel novero delle sue attribuzioni. Decisione quindi diversa dalla cestinazione della pseudo-notizia, e ne è indice sicuro il meccanismo di controllo motivato che opera all'interno dell'Istituzione, ma che lascia senza diritto di parola la giurisdizione.

Il vero è che l'instaurazione di un organo del pubblico ministero che nasca senza una giurisdizione diretta è una singolarità che rischia, dal punto di vista dell'ordinamento interno, di apparire una anomalia. La giurisdizione interna diviene e svolge funzioni in relazione all'Eppo soltanto come giurisdizione dell'accertamento o del controllo sulle attività, mai come giurisdizione dell'inazione.

A ciò si aggiunga che anche l'archiviazione, così come disciplinata dal Regolamento, pone problemi interpretativi piuttosto delicati.

Le ragioni che giustificano l'archiviazione sono indicate nell'art. 39 del Regolamento.

Il catalogo prevede le seguenti ipotesi: *a.* morte dell'indagato o dell'imputato o liquidazione della persona giuridica indagata o imputata; *b.* infermità mentale dell'indagato o dell'imputato; *c.* amnistia concessa all'indagato o all'imputato; *d.* immunità concessa all'indagato o all'imputato, a meno che non sia stata revocata; *e.* scadenza del termine legale nazionale per l'esercizio dell'azione penale; *f.* pronuncia di un provvedimento definitivo nei confronti dell'indagato o dell'imputato, in relazione ai medesimi fatti; *g.* mancanza di prove pertinenti. Elencazione tassativa che prevale su qualsiasi diversa disposizione di diritto nazionale, ex art. 5, par. 3, del Regolamento.

A suscitare qualche interrogativo, già sul piano lessicale, è l'ultimo dei motivi indicati dall'art. 39 del Regolamento dell'Eppo, e cioè il riferimento alla mancanza di prove pertinenti.

Nel nostro ordinamento, almeno fino all'entrata in vigore della c.d. Riforma Cartabia², ha costituito motivo di archiviazione la "inidoneità degli elementi a sostenere l'accusa in giudizio", ovvero la presenza di elementi probatori di consistenza così ridotta da non essere, in chiave prognostica, idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

L'ipotesi disciplinata dal Regolamento richiede – per poter archiviare – che non esistano prove pertinenti. Epperò il concetto di pertinenza e quello di idoneità a sostenere l'accusa in giudizio sono concetti diversi:

² D.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 - Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, in *Gazz. Uff.*, n. 243 del 17 ottobre 2022, *suppl. ord.*

pertinente, infatti, è ciò che rientra nell'ambito del *thema probandum*, laddove idoneo a sostenere l'accusa in giudizio è l'elemento pertinente che abbia anche una elevata capacità dimostrativa. Stando alla formulazione letterale della previsione regolamentare, dal momento che l'archiviazione è consentita in caso di mancanza di prove pertinenti, la Procura europea potrebbe esercitare l'azione penale anche nell'evenienza in cui sia in possesso di prove pertinenti, ma insufficienti, sul piano quantitativo e qualitativo, a sostenere l'accusa in giudizio: un utilizzo non ponderato di tale potere potrebbe determinare un ampliamento del numero dei processi incardinabili dinanzi alle autorità giudiziarie nazionali.

Una lettura diversa della nozione di prove pertinenti è oggi possibile grazie ai criteri dettati dalla recente "riforma Cartabia" che ha modificato la regola di giudizio per la presentazione della richiesta di archiviazione, prevedendo che il pubblico ministero chieda l'archiviazione quando gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna³.

L'idea è di intendere la "pertinenza della prova" di cui parla l'art. 39 del Regolamento dell'Eppo nel senso di pregnanza degli elementi raccolti – dal momento che, a rigore, di prova nella fase delle indagini non può proprio parlarsi – in prospettiva di condanna.

L'assenza di prove pertinenti si risolve, quindi, allo stesso modo che per il nuovo criterio di giudizio della riforma Cartabia, nell'assenza di una seria prospettiva di condanna. La pertinenza non è attinenza al tema imputativo, ma è alta significatività probatoria del dato informativo di cui si dispone, ovviamente nella direzione dell'accusa.

È questa una lettura che tiene conto della fisionomia sostanziale dell'azione in ambito sovranazionale, secondo criteri di efficienza dell'attività inquirente maggiormente in linea con una cultura dell'azione penale che sia meno debitrice di impostazioni dommatiche più strettamente nazionali – un utile riferimento esemplificativo è alla concezione formale dell'azione come mera domanda di giurisdizione – e che le difficoltà in cui versa il sistema giudiziario interno stanno inducendo a superare.

³ L'art. 408, comma 1, c.p.p. prevede che «Quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna o di applicazione di una misura di sicurezza diversa dalla confisca, il pubblico ministero presenta al giudice richiesta di archiviazione. Con la richiesta è trasmesso il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate e i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari».

3. I rapporti di cooperazione tra procuratori europei delegati

Uno degli aspetti più interessanti ma anche decisamente più complessi riguarda l'attività investigativa dell'Eppo. In un contesto "pluri-livello", caratterizzato dalla previsione di regole nazionali diverse, problemi di gestione delle attività investigative sono inevitabili. Ecco allora che la concreta operatività della Procura europea non può prescindere da uno studio attento delle modalità con le quali l'attività investigativa si atteggia nella realtà.

L'istituzione del Procuratore europeo è invero una tappa importante, ma pur sempre intermedia nella prospettiva di creazione di una giustizia europea.

Nel corso delle indagini i procuratori europei delegati possono disporre delle misure investigative.

Per quanto riguarda l'adozione delle misure investigative, disciplinate dall'art. 30, par. 1 e 4, del Regolamento dell'Eppo, il principio è quello secondo cui è la legge dello Stato del PED incaricato del caso che regola le misure (principio espressamente indicato nel par. 4, laddove si afferma che oltre alla piattaforma comune delle misure "qualificate" del par. 1, compete ai PED qualsiasi altra misura dello Stato membro che il diritto nazionale mette a disposizione dei procuratori in casi nazionali analoghi).

L'art. 30 prevede sei grandi categorie di misure investigative: perquisizioni, misure cautelari tese a garantire la genuinità o ad evitare l'inquinamento della prova, produzione di oggetti, documenti e dati (bancari, informatici e relativi al traffico), congelamento degli strumenti o dei proventi di reato, intercettazioni, tracciamento o rintracciamento di oggetti.

Il principio trova applicazione nelle indagini transfrontaliere di cui all'art. 31, il quale richiede l'osservanza, oltre che dei presupposti previsti per una misura dalla legge di tale Stato, anche dei presupposti previsti dalla legge dello Stato dove essa deve essere eseguita.

Il carattere transnazionale delle indagini impone pertanto una stretta cooperazione tra il procuratore delegato incaricato del caso e i procuratori delegati degli Stati sul cui territorio occorre compiere tali atti investigativi, ai quali il primo assegnerà la misura da compiere.

Più nel dettaglio, nell'ipotesi in cui il PED investito dell'indagine abbia necessità di compiere un atto investigativo nel territorio di altro Stato membro, si segue il procedimento che deriva dalla lettura combinata dei par. 1, 2 e 3 dell'art. 31 e dell'art. 32 del Regolamento dell'Eppo.

Ai sensi del par. 1 dell'art. 31, qualora una misura debba essere intrapresa in uno Stato membro diverso da quello del procuratore europeo delegato incaricato del caso, quest'ultimo decide in merito all'adozione della

misura necessaria e l'assegna a un procuratore delegato avente sede nello Stato membro in cui la misura in questione deve essere eseguita; ai sensi del par. 2, la giustificazione e l'adozione di tali misure sono disciplinate dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso, di conseguenza, ai sensi del par. 3, se per la misura è richiesta un'autorizzazione giudiziaria ai sensi del diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, quest'ultimo ottiene tale autorizzazione conformemente al diritto di detto Stato membro, e se l'autorizzazione giudiziaria non è richiesta dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, ma è richiesta dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso, quest'ultimo ottiene l'autorizzazione e la trasmette congiuntamente all'assegnazione.

Completa il quadro l'art. 32, il quale prevede che le misure assegnate sono eseguite conformemente al presente Regolamento e al diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza.

La *ratio* alla base delle disposizioni richiamate va individuata nel fatto che l'ordinamento delegante è di regola quello nel quale verrà celebrato il processo, sicché le indicazioni del PED incaricato del caso risultano essenziali ad individuare il tipo di atto probatorio richiesto, delineandone i requisiti di ammissibilità, secondo i canoni valutativi propri del sistema dove l'atto dovrà essere utilizzato.

Talvolta, peraltro, la vicenda può essere più complessa: si pensi alla necessità di esecuzione di misure investigative che presentano peculiarità rispetto al nostro ordinamento. Il riferimento è alle intercettazioni, utilizzabili quando già sia noto, quale destinatario o mittente, l'indagato o l'imputato (art. 30, lett. e.), risultando così finalizzate non tanto alla scoperta del colpevole quanto all'acquisizione di un elemento di supporto probatorio; ma anche al congelamento di beni suscettibili di confisca per il quale si richiede il pericolo che il soggetto che abbia la concreta disponibilità o il controllo sui proventi o strumenti del reato li disperda vanificando l'obiettivo della potenziale confisca all'esito del procedimento. In simili casi, pur se il Regolamento europeo rinvia alle normative nazionali per il compimento delle diverse tipologie di atti procedurali, sarà indispensabile dedicare particolare attenzione a quelle disposizioni normative che introducono regole autonome rispetto agli ordinamenti nazionali: l'art. 30, nella parte in cui disciplina le intercettazioni e il sequestro preventivo finalizzato alla confisca, elenca alcuni requisiti "specializzanti" destinati a prevalere sulla normativa interna.

Ne consegue che l'attività di intercettazione potrà essere autorizzata solo quando sia nota la persona sottoposta al procedimento, così venendo

ad essere notevolmente limitata la dimensione funzionale dell'istituto, per lo più applicato nella prassi quale strumento di ricerca del colpevole. Nel nostro ordinamento, infatti, si distingue il caso in cui il destinatario della intercettazione sia un soggetto indagato da quello in cui l'intercettato sia una persona terza, non indagata: in tale secondo caso è previsto uno speciale obbligo di motivazione del provvedimento autorizzativo, dovendo essere indicate le "ragioni" per le quali il giudice ritenga di dover autorizzare le intercettazioni richieste dal pubblico ministero, e dunque che le intercettazioni richieste, relative ad una particolare utenza, sono "indispensabili" per il completo accertamento del fatto cui si riferiscono le indagini nonché per la individuazione dei responsabili.

Le medesime considerazioni valgono per il sequestro preventivo finalizzato alla confisca dei beni oggetto dei reati di competenza dell'Eppo, che dovrebbe adottarsi nella sola ipotesi in cui il pericolo di dispersione dei beni suscettibili di confisca tragga origine da un comportamento riconducibile a colui che in concreto vi eserciti dei poteri o materialmente ne disponga.

Sotto tale profilo occorre dunque verificare come la regola dettata dalla fonte euro-unitaria possa rapportarsi con l'applicazione della normativa interna in materia di sequestro preventivo di beni confiscabili ex art. 321, comma 2, c.p.p.

Sulla base di recenti decisioni di legittimità, infatti, il sequestro preventivo orientato alla c.d. confisca obbligatoria di cui all'art. 240, comma 2, c.p. non richiede una particolare motivazione in ordine alla sussistenza del pericolo, laddove il provvedimento di sequestro preventivo di beni finalizzati alla confisca "facoltativa" prevista all'art. 321, comma 2, c.p.p. richiede la motivazione in relazione alla sussistenza del requisito del *periculum in mora*.

Al riguardo si è osservato che la norma europea, da un lato, potrebbe ritenersi più rigorosa di quella nazionale nella misura in cui sembra investire il giudice del dovere motivazionale in punto di *periculum in mora*, a prescindere dalla tipologia del bene confiscabile. Dall'altro lato, essa potrebbe armonizzarsi con la norma interna ove se ne offrisse un'esegesi, nel senso che nel solo caso di beni soggetti a confisca facoltativa, il giudice deve motivare sul pericolo di dispersione, ancorandolo ai comportamenti di chi abbia il dominio o eserciti i poteri di controllo sulla *res*.

Può accadere, ancora, che nello Stato membro richiesto di prestare assistenza non siano disciplinati meccanismi giuridici adeguati, e che, quindi, non sia possibile dar seguito alla misura richiesta dal PED delegante, e però la stessa o analoga misura possa essere comunque eseguita attraverso l'emissione di un ordine europeo d'indagine o altri strumenti tipici del mutuo riconoscimento. In una simile evenienza sarà necessario che i PED dei

due Stati membri interessati agiscano di concerto. Può affermarsi pertanto che il sistema di indagini transfrontaliere è improntato ad una logica di prudenza, in forza della quale una misura deve rispettare, secondo il modello della c.d. “doppia legalità nazionale”, i presupposti di entrambi gli Stati membri coinvolti.

4. Gli atti di indagine transnazionale nell’ambito dell’Eppo: quale raccordo tra i procuratori delegati?

A conferma dei molteplici problemi di gestione delle attività investigative in un contesto “pluri-livello” caratterizzato dalla previsione di regole nazionali diverse val la pena ricordare la richiesta di rinvio pregiudiziale, innanzi alla Corte di giustizia, disposto dall’Oberlandesgericht (Corte di appello) di Vienna, riguardante proprio l’interpretazione dell’art. 31 del Regolamento dell’Eppo.

Come già detto, nelle indagini transnazionali l’Eppo supera i tradizionali meccanismi di cooperazione giudiziaria; infatti, l’Eppo non usa l’ordine europeo di indagine per acquisire le prove nel territorio di un altro Stato, ma utilizza il sistema delineato dalla suddetta norma, secondo cui è sufficiente associare al fascicolo elettronico il procuratore europeo delegato dello Stato dove l’atto deve essere compiuto, per l’esecuzione dello stesso, una volta che la misura è stata disposta in base alla legge nazionale dello Stato nel cui territorio opera il PED che sta conducendo l’indagine.

Secondo la legge austriaca, una perquisizione disposta dal pubblico ministero deve essere convalidata dal giudice. Sebbene la perquisizione fosse già stata autorizzata da un giudice nello Stato del PED che conduceva l’indagine principale in Germania, il PED austriaco ha proceduto secondo la legge nazionale del proprio Paese e ha chiesto la convalida della perquisizione al giudice austriaco.

Il giudice di primo grado ha convalidato la misura.

Fin qui sembrerebbe, appunto, che il meccanismo abbia funzionato senza alcun tipo di frattura, anzi, in un’ottica di massima tutela possibile.

Eppure, la situazione si è complicata quando davanti alla Corte di appello di Vienna gli imputati hanno impugnato la decisione di convalida del giudice austriaco, contestando l’insufficienza degli indizi di reato e la mancanza dei requisiti di proporzionalità e necessità delle misure investigative, ponendo così una questione di merito e non una questione strettamente attinente all’esecuzione della misura.

Ecco che, con l’impugnazione, la misura, già convalidata nello Stato titolare dell’indagine è stata rimessa in discussione nello Stato dove doveva essere eseguita.

Di qui, il dubbio che la Corte di appello di Vienna ha sollevato alla Corte UE: è necessario che ci sia un riesame di tutti i requisiti sostanziali della misura investigativa? Ciò non sarebbe piuttosto da considerarsi come un riesame sulla decisione giurisdizionale di un altro Stato membro?

L'art. 32, par. 2, del Regolamento dell'Eppo stabilisce a riguardo che la giustificazione e l'adozione delle misure investigative sono soggette alla disciplina dello Stato membro del procuratore incaricato del caso. Tuttavia, al paragrafo successivo si prevede anche che, se la misura investigativa che il PED titolare dell'indagine affida al PED incaricato è soggetta ad autorizzazione del giudice nel Paese di quest'ultimo, l'autorizzazione deve essere ottenuta secondo le regole previste dal Paese del ped incaricato.

Secondo questa disposizione, il procuratore austriaco incaricato di eseguire la misura ha ritenuto inammissibile il ricorso degli imputati, perché il Giudice di Vienna non potrebbe riesaminare nuovamente la sufficienza degli indizi di reato, che è stata già deliberata a Monaco.

Secondo il PED austriaco, il Regolamento dell'Eppo avrebbe fatto un ulteriore passo avanti verso il riconoscimento reciproco degli atti penali, e il giudice del Paese di esecuzione dovrebbe limitarsi ad esaminare i soli aspetti formali della misura.

Il problema però è che questa interpretazione contrasta con il principio stabilito dall'art. 31, par. 6, dello stesso Regolamento, ovvero quello del principio di sussidiarietà del ricorso agli strumenti di riconoscimento reciproco delle decisioni.

Si dovrebbe allora pensare che anche nelle indagini transnazionali il controllo del giudice dello Stato del PED richiesto della misura sia limitato ad un controllo formale, o comunque non ai presupposti della stessa, come nel meccanismo dell'ordine europeo di indagine.

Ciò non può che comportare alcune riflessioni.

La prima, immediata, che viene alla mente analizzando il quesito è che una eventuale risposta positiva al quesito della Corte viennese realizzerebbe una vera e propria eterogenesi dei fini.

Una norma nata per marcare, è vero, una differenza con il sistema dell'ordine europeo di indagine, nel senso di facilitare le indagini transnazionali dell'Eppo e renderle più agevoli, finirebbe per diventare il perno di un sistema, in realtà, molto più ingombrante in cui si troverebbe ad operare il nuovo ufficio.

Infatti, mentre un ordine europeo d'indagine deve essere esaminato nello Stato richiesto solo per alcuni aspetti formali, per effetto dell'interpretazione del Regolamento dell'Eppo di cui si è detto, ogni Stato membro interessato dovrebbe effettuare un esame completo delle indagini svolte

fino a quel momento, ai fini della convalida della misura richiesta, in base alla regolamentazione dello Stato del procuratore europeo delegato incaricato del caso (art. 31, par. 2).

Al di là di questa primissima analisi che però non mi trova così serena nella risposta, questa vicenda, apparentemente semplice, porta, in realtà, nel suo antefatto una serie di questioni di grandissima importanza.

Alla base di tutto vi è la banale considerazione per cui l'Eppo è un *single office*, un ufficio unitario, ma non opera in un *single legal system*, in un sistema giuridico e giudiziario unitario.

La questione della legge applicabile all'Eppo è già stata oggetto di numerosi studi ed è noto che il Regolamento non ha previsto un'unica legislazione europea a cui l'Eppo possa e debba aver riferimento nelle indagini.

Anzi, il Regolamento non ha realizzato neppure un elevato livello di armonizzazione delle normative.

Esso ha, invece, stabilito – come già ricordato – il principio per cui ogni PED applica la legge nazionale dello Stato nel quale opera. Non tutte le indagini dell'Eppo sono, infatti, casi transnazionali (*cross border cases*).

Molte di esse sono indagini puramente nazionali, e in tal caso non vi è problema su quale sia la legge applicabile: quella dello Stato dove opera il PED che sta conducendo l'indagine.

Questo sistema, però, deve confrontarsi appunto con le indagini transnazionali. In questo caso opera l'art. 31 del Regolamento già citato.

Tale assetto, però, non risolve il tradizionale e grande problema della legge applicabile in tutti i casi di cooperazione giudiziaria: il rapporto tra *lex fori* (quella del PED incaricato) e *lex loci* (quella del PED richiesto).

È un tema di cui si discute da lungo tempo, che il Regolamento dell'Eppo cerca di risolvere con un equilibrio tra le due legislazioni: nella sostanza, si applica la *lex loci*, ma con possibile applicazione della *lex fori* se essa non contrasta con principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato dove opera il PED richiesto; inoltre, l'esecuzione di una misura secondo modalità previste dalla *lex loci*, seppure diverse da quelle previste dalla *lex fori*, non può essere motivo di inutilizzabilità della prova nel processo che si svolgerà nello Stato di quest'ultima (art. 37 Regolamento).

Lo *standard* che il Regolamento prevede è sempre quello del livello più alto di tutela dei diritti della difesa, e questo si manifesta nella norma sulla necessità delle autorizzazioni del giudice negli atti investigativi nonché nella necessità di rispetto del principio di proporzionalità (di cui all'art. 5, par. 1 e 2).

La stessa proporzionalità, poi, è declinata anche nella speciale previsione dell'art. 30, par. 5, del Regolamento volta a condizionare la scelta e

le modalità esecutive delle misure investigative a disposizione di Eppo, sull'ovvia premessa che l'indagine costituisce la fase in cui è maggiore il pericolo per i diritti di libertà dell'accusato e dei terzi.

In sintesi, il principio è quello di applicare sempre, o nello Stato del procuratore che procede o in quello che si occupa dell'esecuzione della misura, il più alto *standard* di tutela giudiziale, e in concreto l'autorizzazione o la convalida del giudice del provvedimento richiesto.

Sono possibili, dunque, sulla base della normativa richiamata le seguenti situazioni:

- se l'autorizzazione del giudice è prevista nella legislazione dello Stato del PED richiedente, quest'ultimo se ne dovrà munire perché i presupposti della misura ed i modi con cui essa deve essere adottata sono disciplinati dalla legge dello Stato dove opera il procuratore che conduce l'indagine e, in questa situazione, chiede la misura (*lex fori*);

- se l'autorizzazione è necessaria secondo la legge dello Stato del PED richiesto di prestare assistenza per l'esecuzione (*lex loci*), in base alla norma sopra ricordata quest'ultimo si dovrà munire di tale autorizzazione nel proprio Stato, senza che il primo PED "richiedente" si possa dolere di ciò sotto il profilo della diminuzione delle garanzie difensive, dato che certamente questo non comporta tale rischio;

- se l'autorizzazione è richiesta in entrambi gli Stati (ipotesi che il Regolamento non prende espressamente in considerazione), si può concludere che entrambi i PED se ne dovranno munire, procedendo ognuno secondo la legge dello Stato in cui operano, e non comportando questo certamente una diminuzione di garanzie difensive, ma anzi semmai un aumento delle stesse, per cui anche la persona sottoposta all'indagine non si potrà certamente dolere di tale interpretazione.

Epperò, la questione affrontata dalla Corte di Vienna, a ben vedere, non riguarda tanto il problema dell'autorizzazione del giudice per la misura, ma un tema ugualmente rilevante e, comunque, ad esso connesso: quello delle impugnazioni contro la misura.

In particolare, una delle domande che deriva dall'analisi del quesito è: davanti a quale giudice si può impugnare il provvedimento adottato?

Solo davanti al giudice dello Stato del PED che conduce l'indagine, dove la misura è stata ordinata, o anche davanti al giudice dello Stato del PED richiesto di assistenza dove la misura è stata eseguita?

A maggior ragione ove l'autorizzazione del giudice sia stata "doppia".

Sul tema, il Regolamento, all'art. 42, comma 1, ha previsto che, in linea generale, gli atti dell'Eppo sono impugnabili davanti alle Corti nazionali, naturalmente secondo la rispettiva legge.

Non esiste, quindi, un giudice europeo per la revisione degli atti dell'Ufficio, se si esclude un caso specifico, quello relativo all'impugnazione dell'archiviazione, per il quale la giurisdizione è della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 42, comma 3.

Il sistema dell'Eppo rischia di rivelarsi addirittura più complesso del meccanismo delle indagini transnazionali nei "normali" casi di cooperazione giudiziaria dove, con l'uso dell'ordine europeo di indagine, oggi le autorità dello Stato richiesto non esaminano l'intero fascicolo dell'indagine, ma verificano solo le informazioni contenute nel certificato.

Infatti, la direttiva n. 2014/41/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale, all'art. 14, comma 2, prevede espressamente che «le ragioni di merito dell'emissione dell'ordine europeo di indagine possono essere impugnate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione, fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali nello Stato di esecuzione».

Il Regolamento dell'Eppo, all'art. 31, par. 2, per parte sua, afferma che «la giustificazione e l'adozione di tali misure sono disciplinate dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso».

Questa non può essere unicamente una disposizione che disciplina la ripartizione tra *lex loci* e *lex fori* nell'esecuzione della misura, ma riguarda appunto i presupposti della stessa e, si potrebbe allora ritenere, anche l'esercizio dell'impugnazione di fronte alla misura.

Per contro, è vero che, siccome l'Eppo è un ufficio unico, il PED che conduce l'indagine e il PED che si occupa dell'esecuzione della misura non sono autorità giudiziarie di Stati diversi, ma appartengono allo stesso ufficio ed hanno accesso entrambi al fascicolo e, quindi, teoricamente, anche per il secondo non dovrebbe essere difficile metterlo a disposizione del giudice.

Resta però il fatto che, qualora si ritenesse che anche il giudice dello Stato di esecuzione debba avere accesso all'intero fascicolo per valutare nel merito l'impugnazione sui presupposti della misura, due giudici di Stati diversi valuterebbero i gravi indizi di reato, con rischio di decisioni contrastanti, e questo potrebbe certamente complicare il percorso dell'indagine.

La questione è molto seria e si può certamente dire che dalla sua soluzione dipenderà in buona parte il futuro delle indagini transnazionali dell'Eppo.

Per questo, la decisione della Corte di giustizia⁴ va attesa con grande interesse, considerando il ruolo che spesso, in passato, questa Istituzione

⁴ In data 21 dicembre 2023 è stata emessa la sentenza della Corte di giustizia nel procedi-

ha giocato nel processo di creazione del diritto penale europeo e di un'area comune di giustizia anche penale, e questa è certamente un'ulteriore occasione fondamentale in tal senso.

Per completezza, e ad ulteriore dimostrazione della rilevanza della problematica sollevata nella causa n. C-281/22 dal giudice austriaco, si ricorda che il Collegio dell'Eppo in data 26 gennaio 2022, ha adottato linee guida riguardanti l'interpretazione dell'art. 31 del Regolamento nelle quali si suggerisce una interpretazione di detta norma in modo che non possa essere richiesto al PED che presta assistenza al PED assegnatario del caso, di fornire all'autorità giudiziaria del suo Stato membro, competente ad emettere il provvedimento di convalida, maggiori prove ed elementi probatori di quelli usualmente offerti da un pubblico ministero che debba eseguire un ordine europeo di indagine. In particolare, il Tribunale del PED che presta assistenza non dovrà valutare le ragioni giustificatrici dell'adozione del provvedimento oggetto di convalida.

Vania Maffeo**

SINTESI

L'istituzione della Procura europea costituisce una novità di significativa importanza nell'evoluzione dello spazio giudiziario europeo. Non più soltanto forme, sia pure rafforzate, di cooperazione tra Stati sovrani, ciascuno con le proprie autorità giudiziarie, ma un organo giudiziario, inquirente, comune a tutti gli Stati dell'Unione, che si relaziona, di volta in volta, sulla base di coordinate regole di competenza per materia e di ripartizione territoriale delle varie giurisdizioni, con i Tribunali e le Corti nazionali.

L'A. si sofferma sulla valutazione di compatibilità del nuovo organismo con le specificità costituzionali del nostro ordinamento e approfondisce il tema del coordinamento tra le articolazioni interne della Procura europea, non trascurando l'esame del raccordo tra azione penale europea e attribuzioni del pubblico ministero nazionale.

mento penale a carico di *G. K., B. O. D. GmbH, S. L.*, causa n. C-281/22, EU:C:2023:1018. In argomento v. *supra*, p. 511 la relazione di ENRICO TRAVERSA, spec. p. 533 ss. Con riferimento al rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di giustizia confronta il commento di E. Traversa, *Corte di giustizia UE: la prima questione pregiudiziale sull'interpretazione del Regolamento EPPO evidenzia disposizioni che rischiano di paralizzare l'attività investigativa della Procura europea*, in questa *Rivista*, 2022, p. 211 ss.

** Professore ordinario di Diritto processuale penale / Università degli Studi di Napoli Federico II - Dipartimento di Giurisprudenza

ABSTRACT

The establishment of the European Public Prosecutor's Office is a novelty of considerable importance in the development of the European judicial area. These are no more just improved though enhanced ways of cooperation between the sovereign States, each of them having its own judicial authorities, but a judicial, investigative institution, shared by all EU States, which interacts, each time, on the basis of coordinated jurisdictional rules and territorial distribution of the various jurisdictions, with national courts and tribunals.

The A. focuses on the compatibility assessment of the new organization with the constitutional specificities of Italian legislation and explores the issue of coordination among the European Public Prosecutor's Office's internal units, not forgetting the analysis of the connection between European prosecution and the domestic prosecutor's functions.

I REATI DI COMPETENZA DELLA PROCURA EUROPEA E PROSPETTIVE DI EVENTUALE ESTENSIONE*

1. La Procura europea (di seguito EPPO) costituisce una delle rare recenti realizzazioni suscettibili di venire considerate alla stregua di un concreto passo in avanti (e non indietro) nella costruzione di quella «*ever closer Union*» che appare oggi un termine quasi scomparso dai *radar*.

Si tratta infatti della prima vera Procura sovranazionale creata a livello mondiale, una sorta di procuratore federale con poteri estesi al territorio di tutti gli Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata.

Una così importante realizzazione non è nata come Minerva dalla testa di Giove e neppure può semplicemente ricondursi la sua creazione alle principali recenti tappe legate alla stessa (il Trattato di Lisbona del 2009, la proposta legislativa della Commissione del 2013, l'adozione del Regolamento nel 2017, l'avvio delle attività operative nel 2021), ma costituisce il risultato di una complessa elaborazione dottrinale e legislativa che ha occupato oltre un quarto di secolo (periodo praticamente sovrapponibile a buona parte della mia carriera professionale).

Proprio assai di recente, nello scorso ottobre 2023, è stato reso omaggio a Catania al Prof. Giovanni Grasso, uno dei padri (e delle madri) del *Corpus Juris*, il principale studio preparatorio che ha predisposto il terreno per l'avvento di EPPO e ha preceduto le prime concrete iniziative legisla-

* Testo della relazione presentata al Convegno tenutosi a Napoli il 27 ottobre 2023 su «*La Procura europea e i controlli sulle erogazioni dei fondi PNRR*» organizzato nell'Università Federico II, con il patrocinio di AISDUE - Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione Europea, e destinata ad essere inserita nel volume contenente gli Atti del Convegno, in corso di pubblicazione, con i tipi della Casa editrice Editoriale Scientifica di Napoli.

tive della Commissione avviate sul finire dello scorso millennio nel quadro dei lavori relativi al Trattato di Nizza.

2. Accanto allo slancio ideale che ha condotto alla creazione di un soggetto di tale novità, è però necessario non perdere di vista le esigenze concrete che sono state alla base della sua creazione.

La prima di esse è di certo scaturita dallo scarso livello di tutela che è stato per lungo tempo riservato agli interessi finanziari delle Comunità europee (dapprima) e dell'Unione europea (a partire dalla sua creazione) da parte delle autorità nazionali di *enforcement*, e ciò almeno sino a quando non fu adottata la Convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee¹ che obbligò tutti gli Stati membri a incriminare le condotte di frode ai danni del bilancio, tanto sul versante delle entrate quanto su quello delle spese.

Anche tale strumento non si rivelò tuttavia decisivo in quanto all'obbligo giuridico armonizzato di incriminazione non fece seguito un altrettanto pregnante e uniforme seguito in termini di perseguimento e repressione delle condotte all'interno dei diversi Stati membri. Da qui la perdurante attualità dell'idea di creare una Procura sovranazionale competente a perseguire e a portare a giudizio gli autori di tali infrazioni attraverso una politica penale sostanzialmente uniforme sul territorio di Stati membri (partecipanti) che prioritarizzasse la tutela degli interessi finanziari UE e assicurasse un coordinamento a livello centralizzato delle indagini.

EPPO, da quando è entrato concretamente in funzione, può dirsi avere offerto risposta a tale esigenza?

Mi sembra che i primi risultati riscontrino positivamente tale domanda. Nei primi anni di attività la Procura europea ha già avviato migliaia di indagini e sequestrato fondi per centinaia di milioni di euro, somme che sopravanzano di gran lunga il suo bilancio di funzionamento.

Secondo la plastica definizione di Michel Claise, giudice istruttore belga, EPPO è già divenuto «(...) *un enfant qui commence à courir*».

3. Come è noto la competenza della Procura europea è oggi strettamente confinata, dal Trattato anzitutto, ai soli reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione come individuati e descritti dalla direttiva (Ue) n. 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale², la «direttiva PIF».

¹ *Guce* n. C 316 del 27 novembre 1995, p. 48.

² *Gu-Ue* n. L 198 del 28 luglio 2017, p. 29.

Si tratta in sostanza, in misura assai sintetica, delle condotte di frode alle entrate e alle spese, di riciclaggio dei proventi della frode, di corruzione attiva e passiva e di appropriazione indebita che ledano o possano ledere gli interessi finanziari dell'Unione, nonché dei reati relativi alla partecipazione a un'organizzazione criminale *incentrata* sulla commissione dei reati che precedono e di qualsiasi altro reato *indissolubilmente connesso* ad essi.

Se le cronache riportano sempre più spesso notizie dei successi investigativi della Procura europea in tale ristretto campo di attività, quelle stesse cronache riferiscono, altresì, con crescente frequenza delle proposte di possibile espansione delle competenze dell'EPPO e delle «magnifiche sorti, e progressive...» che potrebbero attendere lo stesso negli anni a venire.

Il punto di partenza di tale possibile espansione delle materie di competenza dell'EPPO si rinviene ovviamente nell'art. 86, par. 4, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea il quale recita: «(...) 4. Il Consiglio europeo può adottare (...) una decisione che modifica il paragrafo 1 allo scopo di estendere le attribuzioni della Procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale, e che modifica di conseguenza il paragrafo 2 per quanto riguarda gli autori di reati gravi con ripercussioni in più Stati membri e i loro complici. Il Consiglio europeo delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione».

4. Ancor prima dell'adozione formale del Regolamento EPPO, l'espansione delle competenze della Procura europea alla materia del terrorismo transnazionale era stata da più parti proposta. Già avanzata all'interno del parere adottato il 21 giugno 2016 dalla nostra Camera dei Deputati in occasione delle discussioni sulla nuova proposta di direttiva UE in materia di terrorismo, l'espansione delle competenze dell'EPPO anche a tali reati venne quindi ribadita da parte del Ministro della Giustizia italiano dell'epoca, Andrea Orlando, concretandola in una lettera indirizzata al suo omologo spagnolo all'indomani dei gravissimi fatti di Barcellona del 17 agosto 2017 e subito replicata al Commissario europeo per la giustizia ed alla Presidenza di turno estone. L'idea è stata anche successivamente ripresa e rilanciata dallo stesso Presidente della Commissione europea, Jean Claude Juncker, nel suo «Discorso sullo stato dell'Unione» del 12 settembre 2017 e, a pochi giorni di distanza, dal Presidente della Repubblica francese Emmanuel Macron, in un discorso sul rilancio dell'integrazione europea pronunciato alla Sorbona, e successivamente dal Presidente del Parlamento europeo Antonio Tajani in occasione dell'approvazione del Regolamento EPPO da parte del Parlamento europeo.

Nel settembre dell'anno successivo, la Commissione europea pubblicò una propria comunicazione³ con la quale invitava il Consiglio europeo, in vista del vertice di Sibiu del 9 maggio 2019, a portare avanti questa iniziativa insieme al Parlamento europeo e a decidere l'estensione delle competenze dell'EPPO ai reati di terrorismo che interessano più di uno Stato membro. L'iniziativa rimase tuttavia priva di seguito in sede di Consiglio europeo e da allora sembrano essersi perse le tracce del dibattito che non sono successivamente riaffiorate neanche in occasione dei più recenti attentati di natura terroristica perpetrati in Europa.

5. La seconda materia – nella quale sono emerse proposte relative all'estensione della competenza dell'EPPO ad altre categorie di infrazioni – è quella relativa ai reati ambientali, idea alla quale la Commissione europea ha dichiarato di essere aperta in linea di principio.

In una lettera del 24 agosto 2021 indirizzata agli eurodeputati, la Presidente della Commissione Ursula von der Leyen ha infatti scritto che l'esecutivo dell'UE «è pronto a valutare, in stretta collaborazione con il Parlamento europeo, la necessità e la fattibilità di estendere le competenze dell'EPPO a medio termine in modo da coprire i reati ambientali transfrontalieri gravi».

L'idea è stata anche accarezzata nel quadro della Presidenza francese del 2022 nonché all'interno di una risoluzione del Parlamento europeo sui reati ambientali nella quale, affrontando il tema del disboscamento illegale (*Illegal Logging*), veniva proposta la creazione di «un Procuratore verde dell'UE»⁴. In particolare al punto 38 della risoluzione si afferma che «l'istituzione di una procura verde dell'UE, attraverso l'estensione del mandato dell'EPPO, in conformità con l'articolo 86, paragrafo 4, del TFUE, è un modo per migliorare l'attuazione e l'applicazione della legislazione ambientale dell'UE e per combattere i reati ambientali gravi con una dimensione transfrontaliera»⁵.

6. La più recente tematica, nella quale è emersa con forse maggiore concretezza la volontà di espandere le competenze dell'EPPO, è però quella della violazione delle misure restrittive dell'Unione.

³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio europeo, del 12 settembre 2018 (Com(2018)641 final), «*A Europe that protects: an initiative to extend the competences of the European Public Prosecutor's Office to crossborder terrorist crimes*».

⁴ Risoluzione del 23 giugno 2022, n. 2022/2523.

⁵ <https://www.politico.eu/article/meps-want-eu-public-prosecutor-to-tackle-green-crimes-timber-trade-wildlife-trafficking/>.

Occorre infatti ricordare che, sulla base dell'art. 29 TUE o dell'art. 215 TFUE, l'Unione può adottare misure in materia di congelamento di beni, con divieti che possono riguardare la messa a disposizione di fondi e risorse economiche, l'ingresso nel territorio di uno Stato membro dell'Unione, nonché le misure economiche settoriali e gli embarghi sulle armi.

Il perseguimento, le sanzioni e, di conseguenza, il livello di *enforcement* variano oggi fortemente da Stato membro a Stato membro, ma l'Unione mancava fino a tempi recentissimi di competenza a legiferare in materia in ragione degli stretti limiti posti dall'art. 83 TFUE alle forme di criminalità nei confronti delle quali essa può intervenire con proprie direttive stabilendo «norme minime». Al fine di consentire tale intervento è stata quindi adottata la decisione (Ue) n. 2022/2332 del Consiglio del 28 novembre 2022⁶ relativa al riconoscimento della violazione delle misure restrittive dell'Unione come una sfera di criminalità che risponde ai criteri di cui all'art. 83, par. 1, del TFUE.

Creata in tal modo la base giuridica, è stato quindi possibile presentare e condurre verso una sollecita adozione la proposta di direttiva relativa alla definizione dei reati e delle sanzioni per la violazione delle misure restrittive dell'Unione⁷ sulla quale i lavori sono sfociati in un accordo tra Parlamento europeo e Consiglio nel dicembre 2023⁸. La direttiva stabilisce che gli Stati membri dovranno configurare come reati determinate condotte, tra cui l'aiuto offerto a persone oggetto di misure restrittive dell'UE ad eludere un divieto di viaggio, il commercio di beni oggetto di sanzioni e l'effettuazione di operazioni con Stati o entità oggetto di misure restrittive dell'UE, la prestazione di servizi finanziari o l'effettuazione di attività finanziarie vietate, l'occultamento della proprietà di fondi o di risorse economiche da parte di una persona, un'entità o un organismo sanzionati dall'UE.

Il terzo passo da compiere, una volta che la direttiva sarà stata formalmente adottata e il suo testo pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione*, potrebbe consistere nell'affidare all'EPPO la competenza a condurre indagini nei confronti di tali violazioni e di ciò sembrano avere già discusso tanto la Procuratrice capo europea con il Commissario europeo alla giustizia in uno scambio di lettere risalente già al settembre 2022 quanto i Ministri della giustizia francese e tedesco che, nel novembre dello stesso anno, lanciarono un appello in tal senso⁹.

⁶ *Gu-Ue* n. L 308 del 29 novembre 2022, p. 18.

⁷ Com(2022)684 final.

⁸ <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2023/12/12/council-and-parliament-reach-political-agreement-to-criminalise-violation-of-eu-sanctions/>.

⁹ <https://www.lemonde.fr/idees/article/2022/11/29/l-appel-des-ministres-francais-et-allemand-de-la-justice-nous-souhaitons-l-extension-de-la-competence-du-parquet-europeen-aux-violations-des->

Di sicuro, l'eventuale attribuzione all'EPPO di tale competenza sembrerebbe offrire "chiusura" al sistema garantendo un efficace coordinamento delle indagini sul territorio di tutti gli Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata.

7. Venendo ora a presentare ulteriori settori in relazione ai quali la competenza di EPPO è stata richiesta o anche solo evocata, troviamo la materia dell'*insider trading*, governata dalla direttiva sugli abusi di mercato¹⁰ nonché quella della corruzione.

Proprio in relazione a quest'ultima, la già ricordata «Direttiva PIF» reca con sé un obbligo di incriminazione delle condotte di corruzione attiva e passiva, ma solo di quelle che ledano o possano ledere gli interessi finanziari dell'Unione.

Come dimostrato anche dal recentissimo scandalo *Qatargate*, tra queste non rientrano, ad esempio, le condotte di corruzione di parlamentari europei finalizzate a influenzarne il voto o le posizioni in assenza di un danno per il bilancio UE e non vi rientrano neppure fatti di corruzione che vedano coinvolti altri membri o funzionari delle Istituzioni europee ove manchi tale pregiudizio.

Forse sarebbe un buon segnale per l'Unione se proprio alla materia della corruzione (già parzialmente ricadente nelle competenze di EPPO) venisse riservata la prima estensione delle competenze della Procura europea prevedendosene la competenza per tutte le condotte di corruzione che vedano coinvolti i membri e i funzionari delle Istituzioni e delle agenzie, indipendentemente dal pregiudizio agli interessi finanziari. Verrebbe così resa evidente, nei fatti, quella esigenza di perseguimento uniforme sul territorio dell'Unione di una così grave e subdola condotta che, proprio per la sua natura carsica, rischia assai spesso di sfuggire alle maglie della giustizia e di rimanere impunita.

8. A guisa di conclusione sembra potersi dire che, come spesso avvenuto per altre agenzie dell'Unione (si pensi al caso di FRONTEX), anche sulla Procura europea rischiano di vedersi scaricare tutte le tensioni legate a emergenze (vere o presunte) sopravvenienti ed alle quali vengono richieste risposte in tempi rapidi.

sanctions-prises-par-l-ue_6152070_3232.html?lmd_medium=al&lmd_campaign=envoye-par-appli&lmd_creation=ios&lmd_source=default.

¹⁰ Direttiva n. 2014/57/UE del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, in *Gu-UE* n. L 173 del 12 giugno 2014, p. 179 ss.

Se quello delle sanzioni è il nuovo fronte sul quale si combattono le guerre di oggi, naturale appare la pulsione a vedere in tale materia quella che potrebbe costituire il terreno sul quale saggiare l'attribuzione ad EPPO di nuove competenze, con l'abbandono della sola PIF.

Occorre, tuttavia, anche non dimenticare che ogni eventuale allargamento di competenze recherà con sé inevitabilmente la necessità di aumentare la dotazione organica della struttura insieme a quella di probabili ritocchi al suo regolamento interno.

Vedremo se prevarrà la prudenza, che invita ad attendere il rapporto della Commissione previsto a cinque anni di distanza all'entrata in funzione della Procura o, come sembra più probabile, la volontà di muovere più rapidamente in avanti azionando il complesso meccanismo di modifica previsto dal comma 4 dell'art. 86 TFUE, ovvero una deliberazione all'unanimità da parte del Consiglio europeo previa approvazione del Parlamento europeo e consultazione della Commissione.

I cambiamenti dovrebbero, inoltre, avvenire in una contingenza assai delicata caratterizzata dalla già presentata domanda di adesione della Polonia alla cooperazione rafforzata EPPO e della annunciata volontà della Svezia di procedere sollecitamente in tal senso; occorrerà naturalmente evitare che tali processi di avvicinamento (che lascerebbero la sola Ungheria quale Stato membro non partecipante, dal momento che Irlanda e Danimarca beneficiano di statuti particolari) possano in alcun modo risultare pregiudicati da eventuali timori legati a un quadro di incertezza quanto alle competenze della Procura europea.

Il tutto senza sottovalutare la necessità di dover rimanere all'interno degli stessi paletti posti dal Trattato, vale a dire la «lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale», caratteristiche queste che forse non sempre è dato rinvenire in alcune delle tipologie di reato sopra descritte.

Lorenzo Salazar**

SINTESI

Il contributo prende le mosse dai più che soddisfacenti risultati conseguiti, nei primi anni di funzionamento, dalla Procura europea (EPPO) nel settore di competenza ad essa attualmente conferito dall'art. 86 TFUE, vale a dire i reati

** Sostituto Procuratore Generale / Corte di appello di Napoli - Punto di contatto della Rete Giudiziaria Europea (EJN) - Corrispondente nazionale dell'Eurojust

che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Vengono poi passati in rassegna i diversi settori nei quali, di volta in volta, è stata proposta l'estensione della competenza dell'EPPO alla criminalità grave transnazionale ai sensi del par. 4 dell'art. 86: dal terrorismo alla protezione dell'ambiente, dall'*enforcement* delle misure restrittive imposte dall'Unione alla lotta alla corruzione, senza perdere di vista la sfida posta dai ristretti confini e dalla complessa procedura prevista dal Trattato per l'estensione delle competenze dell'EPPO.

ABSTRACT

The article starts from the more than satisfactory results achieved, in the first years of operation, by the European Public Prosecutor's Office (EPPO) in the area of competence currently conferred upon it by Article 86 TFEU, i.e. crimes affecting the financial interests of the Union. The different areas in which the extension of the competence of the EPPO to serious crime having a cross-boarder dimension under Article 86(4) has been considered are then reviewed: from the fight against terrorism to the protection of the environment, from the enforcement of restrictive measures imposed by the Union to the combat of corruption, without losing sight of the challenge posed by the narrow limits and the complex procedure laid down by the Treaty for the extension of the powers of the EPPO.

LE COMPETENZE DELL'EPPO VERSO POSSIBILI SVILUPPI?*

Sommario: 1. Premessa - 2. Il possibile ampliamento delle competenze dell'EPPO: i reati ambientali - 3. Segue: La corruzione e la nuova proposta di direttiva del 3 maggio 2023 - 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Dopo quasi tre anni di attività della Procura europea (di seguito, anche nell'acronimo EPPO, *European Public Prosecutor's Office*)¹, sembra utile, guardando a quanto realizzato nell'esercizio delle competenze attualmente

* Testo della relazione presentata al Convegno tenutosi a Napoli il 27 ottobre 2023 su «*La Procura europea e i controlli sulle erogazioni dei fondi PNRR*» organizzato nell'Università Federico II, con il patrocinio di AISDUE - Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione Europea, e destinata ad essere inserita nel volume contenente gli Atti del Convegno, in corso di pubblicazione, con i tipi della Casa editrice Editoriale Scientifica di Napoli.

¹ Sugli aspetti istituzionali inerenti al funzionamento della Procura europea, cfr. E. TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea ("EPPO")*: legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza in questa Rivista, 2020, pp. 487-564; ID., *Regolamento EPPO: le disposizioni che paralizzano l'esercizio delle competenze della Procura europea sono invalide per violazione dell'art. 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)*, in questa Rivista, 2022, p. 121 ss. nonché ID., *Corte di giustizia UE: la prima questione pregiudiziale sull'interpretazione del regolamento EPPO evidenzia disposizioni che rischiano di paralizzare l'attività investigativa della procedura europea*, in questa Rivista, 2022, p. 211 ss.; G. GUAGLIARDI, *Procura Europea. Siamo davvero pronti in assenza di un codice di procedura penale europeo? Una nuova sfida per l'avvocatura e la magistratura*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 2, 2021, p. 1 ss.; L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Archivio penale*, n. 3, 2017, p. 2 ss.; ID., *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della Procura europea (EPPO)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 10, 13 ottobre 2017, p. 328; ID., *La Procura Europea alla vigilia dell'entrata in funzione*, in *Questione giustizia*, 17 aprile 2021, p. 1; ID., *La Procura europea è finalmente realtà: what's next...?*, in *rivista.eurojus.it*, 2017, p. 1; M. FIDELBO, *La cooperazione rafforzata come modalità d'istituzione della procura europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 3, 2016, p. 92 ss.; N. PARISI, *La Procura europea: un tassello per lo spazio europeo di giustizia penale*, in *I quaderni europei*, n. 48, gennaio 2013, p. 3 ss.

attribuite, valutare se una loro estensione potrebbe agevolare il raggiungimento degli obiettivi stabiliti e potenziare la lotta contro i reati che danneggiano il bilancio dell'Unione².

Il presente contributo intende, difatti, focalizzare l'attenzione sulle prospettive future del nuovo organismo dell'Unione europea, protagonista della cooperazione giudiziaria in materia penale³, auspicando che esso possa divenire il prototipo di un meccanismo giudiziario e investigativo replicabile anche in altri settori, come i reati ambientali e la corruzione, sui quali è già in atto un confronto a livello delle istituzioni.

Un obiettivo così ambizioso trova ragione e spiegazione in diversi motivi. Anzitutto, nel fatto che la Procura europea ha dimostrato di disporre di poteri investigativi particolarmente rapidi e penetranti e di tutto lo strumentario necessario a reagire all'enorme mole di frodi e di irregolarità ai danni delle finanze europee, prestando fede alle competenze fino ad oggi assegnatele⁴.

In secondo luogo, perché la creazione di un ufficio europeo dell'accusa unico porta l'integrazione della giustizia penale a un livello assai più elevato rispetto a qualsiasi altro meccanismo fino a questo momento in funzione, poiché dotato di una duttilità e di una prontezza maggiore delle singole procure nazionali⁵. In particolare, essendo composta da procuratori europei appartenenti a ventidue Stati membri, se, nell'ambito delle indagini, emerge che parte della condotta è consumata in un altro Stato membro, per l'EPPO risulta assai agevole procedere direttamente, senza dover ricorrere agli stru-

² A. DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli Stati membri*, Bari, Cacucci, 2018, p. 1 ss.; M. BELLACOSA - M. DE BELLIS, *The protection of the EU financial interests between administrative and criminal tools: OLAF and EPPO*, *CMLR*, n. 1, 2023, pp. 15-50.

³ S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione europea*, Torino, Editoriale Scientifica, 2015; C. AMALFITANO, *Codice di cooperazione giudiziaria penale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2017; A. DAMATO, *La cooperazione giudiziaria in materia penale*, in P. DE PASQUALE - F. FERRARO (a cura di), *Manuale di diritto dell'Unione europea*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 337; A. VENEGONI, *La Procura europea (EPPO) nel panorama della cooperazione giudiziaria europea*, in *Il diritto vivente*, 26 aprile 2022, p. 1 ss.

⁴ A tal proposito, si rammenta che l'EPPO è autorizzata ad adottare misure coercitive intrusive, come ad esempio chiedere e disporre la perquisizione, il sequestro o l'arresto, senza la restrizione dei confini nazionali e con tempi ridotti rispetto a quelli degli Stati membri. Vedi, in particolare, l'art. 30 del Regolamento (Ue) n. 2017/1939.

⁵ Così N. CANESTRINI, *Procuratore europeo, un cavallo di troia per la tutela dei diritti fondamentali? Sulle (gravi) dimenticanze e le conseguenti tentazioni di un organo di investigazione federale*, in *Diritto di difesa*, 19 dicembre 2020, p. 1 ss., spec. p. 6. Per un approfondimento sia consentito rinviare a B. MINUCCI, *La Procura europea e l'effettività della cooperazione giudiziaria in materia penale: tutele disomogenee e reali progressi*, in *rivista.eurojus.it*, 3 luglio 2023, p. 1 ss., spec. p. 7; inoltre, v. G. DE AMICIS, "Competenza" e funzionamento della Procura europea nella cognizione del giudice, in *La Legislazione penale*, 2022, p. 1 ss.

menti di cooperazione giudiziaria in materia penale attualmente esistenti nei singoli Stati, quali ad esempio richieste di assistenza giudiziaria reciproca.

Un'azione a livello di Unione europea è, dunque, più efficace e reca benefici maggiori rispetto ad un'azione intrapresa singolarmente dagli Stati membri, contribuendo a promuovere in modo significativo una maggiore coesione nello spazio europeo di giustizia penale, specialmente per quanto riguarda i reati a dimensione transnazionale⁶.

Sicché, alla luce dei positivi risultati e dei successi registrati fin dall'inizio della sua operatività⁷, è possibile ragionare su un'eventuale estensione dei poteri di azione della Procura europea, per provare a fornire una risposta armonizzata alle attività criminali organizzate che si svolgono oltre i confini nazionali.

Il punto di partenza per tale ampliamento sembra essere rappresentato dall'art. 86, par. 4, TFUE⁸. Invero, tale disposizione prevede che l'EPPO possa estendere la sua competenza al di là dell'obiettivo di proteggere il "bilancio dell'Unione", sulla base di una decisione unanime del Consiglio europeo, previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione.

⁶ T. WAHL, *The European Public Prosecutor's office and the fragmentation of defense right*, in K. LIGETI - M. J. ANTIUNES - F. GIUFFRIDA (eds.), *The European Public Prosecutor's Office at Launch. Adapting National Systems, Transforming EU Criminal Law*, Padova, Cedam, 2018, p. 85.

⁷ Le considerazioni positive legate al suo operato sono riconducibili anche alle garanzie di indipendenza e di autonomia che l'EPPO offre. Si rammenta che l'indipendenza funzionale della Procura europea è espressamente sancita all'art. 6 del Regolamento (Ue) n. 2017/1939 del Consiglio, del 2 ottobre 2017, ai sensi del quale «L'EPPO è indipendente. Nell'esercizio delle loro funzioni nel quadro del presente regolamento, il procuratore capo europeo, i sostituti del procuratore capo europeo, i procuratori europei, i procuratori europei delegati, il direttore amministrativo nonché il personale dell'EPPO agiscono nell'interesse dell'Unione nel suo complesso, come definito per legge, e non sollecitano né accettano istruzioni da persone esterne all'EPPO, Stati membri dell'Unione europea, istituzioni, organi, uffici o agenzie dell'Unione. Gli Stati membri dell'Unione europea, le istituzioni, gli organi, gli uffici e le agenzie dell'Unione rispettano l'indipendenza dell'EPPO e non cercano di influenzarla nell'assolvimento dei suoi compiti». Sul tema vedi A. CIPRANDI, *L'indipendenza della magistratura requirente, dalle procure nazionali a EPPO: quale modello europeo di pubblico ministero?*, in *I Post di AISDUE*, n. 4, 23 gennaio 2023, p. 81 ss.; L. DE MATTEIS, *Autonomia e indipendenza della Procura europea come garanzia dello Stato di diritto*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2020, p. 111 ss.; D. CAVALLINI, *Analisi della disciplina e prime riflessioni sui profili ordinamentali della procura europea, alla luce del d.lgs. n. 9 del 2021 di adeguamento della normativa nazionale al regolamento europeo*, in *dirittodidifesa.eu*, 14 maggio 2021, p. 1 ss. Per un approfondimento sul regolamento istitutivo dell'EPPO, invece, si veda A. CORRERA, *Prime osservazioni sul regolamento che istituisce la Procura europea*, in *rivista.eurojus.it*, 21 ottobre 2017, p. 1 ss.; sull'adeguamento interno del regolamento istitutivo della Procura europea v. R. BELFIORE, *L'adeguamento della normativa nazionale al regolamento sulla procura europea: il punto della situazione*, in *Sistema penale*, n. 7, 2020, p. 165; L. SALAZAR, *L'adeguamento interno da parte italiana al regolamento EPPO alla vigilia dell'avvio delle prime indagini*, in *Sistema penale*, n. 4, 2021, p. 53 ss.; W. NOCERINO, *L'istituzione della "Super Procura Europea" e il complesso adeguamento interno*, in *Cammino diritto*, 11 gennaio 2022, p. 11.

⁸ Per un approfondimento di tale disposizione, v. N. PARISI, *Commento all'art. 86 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, Giuffrè, 2014, p. 562 ss.

Purtuttavia, l'art. 86 TFUE consente l'ampliamento delle attribuzioni della Procura europea esclusivamente a fronte di condotte riconducibili a fatti di criminalità grave e che presentino una dimensione transnazionale.

Di talché, i limiti piuttosto stringenti appena descritti, insieme a una definizione ambigua, o comunque assai vaga, fornita dallo stesso Trattato delle fattispecie che potrebbero essere ricondotte nell'alveo di competenza della Procura europea, con riferimento soprattutto al significato da attribuire all'aggettivo "grave", sembrerebbero rappresentare il motivo per il quale il Consiglio europeo non sia ancora mai ricorso a tale facoltà, sebbene l'EPPO si mostri ampiamente disponibile all'acquisizione di nuove competenze⁹.

2. Il possibile ampliamento delle competenze dell'EPPO: i reati ambientali

L'estensione del raggio di azione di EPPO ad altre tipologie di reati potrebbe risolvere le attuali lacune, derivanti da indagini e azioni penali troppo spesso condotte separatamente, risultando così frammentate.

A dire il vero, un collegamento tra la fase delle indagini e la fase dell'azione penale renderebbe possibile un approccio molto più coeso, coordinato e capace di valutare tutti gli elementi, indipendentemente dal luogo nel quale il reato si è verificato, potendo analizzare il fenomeno criminale in tutta la sua portata.

Attualmente i riflettori sono stati puntati, soprattutto, su due categorie di reato, accumulate dal carattere transnazionale delle fattispecie e dalla capacità di incidere, ancorché di riflesso, sul bilancio dell'UE.

Il primo settore nel quale è stata avvertita la necessità di ampliare il ruolo della Procura europea è rappresentato dai reati ambientali¹⁰.

⁹ Vedi relazione annuale, EPPO, *Annual Report – European Public Prosecutor's Office*, 2022, spec. p. 94.

¹⁰ A questo proposito si rammenta che, già in una lettera dell'agosto del 2021, la presidente della Commissione, Ursula von der Leyen, affermò come la Commissione, in stretta cooperazione con il Parlamento, fosse pronta ad esplorare la possibilità di estensione delle competenze dell'EPPO nel medio termine, in modo da coprire i reati transfrontalieri in materia ambientale. Sulla tutela dell'ambiente v. F. MUNARI - L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, il Mulino, 2012; M. MONTINI, *Investimenti internazionali, protezione dell'ambiente e sviluppo sostenibile*, Milano, Giuffrè, 2015; F. ROLANDO, *L'integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020. Inoltre, per un approfondimento, v. S. AMADEO, *Commento all'art. 191 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *I Trattati dell'Unione europea*, cit. supra, nota 8, p. 1256 ss.

Come è noto, l'obiettivo dell'«elevato livello di tutela», che rappresenta il principio guida della disciplina ambientale, informa l'intero *corpus* normativo in materia, all'avanguardia a livello internazionale, la cui attuazione è affidata agli Stati membri e al controllo della Corte di giustizia. L'integrazione di EPPO in questo sistema rappresenterebbe perciò un elemento di "completamento"¹¹. Anzi, sembra quasi naturale che, per la loro natura transnazionale, i reati ambientali siano ricondotti nell'alveo della sua azione, in quanto si tratta di condotte illecite che rappresentano soltanto una delle espressioni dell'estensione reticolare della criminalità transazionale, offrendo enormi opportunità di realizzare completamente o parzialmente l'illecito in Paesi diversi da quello di origine.

In questo contesto, il conferimento di un "ruolo chiave" alla Procura europea, unitamente alla minaccia di sanzioni penali più rigide, potrebbe essere necessario per garantire una tutela adeguata a beni giuridici rilevanti e meritevoli di protezione rafforzata, quali l'ambiente, la salute pubblica e le risorse naturali, oltre che per dissuadere i trasgressori dalla commissione di tali reati.

La prima risposta che ha spianato la strada in tale direzione è stata fornita dalla direttiva n. 2008/99/Ce, sulla tutela penale dell'ambiente¹², che ha rappresentato una svolta importante per il riconoscimento della funzione del diritto penale in questo settore. Nonostante le buone intenzioni, dalla valutazione sull'attuazione della direttiva, compiuta dalla Commissione nel 2020¹³, emergono limiti, carenze, e soprattutto il mancato allineamento della direttiva alle sfide più attuali e urgenti.

Per quel che rileva ai fini dell'analisi in oggetto, la valutazione dimostra come i livelli di sanzioni differiscano notevolmente da uno Stato membro all'altro, così come la loro applicazione non risulta essere dissuasiva e, inoltre, dall'entrata in vigore della direttiva, non si è registrato alcun miglioramento evidente della cooperazione transfrontaliera, caratterizzata ancora da una scarsa sensibilizzazione dei pubblici ministeri e dei giudici.

La consapevolezza della pericolosità della criminalità ambientale e dell'inidoneità degli strumenti atti a fronteggiarla trova espressa conferma

¹¹ Cfr. F. FERRARO, *L'evoluzione della politica ambientale dell'Unione: effetto Bruxelles, nuovi obiettivi e vecchi limiti*, in *I Post di AISDUE*, n. 9, 4 gennaio 2022, p. 170 ss.

¹² Direttiva n. 2008/99/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, in *Gu-Ue* n. L 328 del 6 dicembre 2008, p. 28 ss.

¹³ Documento di lavoro dei servizi della Commissione – Valutazione della direttiva n. 2008/99/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, SWD(2020)259 final del 28 ottobre 2020, reperibile in lingua inglese sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu>.

in una comunicazione della Commissione, preordinata alla proposta di una nuova direttiva, nella quale viene sì riaffermata l'importanza del diritto penale nella lotta ai reati ambientali nell'UE¹⁴, ma alcun riferimento è fatto ad un possibile ruolo dell'EPPO. E questo è senz'altro l'anello debole del documento e dell'intero sistema prefigurato. Sistema che, invece, contempla l'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), per quanto riguarda l'esecuzione amministrativa, Europol ed Eurojust, presentati come organismi di coordinamento e di sostegno alla catena dell'attività di contrasto, volti ad agevolare la condivisione di conoscenze ed esperienze. Peraltro, con riguardo all'OLAF, la Commissione dichiara di prendere in considerazione l'eventuale estensione del suo mandato nella normativa settoriale per lo svolgimento di indagini amministrative relative ai reati ambientali.

Nondimeno, la (probabile) dimenticanza è stata corretta dalla Commissione nella nuova proposta di direttiva sulla tutela penale dell'ambiente¹⁵, intesa a sostituire quella in vigore, a causa dei problemi poc'anzi menzionati¹⁶.

In particolare, tra i diversi obiettivi definiti nella proposta, quello volto a promuovere e a favorire indagini e azioni penali transfrontaliere, in virtù della ripercussione sempre più ampia che i reati ambientali hanno in diversi Paesi (come nel caso dell'inquinamento transfrontaliero di aria, acqua e suolo), ha spinto verso un approccio più verticale alla questione e a prevedere una competenza in capo alla Procura europea per le fattispecie criminose più gravi¹⁷. Così, al *considerando* n. 30 della proposta è sancito espressamente l'obbligo per gli Stati membri di garantire e rafforzare l'assistenza, il coordinamento e la cooperazione con gli organi dell'Unione europea, ed è fatto esplicito riferimento alla Procura europea e all'Ufficio europeo per la lotta antifrode.

D'altronde, tenuto conto dell'elevato impatto finanziario dei reati ambientali, del loro potenziale legame con altri reati che possono essere lesivi delle finanze europee (ad esempio la corruzione) e della loro natura transfrontaliera, l'EPPO è nella posizione migliore per svolgere un'efficace azione anche in questo campo.

¹⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 15 dicembre 2021, Rafforzare la lotta alla criminalità ambientale, Com(2021)814final.

¹⁵ Com(2021)851final, del 15 dicembre 2021, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce la direttiva n. 2008/99/Ce.

¹⁶ Per un commento cfr. F. EROICO, *La proposta di direttiva della Commissione europea per rafforzare la tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale*, in *I Post di AISDUE*, n. 2, 6 marzo 2022, p. 15 ss.

¹⁷ Così, F. MUNARI, *Public e Private enforcement del diritto ambientale dell'Unione*, in *I Post di AISDUE*, n. 1, 1° gennaio 2023, p. 1 ss., spec. pp. 31-34.

Altrettanto rilevante è la risoluzione del Parlamento europeo del 23 giugno 2022¹⁸, volta a disincentivare il disboscamento illegale nei Paesi dell'UE, in quanto responsabile del 20% delle emissioni globali di carbonio e dell'estinzione di molte specie che perdono di fatto il loro *habitat* naturale. Con essa, il Parlamento europeo chiede una definizione uniforme del disboscamento illegale, quale reato ambientale in tutti gli Stati membri, in modo da garantire l'applicazione di procedure e sanzioni armonizzate per le stesse infrazioni. Significativo è anche il legame che il Parlamento rinviene tra il disboscamento illegale e le violazioni dei diritti umani, nonché i reati connessi alla frode e alla corruzione, quali il riciclaggio di denaro e l'evasione fiscale, con una dimensione prevalentemente transfrontaliera. In quest'ottica, le indagini sul disboscamento illegale appaiono essenziali per agevolare quelle su altre fattispecie di reati gravi e, a tal proposito, il Parlamento sottolinea l'opportunità, finanche la necessità, dell'introduzione di un "pubblico ministero verde dell'UE" (c.d. «EU green prosecutor») attraverso l'estensione delle competenze della Procura europea¹⁹, a norma dell'art. 86, par. 4, TFUE, per migliorare l'attuazione e l'applicazione della legislazione ambientale dell'Unione e per contrastare i crimini ambientali che presentano una dimensione transfrontaliera.

Tra i fenomeni allarmanti e difficili da contrastare, a causa della mancanza di regimi normativi omogenei di controllo e di punizione, va fatto invece riferimento al traffico illecito di rifiuti pericolosi. Un'attività criminosa che è, allo stesso tempo, ad alto profitto per gli ingenti guadagni e a basso rischio per la scarsa probabilità di essere condannati²⁰. Non a caso, secondo Eurojust, il traffico illecito di rifiuti (e di specie animali selvatiche) rientra tra i reati ambientali più gravi e studi recenti stimano che le entrate annuali provenienti esclusivamente dal mercato illecito di rifiuti nell'UE oscillano tra 4 e 15 miliardi di euro²¹.

Nella prospettiva di intervento della Procura europea, sembra non trascurabile la necessità di individuare una definizione comune altresì di «reato di traffico illecito di rifiuti», al fine di superare le differenze attuali tra le diverse legislazioni e facilitare così la cooperazione giudiziaria e investigativa nel contrasto a tale forma di crimine.

¹⁸ Risoluzione del Parlamento europeo, del 23 giugno 2022, sul disboscamento illegale nell'UE (2022/2523(RSP)).

¹⁹ Punto n. 38 della Risoluzione 2022/2523(RSP), *loc. cit.*

²⁰ Per un'analisi dettagliata delle caratteristiche e della gravità del fenomeno v. M. BELLACOSA, *Il contrasto in Europa al traffico illecito di rifiuti pericolosi su base transnazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4, 2019, pp. 176-190, spec. pp. 178 e 189.

²¹ V. Com(2021)814 final, *cit. supra*, nota 14, p. 1.

Ad ogni modo, sebbene sia innegabile che i reati ambientali siano tra i più inclini a rientrare nel novero delle competenze EPPO, altrettanto vero è che, al momento, si è fermi ad impegni più o meno stringenti provenienti dalla Commissione e alla recente risoluzione del Parlamento europeo, come noto non vincolante, ma non molto di più.

3. *Segue: La corruzione e la nuova proposta di direttiva del 3 maggio 2023*

Una seconda fattispecie criminosa sulla quale è aperto il dibattito sul ruolo dell'EPPO è la corruzione. Invero, già l'assetto normativo vigente conferisce all'EPPO la competenza ad occuparsi delle implicazioni che tale reato ha per il bilancio dell'Unione. Nondimeno, occorre capire se, al fine di rendere ancora più efficienti le indagini transnazionali, pur sempre nel rispetto dei diritti e delle garanzie dei soggetti indagati, si possa andare oltre ed estendere l'intervento della Procura europea a tutte le condotte di corruzione, a prescindere dalla necessità di dimostrare un collegamento diretto delle stesse sull'integrità degli interessi finanziari dell'Unione²².

A tal proposito è necessario far riferimento al «pacchetto anticorruzione», presentato il 3 maggio scorso dalla Commissione, al fine di intensificare le proprie azioni e aumentare gli sforzi per integrare la prevenzione della corruzione nell'elaborazione delle politiche e dei programmi dell'UE. Si tratta, in estrema sintesi, di un pacchetto legislativo di norme nuove e rafforzate, volto a combattere tale reato all'interno e all'esterno delle frontiere dell'Unione europea²³.

Più in dettaglio, il «pacchetto anticorruzione» si compone di una comunicazione congiunta²⁴, che offre una panoramica della legislazione attuale dell'Unione, propone iniziative per rafforzare l'integrità, la trasparenza e la lotta contro la corruzione, in un'ottica rigorosamente preventiva, e annuncia al suo interno una proposta di regolamento in ambito PESC e una proposta di direttiva²⁵.

²² Così N. PARISI, *Come l'Unione potrebbe proteggersi dalle condotte di corruzione. Qualche considerazione a partire dal cosiddetto Qatargate*, in *I Post di AISDUE*, n. 1, 13 gennaio 2023, p. 1.

²³ Si ricorda che l'attuale legislazione anticorruzione dell'Unione europea è piuttosto frammentata e ha un ambito di applicazione limitato; ne consegue che le tipologie di reati di corruzione, così come le sanzioni applicate, variano di gran lunga da uno Stato membro all'altro.

²⁴ Comunicazione congiunta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sulla lotta contro la corruzione, del 3 maggio 2023, Com(2023)12 final.

²⁵ In dottrina L. SALAZAR - F. CLEMENTUCCI, *Per una nuova anticorruzione europea: euri et orbi*, in *Sistema penale*, nn. 7-8, 2023, p. 69 ss., spec. p. 75.

Particolarmente significativa, ai fini della presente disamina, risulta essere la proposta di direttiva sulla lotta contro la corruzione²⁶, intesa ad innovare l'ormai datato quadro legislativo anticorruzione dell'UE, allineandolo all'evoluzione del quadro giuridico penale internazionale al quale l'Unione si è vincolata. Purtroppo, va constatato che, ancorché un esplicito coinvolgimento della Procura europea sembrava scontato, in ragione della dimensione transnazionale della corruzione e di un'assenza di coordinamento e di norme comuni tra gli Stati membri, essa è contemplata esclusivamente nell'art. 24 della proposta, con riguardo all'obbligo di cooperazione tra le autorità degli Stati membri e le agenzie dell'Unione nei settori amministrati dalla direttiva; nonché con riguardo all'obbligo di EPPO, così come di Europol, Eurojust e OLAF, di offrire assistenza tecnica e operativa per un miglior coordinamento delle indagini e delle azioni penali.

Il limitato ruolo affidato a EPPO giustifica due osservazioni. L'una, di carattere più generale, riguarda la base giuridica della strategia dell'UE per la lotta alla corruzione individuata esclusivamente negli artt. 82, par. 1, lett. *d.*, e 83, par. 1 e 2, TFUE. Più utilmente, la Commissione avrebbe dovuto far riferimento all'art. 84 TFUE, che contempla la possibilità di adottare misure preventive, in quanto la proposta sottolinea la necessità di intraprendere la lotta contro la corruzione proprio in una prospettiva di prevenzione, e all'art. 87 TFUE, in ragione della necessità di una cooperazione di polizia.

L'altra osservazione, di carattere più specifico, concerne l'istituto della Procura europea, in quanto sorprende che non sia stata colta l'occasione per esortare il Consiglio europeo ad utilizzare la base giuridica offerta dall'art. 86, par. 4, al fine di estendere i poteri dell'EPPO a tutti i reati di corruzione che vedono coinvolti funzionari dell'Unione e membri delle istituzioni, anche se privi di implicazioni sull'integrità del bilancio dell'Unione. Ciò soprattutto perché è evidente quanto sia labile la linea di discriminazione che differenzia tra di loro, sotto il profilo della competenza a condurre le relative indagini e ad esercitare l'azione penale, le ipotesi di corruzione che danneggiano, anche solo in via potenziale, gli interessi finanziari dell'Unione, con conseguente attribuzione della competenza a procedere in capo alla Procura europea, da quelle che non comportano (almeno direttamente) una tale lesione e che, dunque, spetteranno all'autorità giudiziaria nazionale, che ricorrerà ai tradizionali strumenti del mutuo riconosci-

²⁶ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione, del 3 maggio 2023, Com(2023)234final.

mento²⁷. All'evidenza, si prospettano numerose le ipotesi di sovrapposizione e duplicazione di procedimenti.

Tra l'altro, a parere di chi scrive, un maggior coinvolgimento di EPPO gioverebbe non solo in termini di efficienza, ma anche in un'ottica strettamente preventiva, disincentivando negli Stati membri la commissione di determinati reati; e ciò sembra perfettamente in linea con diverse disposizioni della proposta di direttiva, tra tutte l'art. 3, rubricato «prevenzione della corruzione», volto a creare precisi obblighi in materia di prevenzione e sensibilizzazione²⁸.

4. Considerazioni conclusive

Da quanto detto, risulta chiaro che l'estensione delle competenze dell'EPPO sia ampiamente auspicata in quanto si ritiene capace di apportare benefici aggiunti rispetto ad una sfera di intervento circoscritta. E il buon livello di operatività raggiunto rende prevedibile che nel breve o, più probabilmente, nel lungo periodo sarà oggetto di una riforma che, principalmente, interesserà il regime delle sue competenze²⁹.

Tuttavia, non va dimenticato che l'allargamento reca con sé la necessità di ampliare allo stesso tempo la componente organica della Procura europea, investire in nuove risorse e affinare nuove procedure. L'aumento

²⁷ In questi termini L. SALAZAR - F. CLEMENTUCCI, *Per una nuova anticorruzione europea*, cit. *supra*, nota 25, pp. 84 e 85.

²⁸ Pare, a tal proposito, calzante la capacità della Procura europea di anticipare la soglia della tutela penale, in quanto competente anche per quelle condotte potenzialmente lesive degli interessi finanziari dell'Unione, includendo così nel concetto di danno non solo quello reale ma anche quello potenziale. Lo stesso termine utilizzato nella lingua originale «Affecting» che non significa semplicemente «che lede», ma anche «che riguarda», «che influenza» gli interessi finanziari dell'Unione europea avvalorata la tesi per cui l'EPPO ha competenza non solo in caso di danno effettivo.

²⁹ Tale efficienza ha trovato conferma anche nella prima sentenza della Corte di giustizia, del 21 dicembre scorso. Infatti, il giudice dell'Unione ha convalidato l'approccio adottato dalla Procura europea fin dall'inizio, permettendole di funzionare come un'unica procura con indagini transfrontaliere altamente efficaci. Così facendo la Corte ha stabilito che le ragioni sostanziali della giustificazione e della conseguente adozione di misure investigative transfrontaliere devono essere valutate esclusivamente in base alla legge dello Stato membro del procuratore delegato europeo incaricato del caso. Di conseguenza, il controllo del PED assistente deve necessariamente limitarsi agli aspetti meramente formali e procedurali concernenti l'esecuzione della misura. Ma soprattutto ha chiarito che, nel caso di misure investigative che comportino ingerenze gravi nei diritti fondamentali, quali le perquisizioni, lo Stato membro cui appartiene il PED incaricato del caso deve prevedere nel diritto nazionale garanzie adeguate e sufficienti, quali un controllo giurisdizionale preventivo, per assicurare la legittimità e la necessità di tali misure. V. sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2023 in causa n. C-281/22, *G. K. E a.*, spec. punto 78. Per una disamina delle conclusioni dell'Avvocato generale, sia consentito rinviare a B. MINUCCI, *Le conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta nella prima causa EPPO*, in *BlogDUE*, 27 luglio 2023, p. 1 ss.

della mole di lavoro richiederà, infatti, un maggior numero di procuratori europei delegati e altro personale particolarmente esperto per il sostegno operativo e amministrativo.

Neppure va sottovalutato che l'eventuale estensione delle competenze dell'EPPO genererà inevitabilmente un impatto anche sui compiti e sui ruoli di Europol ed Eurojust, nonché sulle autorità nazionali, in quanto sarà necessario stabilire sinergie vantaggiose per tutte le parti coinvolte nella lotta ai reati transnazionali e garantire che non vi siano ripetizioni inutili del lavoro svolto³⁰.

Da ultimo, come accade per ogni altra modifica riguardante le istituzioni dell'Unione europea, anche questa proposta dovrà affrontare le reticenze degli Stati membri. La cooperazione giudiziaria in materia penale è, da sempre, un terreno molto spinoso che ha visto soltanto gradualmente affermarsi meccanismi di collaborazione sofisticati, tra cui appunto l'EPPO. Di talché, ogni tentativo di riforma sarà possibile all'unica condizione che gli Stati UE siano in grado di comprendere che, lungi dal minacciare la loro sovranità nazionale, la Procura europea potrebbe difendere gli interessi degli Stati europei e che le importanti conseguenze che potrebbero derivare dall'affidamento di tutti i reati transnazionali alle cure dell'EPPO, non possono e non devono essere interpretate come una ulteriore sottrazione di sovranità subita dagli Stati.

Benedetta Minucci**

SINTESI

Il presente contributo è diretto ad esaminare l'opportunità (o meno) di un ampliamento delle competenze della Procura europea, alla luce dei risultati raggiunti dopo tre anni di attività.

In effetti, l'estensione del raggio di azione di EPPO ad altre tipologie di reati potrebbe risolvere le attuali lacune derivanti da indagini e azioni penali troppo spesso condotte separatamente, risultando così frammentate.

In particolare, l'attenzione è rivolta ai reati ambientali e a tutte le condotte di corruzione, a prescindere da un collegamento diretto delle stesse sull'integrità degli interessi finanziari dell'Unione.

³⁰ In questi termini v. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio europeo, del 12 settembre 2018, Com(2018)641 final, p. 15.

** Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

ABSTRACT

The present contribution aims to examine the opportunity (or otherwise) of expanding the competencies of the European Public Prosecutor's Office (EPPO), in light of the results achieved after three years of activity. Indeed, extending the scope of EPPO's action to other types of crimes could solve the current gaps, which often arise from investigations and criminal actions being conducted separately, thus resulting in fragmentation. Specifically, attention is focused on environmental crimes and all forms of corruption, regardless of whether they directly affect the integrity of the Union's financial interests.

VALUTAZIONE DELL'OPERATIVITÀ DELLA PROCURA EUROPEA ALLA LUCE DELLE PRIME PRASSI APPLICATIVE E CRITICITÀ*

Sommario: *Premessa - 1. L'apertura dei casi di competenza della Procura europea - 2. La competenza territoriale nazionale della Procura europea - 3. La competenza «fluida» del giudice nei fascicoli EPPO - 4. Il Tribunale del riesame competente a decidere nei casi EPPO - 5. Capacità investigativa di EPPO - 6. Indagini transfrontaliere e controllo giurisdizionale - 7. Procura europea: danno potenziale e tutela del PNRR - 8. Procura europea e tutela del PNRR - 9. Peculiarità e tecniche investigative di EPPO nella tutela del PNRR - 10. Conclusioni.*

Premessa

La Procura europea è ormai operativa da oltre due anni, pertanto, i tempi appaiono maturi per tentare un primo bilancio sul suo operato, alla luce delle prassi che si sono andate formando, oltre che delle criticità sinora emerse.

1. L'apertura dei casi di competenza della Procura europea

Occorre segnalare, in prima battuta, che EPPO ha proceduto ad aprire numerosi fascicoli, istruirli, in molti casi, addivenendo anche ad eseguire

* Testo della relazione presentata al Convegno tenutosi a Napoli il 27 ottobre 2023 su «*La Procura europea e i controlli sulle erogazioni dei fondi PNRR*» organizzato nell'Università Federico II, con il patrocinio di AISDUE - Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione Europea, e destinata ad essere inserita nel volume contenente gli Atti del Convegno, in corso di pubblicazione, con i tipi della Casa editrice Editoriale Scientifica di Napoli.

misure cautelari, reali e personali, cercando di recuperare i profitti illeciti conseguiti in danno dell'UE, con un'efficacia ed una prontezza anche maggiore delle procure nazionali, attesa la peculiarità della sua competenza. Alcuni di questi casi sono anche giunti a dibattimento, se non decisi con sentenza, a seguito di applicazione di riti alternativi, ed al momento stanno iniziando i primi giudizi di secondo grado, sui quali EPPO ha, come è noto, competenza esclusiva.

In questa relazione si intende illustrare tutte le prassi più o meno virtuose, oltre che le criticità, insorte in ordine ai fascicoli della Procura europea dall'apertura del caso al dibattimento.

I primi mesi di lavoro sono stati contraddistinti da tutti gli adempimenti e le problematiche concernenti l'apertura delle indagini e la correlata nascita del fascicolo, oltre a quelle organizzative e logistiche.

Al riguardo va detto che, tranne rare eccezioni, si sono, ormai, consolidate prassi virtuose in tema di flussi dell'Eppo Crime Report (ECR) da parte della Polizia Giudiziaria, in quanto quest'ultima, prevalentemente in forza alla Guardia di Finanza ed ai Carabinieri, ha compreso ed utilizza con dimestichezza il sistema di inoltro delle notizie di reato attraverso il portale telematico, condiviso con i vari uffici della Procura Nazionale competenti per territorio.

Le notizie, caricate sul portale a doppio indirizzo, in linea di massima, attengono a reati di competenza, almeno astratta, della Procura europea e, salvo rare eccezioni, sono sempre accompagnate dall'ECR, file in PDF editabile, contenente le informazioni salienti necessarie per riversare la notizia di reato anche nella banca dati, condivisa con l'ufficio centrale in Lussemburgo, denominata CMS.

Discorso diverso vale per le Procure nazionali, con le quali il processo di omogenizzazione operativo è stato più lento, in quanto non tutti gli uffici circondariali si sono immediatamente attenuti alle nuove modalità operative previste dall'art. 14 del dlgs n. 9/2021

In particolare, non sempre la Procura territorialmente competente sulla notizia, indirizzata anche ad EPPO, si asteneva dall'iscrivere il fascicolo di "interesse PIF" prima dei trenta giorni o, comunque, prima di aver ricevuto apposita comunicazione da parte di EPPO sull'esercizio o meno della competenza. Talvolta capitava che alcuni uffici di Procura procedessero ad iscrivere la notizia di reato come "Fatto non Costituente reato", in attesa di una risposta di EPPO, o, altre volte, procedevano direttamente alla iscrizione, a carico di Noti o Ignoti, facendo sì che l'informativa sparisse dal portale condiviso, rendendo impossibile ad EPPO il trasferimento dei dati al SICP.

Con il tempo i rapporti sono notevolmente migliorati e casi simili ormai non si verificano più, prediligendo il confronto con i nostri uffici, nei casi dubbi, all'applicazione pedissequa di vecchie prassi antecedenti all'istituzione di EPPO.

La gestione dei fascicoli già pendenti presso le Procure nazionali ma riguardanti reati di competenza della Procura europea è stata più complessa, per le peculiarità del sistema dell'avocazione, così come disciplinato dall'art. 27 del Regolamento EPPO¹.

In particolare, dopo una ricognizione preliminare fatta nei mesi antecedenti l'inizio dell'operatività di EPPO, non sempre i colleghi hanno segnalato, tempestivamente, i fascicoli pendenti riguardanti reati PIF, tanto che ancora oggi ci arrivano, talvolta, per avocazione, fascicoli sui quali le procure nazionali hanno indagato per mesi, se non anni, fino a quando non si sono accorti che le investigazioni concernevano reati PIF.

Anche la prassi della trasmissione materiale della notizia ai fini dell'avocazione, inizialmente non era sempre corretta, in quanto talvolta le Procure trasmettevano al Procuratore europeo delegato direttamente i fascicoli cartacei, come una trasmissione per competenza ad altro ufficio nazionale, in luogo dell'inoltro dell'ECR, con informativa di riferimento ed attesa dei cinque giorni, per conoscere la decisione di EPPO sull'avocazione.

In ogni caso, dopo due anni dall'inizio dell'attività, tutte le problematiche in tema di esercizio ed avocazione sono pressoché scomparse.

2. La competenza territoriale nazionale della Procura europea

Ma se la genesi del fascicolo e la competenza per materia, oltre che temporale di EPPO, allo stato, non presenta più criticità di rilievo, le problematiche, com'è normale, si sono spostate alla fase successiva attinente alla competenza territoriale nazionale dei PED, che è certamente una novità dirompente nel quadro normativo processuale italiano.

Sul punto va chiarito che solo per comodità organizzative EPPO, in Italia, è stato diviso in otto uffici, dei quali, al momento, uno (quello di Bari) ancora scoperto, con una suddivisione sulla base dei distretti limitrofi, per cui, ad esempio, i PED in servizio a Napoli sono astrattamente competenti sulle prime notizie di reato che provengono dai distretti di: Napoli, Salerno, Potenza e Lecce, comprensivi di tutti i numerosi circon-

¹ Regolamento (Ue) n. 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»), in *Gu-Ue* n. L 283 del 31 ottobre 2017, p. 1 ss.

dari dei citati distretti di Corte d'Appello, come Brindisi, Taranto, Matera, Lagonegro, Potenza, Vallo della Lucania oltre ai circondari geograficamente più vicini a Napoli e Salerno.

Ma se questa organizzazione è stata prontamente recepita dai primi interlocutori – EPPO, Polizia giudiziaria e Procure – più incerta, al momento, è l'interlocuzione con l'organo giudicante correlato, senza considerare le problematiche sollevate dagli avvocati difensori nominati nei fascicoli su reati PIF, con le prevedibili ricadute in tema di eventuali eccezioni di incompetenza territoriale posta, nelle varie fasi delle indagini, innanzi a GIP, Tribunale del Riesame e GUP.

Sul punto, dato per assodato, in questa sede, che per i reati PIF, la competenza di EPPO è esclusiva, e che essa viene esercitata fino al passaggio in giudicato della sentenza, tanto che vi è competenza esclusiva di EPPO anche innanzi la Corte di appello e la Corte di cassazione (dove però i due PED saranno a breve nominati tra coloro che svolgono o hanno svolto funzioni di legittimità), non significa che non siano state prospettate fino ad ora eccezioni di incompetenza, le cui soluzioni sono foriere di ricadute processuali, anche al di fuori del singolo fascicolo d'indagine.

Naturalmente gli effetti mutano con il mutare dell'organo giudicante che ritiene l'incompetenza: infatti, se è lo stesso PED a non ritenersi competente, in via esclusiva, dichiarerà tale incompetenza attraverso una decisione di non esercizio di competenza o non avocazione, o successivo *referral* alla Procura nazionale: decisioni, tutte, avallate dalla Camera Permanente, associata automaticamente al fascicolo a Lussemburgo, competente per la sua supervisione.

Se, invece, l'incompetenza del PED è ritenuta da una Procura nazionale, l'unica strada praticabile è quella di sollevare il contrasto innanzi la Corte di cassazione, che verrà risolto dal Procuratore Generale.

Fino ad ora è stato sollevato un unico contrasto innanzi la Procura Generale della Cassazione, in un fascicolo per corruzione, "conteso" tra l'ufficio di EPPO Milano e la Procura di Brescia. In particolare, si è trattato di un arresto in flagranza di reato di corruzione, commesso per favorire alcune società indagate per frodi carosello da EPPO Milano, nel corso di controlli fiscali. Nello specifico la Corte di cassazione ha risolto il contrasto in favore della Procura europea, ritenendo sussistente il nesso strumentale tra i due reati, così da ordinare alla Procura di Brescia di trasmettere gli atti ad EPPO Milano, dopo la convalida dell'arresto e gli adempimenti urgenti del caso.

Discorso a parte merita l'eventuale incompetenza per materia ritenuta dal Giudice.

Corre l'obbligo di premettere che nel caso in cui un Giudice dovesse ritenere incompetente un PED non potrebbe mai rimettere gli atti ad un PM nazionale, ma, al massimo, dovrebbe sollevare questione pregiudiziale alla Corte di giustizia europea per la corretta interpretazione del Regolamento (Ue) n. 2017/1939, artt. 22 ss.

In ogni caso, se pure il Giudice rimettesse gli atti ad un PM nazionale, le ricadute di tali pronunce, in tema di validità degli atti che nel frattempo sono stati posti in essere dal PED, non sono di scarso rilievo.

Sul punto già sono intervenute decisioni di merito², le quali hanno concluso per l'irrilevanza della questione, piuttosto che la nullità degli atti posti in essere dal PED incompetente. In particolare, nelle decisioni richiamate i giudici aditi hanno escluso che si vertesse in una delle ipotesi di nullità ex art 178, comma 1, lett. *b.*, c.p.p., ritenendo che il riparto di competenza tra Procure nazionali e PED fosse, piuttosto, una questione organizzativa, priva di effetti sulla validità degli atti, come già previsto in tema di reati di competenza distrettuale ai sensi dell'art. 51, commi 3 *bis*, 3 *ter*, 3 *quarter* e 3 *quinqües* c.p.p., anche alla luce del fatto che i provvedimenti che colpiscono le libertà fondamentali sono pur sempre emessi da giudici competenti.

3. La competenza «fluida» del giudice nei fascicoli EPP0

Problema diverso attiene alla competenza/incompetenza del Giudice adito in materia di reati PIF, soprattutto in considerazione del fatto che nei fascicoli EPP0 spesso la competenza del GIP è c.d. «fluida», perché in continua evoluzione, in base alla direzione che prendono le indagini.

La prassi investigativa, finora, ha dimostrato come un Giudice, inizialmente richiesto di atti, perché competente territorialmente, nel corso delle indagini sia mutato, perché il fenomeno criminale si è ampliato, lasciando ipotizzare l'esistenza di associazioni criminali (si pensi ai criteri per identificare il luogo di consumazione per il reato di cui all'art. 416 c.p.), di grosse frodi fiscali (con la complessità di individuare il *locus commissi delicti* nei casi di cui all'art. 18 del dlgs n. 74/2000), o, più semplicemente, addivenendo a qualificare diversamente il reato (si pensi alle conseguenze a seconda se si contesti la violazione dell'art. 316 *ter* c.p. piuttosto che il 640-640 *bis* c.p.).

² Cfr. Tribunale di Prato RGTL 37 /2022 del 20 luglio 2022 e Palermo RGTL 661 e 662/2023 del 12 maggio 2023.

Naturalmente, il parametro di riferimento per dirimere queste questioni resta il codice di procedura penale, ed in particolare le disposizioni generali di cui agli artt. 8, 9 e 12 c.p.p. o quella peculiare prevista dall'art. 18 dlgs n. 74/2000.

Ma proprio a causa della fluidità della competenza, ben potrebbe accadere che un GIP inizialmente adito, nel corso delle indagini cambi idea e si dichiari, ad un certo punto, incompetente, con conseguenze e ricadute sull'efficacia e sulla tempistica degli atti del PED, di non poco momento.

Si pensi ad un GIP il quale, dopo essersi pronunciato in tema, ad esempio, di autorizzazione all'accesso ai tabulati telefonici o alle intercettazioni, in pendenza della scadenza del termine delle indagini preliminari, ritenga che il reato in contestazione si sia consumato altrove, o che la qualificazione più corretta sia un'altra, tale per cui la competenza territoriale viene a radicarsi innanzi ad un altro tribunale. Quali ricadute avrebbe tale pronuncia sui termini di indagine ed utilizzabilità degli atti posti in essere dopo il suo spirare, se non muta, insieme al GIP anche il PM (considerato che il PED resta sempre lo stesso)? È chiaro che la inutilizzabilità degli atti sarebbe una sanzione processuale sproporzionata, ma la questione potrebbe anche essere sollevata.

4. Il Tribunale del riesame competente a decidere nei casi EPPO

Altra questione, rilevante nella pratica processuale, attiene alla competenza del Tribunale del Riesame, considerato che, fino ad ora, i difensori hanno impugnato le misure cautelari richieste dai PED, senza seguire un criterio uniforme.

Basti pensare che in un caso di decreto di perquisizione emesso dal PED di Venezia nei confronti di Tizio ex art. 2 dlgs n. 74/2000 commesso in Padova, con sequestro documenti – l'indagato fa istanza di riesame al Tribunale di Venezia. Contemporaneamente, nello stesso procedimento lo stesso giorno si esegue un decreto di sequestro preventivo del GIP di Padova nei confronti di Caio, ex art. 2 dlgs n. 74/2000 commesso in Padova, ma, in questo caso Caio fa istanza di riesame al Tribunale di Padova.

La conseguenza immediata è che per uno stesso fascicolo, con diversi provvedimenti eseguiti, vengono aditi tribunali del Riesame di sedi diverse, i quali, a loro volta provvedono in modo diverso. Infatti, il Tribunale del Riesame di Venezia³ si dichiara incompetente e rimette gli atti a Pado-

³ Cfr. ordinanza di riesame Venezia 16 marzo 2022 RGTL 52/2022.

va, perché ritiene competente il giudice del luogo ove viene eseguito il provvedimento impugnato, quindi Padova.

Invece, in un diverso caso il PED di Bologna emette decreto di perquisizione nei confronti di Tizio ex art. 316 *ter* c.p. commesso in Ravenna – l'indagato fa istanza di riesame al Tribunale di Bologna, il quale si dichiara competente⁴ perché ritiene che la competenza sia del giudice del capoluogo del distretto dove ha sede EPPO Bologna.

In sostanza sarà competente il Tribunale del Riesame del luogo ove ha sede l'Autorità giudiziaria che ha emesso il provvedimento (per cui se si tratta di sequestro preventivo del GIP sarà competente il distretto del GIP, che potrebbe essere diverso dal distretto del PED), o sarà competente il Tribunale del Riesame della sede del PED (quindi solo gli otto Tribunali del Riesame dei distretti di Palermo, Bari, Napoli, Roma, Bologna, Torino, Milano e Venezia)?

Anche in questo caso il codice di procedura penale ci viene in aiuto con la disposizione di cui all'art. 324, comma 5, c.p.p. il quale statuisce che: «sulla richiesta di riesame decide, in composizione collegiale, il Tribunale del capoluogo della provincia nella quale ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento», ma, evidentemente, non tutti i giudici concordano con questa ricostruzione, con l'effetto di mettere il PED nella condizione di girare per i distretti giudiziari, senza alcuna regola predefinita, alla mercé del *forum shopping* dei difensori, oltre che in balia di diversi giudici, i quali potrebbero dirimere le questioni in modo anche diametralmente opposto tra loro.

5. Capacità investigativa di EPPO

Se queste, allo stato, sono le prime questioni, più spinose, emerse e sottoposte all'attenzione dell'Autorità giudiziaria, con una portata dirimente sul diritto processuale e sostanziale, di gran lunga superiori appaiono le ricadute pratiche positive, in tema di contrasto ai crimini che offendono gli interessi patrimoniali dell'UE.

È indubbio che la grande forza di EPPO viene dalla possibilità di indagare su tutto il territorio nazionale, senza limitazioni dettate dal circondario di competenza, come accade alle Procure nazionali, condizione che permette ai PED di analizzare in modo complessivo i fenomeni criminali, anche in forma organizzata.

⁴ Cfr. ordinanza riesame Bologna 6 aprile 2022 RIMC 27/2022.

L'effetto è esponenziale se si pensa che, essendo EPPO un ufficio che ha sede in ventidue Stati membri, esso può indagare anche oltre i confini nazionali, in Europa, attraverso la cooperazione tipica ex art. 31 del Regolamento EPPO, ma anche nei territori di Paesi terzi o non aderenti all'EPPO, con rogatorie o OIE, ed infine attraverso richieste di assistenza bilaterali con tutti i Paesi terzi, giovandosi dell'ausilio di istituzioni come Eurojust, Europol, ed Olaf.

Naturalmente, la cooperazione giudiziaria con i Paesi non aderenti all'EPPO non è scevra da problematiche. Si pensi solo al fatto che non tutti i Paesi terzi, allo stato, riconoscono nella Procura europea un soggetto interlocutore qualificato, abilitato ad operare con i tradizionali strumenti di cooperazione giudiziaria come le rogatorie. Se Paesi come la Polonia, che non fa parte di EPPO, hanno subito riconosciuto EPPO come Autorità giudiziaria titolata ad emettere l'Ordine di Indagine europeo (OIE), altri Stati fanno maggiori resistenze.

Proprio per questo l'ufficio centrale, nei rapporti internazionali, sta lavorando per la firma di accordi e protocolli di intesa con moltissimi Paesi come la Svizzera, il Regno Unito o gli USA, che ricevono le nostre richieste, mentre problemi concreti esistono con la Turchia, la quale non riconosce in EPPO un interlocutore abilitato ad emettere rogatorie.

In ogni caso, la capacità investigativa di EPPO si estende, con risultati positivi, sui reati di frodi IVA transnazionali, contrabbando, criminalità organizzata, riciclaggio, attraverso indagini, su tutto il territorio nazionale oltre che transnazionali, che consentono di analizzare il fenomeno criminale in tutta la sua portata, andando ad individuare i reali beneficiari delle condotte illecite, che inevitabilmente si cercherà di colpire ed assicurare alla giustizia, attraverso l'esecuzione di misure ex art. 31 del Regolamento EPPO, con sequestri preventivi, MAE, ma anche con rogatorie e sequestri preventivi, per i Paesi non aderenti ad EPPO.

6. Indagini transfrontaliere e controllo giurisdizionale

Una delle principali peculiarità della Procura europea è la possibilità di compiere indagini transfrontaliere, con il sistema disciplinato dagli artt. 30 e 31 (per il quale si rinvia ai citati articoli del Regolamento EPPO), che, però, non è esente da problemi pratici applicativi, considerato che, nonostante la creazione di un ufficio unico tra i vari Stati membri, non vi è stata piena armonizzazione tra le normative di diritto penale sostanziale e procedurale di tutti i Paesi.

Tutte le questioni oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea sull'art. 31 del Regolamento EPPO, proposte dalla Corte di appello di Vienna, in questa sede si danno per acquisite, nell'attesa che a breve la Corte fissi l'udienza per comunicare la decisione⁵.

Però, corre l'obbligo, in questo contesto qualificato, accennare a due casi pratici, già sottoposti all'attenzione dell'Autorità giudiziaria italiana, sui quali sono state pronunciate due decisioni, prese da due diversi Tribunali del Riesame, rispettivamente di Palermo e di Napoli, la cui soluzione, uniforme, dà prova della sensibilità europeista e transnazionale che contraddistingue i giudici italiani, oltre che della cultura italiana per la giurisdizione, le quali hanno permesso al nostro Paese di essere preso a modello di organo inquirente nella Procura europea.

Mi riferisco a due casi di esecuzione di richieste di assistenza ex art. 31 del Regolamento EPPO, provenienti da PED stranieri (Spagna e Germania), indirizzate a PED italiani, nei quali le difese hanno provato ad impugnare i provvedimenti esecutivi, chiedendo una rivalutazione non solo formale dei decreti, ma anche un vaglio sul merito degli stessi.

Nello specifico, la decisione di Palermo⁶ attiene ad un caso in cui il PED italiano ha eseguito, per l'omologo spagnolo, una perquisizione e un sequestro di corposa documentazione, a carico di un soggetto indagato perché facente parte di una grossa frode fiscale transnazionale, mentre il caso di Napoli⁷ concerne una perquisizione e un sequestro richiesto dal PED di Monaco di Baviera, al PED di Napoli, sempre in tema di frodi carosello transnazionali.

In entrambe le decisioni, con un *iter* motivazionale e logico similare, entrambi i collegi, dopo aver ripercorso tutta la disciplina peculiare della cooperazione in EPPO, e della cooperazione attraverso l'Ordine di Indagine europeo, concludono per una ricognizione solo formale e motivazionale del provvedimento impugnato, ritenendo che l'unico vaglio concesso al Giudice del Paese dell'*assisting* EDP sia la congruità della motivazione rispetto alla necessità probatoria dell'atto, senza entrare nel tema del *fumus* dei reati e nel merito degli indizi raccolti, di competenza, invece, del Giudice dell'*Handling* EDP.

⁵ In data 21 dicembre 2023 è stata emessa la sentenza della Corte di giustizia nel procedimento penale a carico di *G. K., B. O. D. GmbH, S. L.*, causa n. C-281/22, EU:C:2023:1018. Con riferimento al rinvio pregiudiziale degli atti alla Corte di giustizia confronta il commento di E. TRAVERSA, *Corte di giustizia UE: la prima questione pregiudiziale sull'interpretazione del Regolamento EPPO evidenzia disposizioni che rischiano di paralizzare l'attività investigativa della Procura europea*, in questa *Rivista*, 2022, p. 211 ss.

⁶ Cfr. ord. Tribunale del riesame di Palermo del 23 marzo 2023 RGTR 94/2023.

⁷ Cfr. ordinanza dell'11 agosto 2023 RIMC 614/2023.

In particolare, il Tribunale del Riesame di Napoli ribadisce che: «la fase del Controllo di merito resterà di competenza dell'AG emittente (si legga Handling EDP), mentre i profili di legittimità formale saranno di competenza dello stato richiesto di prestare assistenza (*rectius Assisting EDP*) analogamente a quanto previsto per la “meno forte” disciplina dell'Ordine di Indagine Europeo⁸».

Inoltre, la decisione si sofferma anche sulle eventuali ricadute negative che un controllo sostanziale finirebbe con l'avere, se si richiedesse al Giudice di esecuzione lo studio, l'analisi e la lettura di un intero fascicolo processuale, pieno di atti e documenti in lingua straniera, oltre all'eventualità, non così peregrina, che diverse Autorità giudiziarie, di diversi Stati membri, interpellate sul medesimo caso, per provvedimenti eseguiti in diversi Paesi, ben potrebbero arrivare a soluzioni diametralmente opposte, spesso inconciliabili tra loro.

7. Procura europea: danno potenziale e tutela del PNRR

Sicuramente EPPO è uno dei principali strumenti innovativi che permettono all'Unione europea, specialmente in occasione di finanziamenti coperti con i Fondi del PNRR, e quindi gravanti sul *budget* dell'UE, di avvalersi di mezzi di indagine in grado di prevenire i rischi connessi all'erogazione di fondi o finanziamenti garantiti anche dall'UE, a soggetti ritenuti non affidabili o con modalità illegittime.

La Procura europea è stata fortemente voluta proprio per proteggere il bilancio europeo in questa fase di grandissimi esborsi.

Una peculiarità della Procura europea al riguardo risiede nella scelta precipua di farne un'autorità giudiziaria capace di anticipare la soglia della tutela penale, in quanto essa è competente su tutte quelle condotte che «comportino o possano comportare un danno» per gli interessi finanziari dell'Unione, includendo nel concetto di danno non solo quello reale ma anche quello potenziale.

Proprio il significato di «danno potenziale» è stato oggetto di diversi studi rispetto ai quali l'interpretazione data all'interno della Procura europea è nel senso che il danno potenziale alla UE nasce nel momento in cui i fondi UE sono impegnati, in relazione a un determinato intervento o progetto, quale possibile finanziamento (anche a titolo di rimborso), o somma

⁸ Cfr. Tribunale di Palermo, sez. riesame, 22 marzo 2023, che richiama, a sua volta, Cass. pen., sez. VI, 13 luglio 2021, n. 35707.

prestata in garanzia (anche se la garanzia non è ancora stata escussa e potrebbe non esserlo mai).

La competenza di EPPO quindi, si radica nel primo momento in cui l'impegno giuridico di finanziamento dell'Unione è ricollegabile allo specifico intervento, in relazione al quale è rilevata la condotta criminosa, a prescindere dal pagamento.

Una simile interpretazione del concetto di «danno potenziale» e la sua tutelabilità in sede giurisdizionale non sono fattispecie estranee alla nostra giurisprudenza che pure si è pronunciata sul punto, in modo sostanzialmente conforme, nella decisione della Corte di cassazione⁹ la quale ha statuito che, in presenza di un finanziamento privato, assistito da una garanzia pubblica, destinata ad essere attivata, solo in via eventuale, in caso di mancato adempimento del soggetto finanziato, l'ausilio economico deve ritenersi «ottenuto» dall'ente pubblico, erogato sulla base di una disciplina di diritto pubblico, nel perseguimento di specifiche finalità di pubblico interesse (...) per effetto dell'intervento della garanzia pubblica, del resto, il rischio di credito ricade integralmente sullo Stato, che ha previamente accantonato un apposito fondo.

Ad avvalorare la tesi secondo la quale la Procura europea è competente in tema di danno non solo reale ma anche potenziale, sono, poi, una serie di richiami testuali contenuti nel Regolamento EPPO¹⁰.

D'altronde lo stesso termine utilizzato nella lingua originale «*Affecting*» non significa, semplicemente, «che lede» (come viene comunemente tradotto), ma anche «che pregiudica, colpisce o ha influenza sul budget dell'Unione Europea», parole che hanno un significato molto più ampio e coerente con la tutela del danno anche solo potenziale.

Poiché si tratta di reati che ledono, anche solo in via potenziale, gli interessi finanziari dell'Unione europea, deve ritenersi prevalente l'interesse dell'Unione a prevenire, dove sia possibile, la commissione dei relativi atti criminali e del conseguente danno.

I casi nei quali finora EPPO ha iniziato ad indagare anche su ipotesi di mero danno potenziale sono numerosi, se solo si pensa alle indagini attivate in tema di reati tentati, corruzione, turbativa d'asta, traffico di influenze, finanziamenti garantiti da BEI o FEI, o, ancora, ai casi di impegno di somme anche a titolo di rimborso di finanziamenti anticipati da autorità nazionali (ad esempio: Fondi Strutturali).

⁹ Cfr. Sez. 3 n. 28416 dep. 19 luglio 2022.

¹⁰ Si pensi agli artt. 22, par. 1, 25, par. 2, 24, par. 4, 25, par. 3, lett. b., 27, par. 8, 34, par. 3, 39, par. 3, 40, par. 1, 10, par. 7 ed infine il *considerando* n. 60 o, ancora, la Direttiva PIF, agli artt. 4, par. 2, lett. a. e b., e *considerando* n. 14.

8. Procura europea e tutela del PNRR

Lo stesso Regolamento (Ue) n. 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza statuisce che: «allo scopo di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione e per garantire che l'utilizzo dei fondi, in relazione alle misure sostenute dal PNRR, sia conforme al diritto dell'Unione e nazionale applicabile, la gestione del Piano deve essere accompagnata da un efficiente sistema di controlli in cui siano chiare e separate le attività e le responsabilità e che tenga conto dei principi di semplificazione, efficacia e flessibilità. Nel dettaglio, il sistema dei controlli si basa su un approccio legato alla rilevazione dei rischi, con particolare riguardo alla prevenzione, individuazione e rettifica delle frodi, dei casi di corruzione e dei conflitti di interessi nonché il rischio di doppio finanziamento».

Prosegue il citato Regolamento, affermando che la Commissione dovrebbe provvedere affinché gli interessi finanziari dell'Unione siano tutelati efficacemente. Sebbene spetti in primo luogo allo Stato membro garantire che il dispositivo sia attuato in conformità con il pertinente diritto dell'Unione e nazionale, la Commissione dovrebbe poter ricevere garanzie sufficienti al riguardo da parte degli Stati membri. A tal fine, nell'attuazione del dispositivo, gli Stati membri dovrebbero garantire il funzionamento di un sistema di controllo interno efficace ed efficiente e recuperare gli importi indebitamente versati o utilizzati in modo improprio. A tale riguardo, gli Stati membri dovrebbero poter fare affidamento sui loro normali sistemi nazionali di gestione del bilancio. Gli Stati membri dovrebbero raccogliere categorie standardizzate di dati e informazioni che consentano la prevenzione, l'individuazione e la rettifica di gravi irregolarità, vale a dire frode, corruzione e conflitto di interessi, in relazione alle misure sostenute dal dispositivo. La Commissione dovrebbe mettere a disposizione un sistema di informazione e monitoraggio, compreso un unico strumento di estrazione di dati e valutazione del rischio, per accedere a tali dati e informazioni e analizzarli, in vista di un'applicazione generalizzata da parte degli Stati membri.

Fatta questa premessa di carattere generale, poi, il Regolamento istitutivo del PNRR¹¹, contiene anche indicazioni esplicite sul ruolo della Procura europea, nella tutela del Piano, chiamandola direttamente in causa ai *considerando* n. 55 e n. 72 o agli artt. 22 e 28.

¹¹ Regolamento (Ue) n. 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, in *Gu-Ue* n. L 57 18 febbraio 2021, p. 17 ss.

Appare evidente, quindi che la competenza esclusiva in caso di danno reale o potenziale degli interessi finanziari dell'UE e il testuale richiamo di EPPO tra le autorità competenti a tutelare gli interessi finanziari sottesi al PNRR, ne fa un interlocutore privilegiato nell'attività di contrasto giurisdizionale in tutti i casi di frode, corruzione e conflitti di interessi e altri reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, connessi al PNRR.

9. Peculiarità e tecniche investigative di EPPO nella tutela del PNRR

Oltre a quanto detto prima sull'importanza della competenza nazionale come elemento che conferisce alla Procura europea efficacia investigativa, esistono altre caratteristiche di questo ufficio che lo rendono particolarmente funzionale nelle indagini: si tratta di un ufficio centrale, composto da soli diciassette PED, i quali dialogano tra loro, si confrontano, si muovono insieme, scelgono le direttive investigative che applicano in tutti i fascicoli, decidendo insieme come trattare casi simili che si ripetono, dalla qualificazione giuridica della condotta, alla delega di indagine, alla eventualità e tempistica dalle misure cautelari reali e personali.

Ma soprattutto, in tema di PNRR, ben sapendo che nel giro di pochi mesi quasi tutti i finanziamenti ed erogazioni statali sarebbero stati coperti da fondi europei, i PED italiani hanno cominciato a studiarne sin da subito il funzionamento.

A tal fine, già da febbraio 2022 sono stato organizzati incontri con la Guardia di Finanza, la Ragioneria Centrale presso il Ministero dell'Economia e Finanza e la Corte dei Conti, per comprendere il funzionamento del piano, la tempistica, l'indicizzazione delle domande, i controlli preventivi ed *in itinere*.

In particolare, ben presto sono state aperte specifiche interlocuzioni tra la Segreteria tecnica dell'Ispettorato Generale per il PNRR, della Rete dei Referenti antifrode del PNRR, con EPPO, arrivando a concordare l'avvio di un flusso informativo *ad hoc* che consente alla Procura europea di conoscere, in tempo reale, la presenza, in esito alle fasi di selezione da parte delle competenti Amministrazioni, di progettualità/operazioni PNRR all'interno della piattaforma gestionale REGIS (Sistema informatico di monitoraggio, rendicontazione e controllo delle progettualità finanziate nell'ambito del PNRR).

Tale flusso informativo prevede che i PED in Italia, nell'ambito delle loro attività di indagine, ogni qualvolta vengono messi a conoscenza di un caso di frode in un finanziamento, astrattamente coperto dal PNRR, pos-

sano contattare l'Ufficio IV dell'Ispettorato Generale per il PNRR, per chiedere se quello specifico finanziamento, per quella specifica società o persona fisica, sia realmente coperto da fondi europei o meno.

Quando, poi, si apre un fascicolo di indagine, tutte le informazioni salienti – con flusso invertito dalla Procura europea al MEF – (ad esempio i beneficiari, i conti correnti dedicati, i professionisti che sono intervenuti a vario titolo nella predisposizione della domanda, o dei documenti ed asseverazioni da allegare), vengono raccolte dal Nucleo Speciale Spesa Pubblica e Repressione Frodi Comunitarie della Guardia di Finanza, che li inserisce in una banca dati utile non solo a fare un coordinamento investigativo tra i vari reparti territoriali, per evitare la duplicazione delle indagini, ma anche a creare degli *alert* che potrebbero consentire alle competenti Amministrazioni titolari/Soggetti attuatori di misure PNRR di evitare l'ammissione a finanziamento PNRR delle operazioni/progettualità oggetto d'indagine, ottenendo quindi, un concreto effetto di prevenzione anti-frode. Questo naturalmente permette di allargare l'indagine e ricostruire l'intero fenomeno fraudolento e, se possibile, di identificare i reali beneficiari delle frodi, che poi EPPO va, puntualmente, ad aggredire con le misure personali e reali, se del caso anche all'estero, grazie agli strumenti di cooperazione peculiari dell'art. 31 del Regolamento EPPO.

Proprio per praticare consapevolmente questo strumento investigativo, i PED hanno continui incontri con i soggetti qualificati, durante i quali vengono informati dei continui aggiornamenti, in tema di misure coperte, di condizionalità, di tempistica, ecc.

Un'altra peculiarità della Procura europea in Italia è il rapporto privilegiato con i Reparti Speciali della Guardia di Finanza a Roma, non solo quello relativo alla Spesa Pubblica, ma anche quelli relativi alla Tutela Entrate e alla Polizia Valutaria, con i quali si sono creati canali di comunicazione diretti, aiutati anche dalla sensibilità della Guardia di Finanza, che ha investito e sta ancora investendo molto nei rapporti con la Procura europea.

EPPO non ha in uso banche dati esclusive rispetto ai colleghi nazionali – se non alcune, grazie ad interlocuzioni dirette con la Direzione Nazionale Antimafia (DNA), fondate su protocolli d'intesa – ma, avendo una competenza specializzata ed essendo un piccolo gruppo di fatto centralizzato, entra nei fascicoli con buona specializzazione.

10. Conclusioni

Certamente quello della Procura europea non è e non potrà mai essere un tipo di intervento preventivo in senso stretto, perché è chiaro che il presupposto del suo intervento è sempre la consumazione, o il tentativo di

consumare un illecito penale, la cui condotta abbia i requisiti minimi per superare la soglia del reato impossibile o del tentativo non punibile. Il controllo preventivo in senso stretto è quello effettuato dalla Ragioneria Centrale presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze e dalla Guardia di Finanza.

EPPO resta un organo che svolge funzioni giurisdizionali, e quindi non strettamente general-preventive, ma le sue tecniche di indagine ed i suoi rapporti preferenziali con amministrazioni statali e forze di polizia possono avere importanti ricadute di carattere special-preventivo, oltre che riparative, quando riesce non solo a bloccare i finanziamenti ma anche a recuperare gli illeciti profitti dai reali beneficiari.

Al momento sono circa centocinquanta i casi aperti negli uffici italiani della Procura europea, che riguardano misure, finanziamenti o contributi a fondo perduto, stanziati nel PNRR, anche se il numero è in continuo e quotidiano aumento.

Valeria Sico**

SINTESI

Nella relazione sopra riportata vengono sintetizzate le competenze e le funzioni dell'EPPO così come stabilite dal Regolamento (Ue) n. 2017/1939 nonché gli obiettivi da essa perseguiti e i meccanismi del suo funzionamento.

La descrizione delle funzioni dell'EPPO viene effettuata facendo riferimento a casi concreti realmente affrontati da alcune Procure europee e ai relativi procedimenti successivamente introdotti.

La relazione pone in evidenza le particolarità caratterizzanti l'EPPO che può operare nei 22 Stati membri nei quali il Regolamento (Ue) n. 2017/1939 trova applicazione.

Ciò agevola notevolmente l'azione dell'EPPO destinata a proteggere gli interessi finanziari dell'Unione europea contro le frodi che vengono attuate in diversi Stati membri.

In tali casi le Procure europee, che agiscono in connessione fra loro nei diversi Stati membri nei quali le frodi vengono commesse, possono avviare procedimenti giudiziari in grado di ottenere più rapidamente risultati positivi.

La relazione mette, per finire, in rilievo i vantaggi che derivano dall'affidamento all'EPPO di particolari poteri di controllo sull'impiego dei Fondi PNRR provenienti dal bilancio dell'Unione europea.

** Procuratore Europeo Delegato presso la Procura europea – Ufficio di Napoli

ABSTRACT

The above report summarises the competences and functions of the EPPO as set out in Regulation (EU) 2017/1939, as well as the objectives pursued by it and the mechanisms of its functioning.

The description of the functions of the EPPO is carried out by reference to concrete cases actually dealt with by some European Prosecutors' Offices and to the related proceedings subsequently introduced.

The report highlights the particularities of the EPPO that can operate in the 22 Member States where Regulation (EU) 2017/1939 applies.

This greatly facilitates the EPPO's action to protect the financial interests of the European Union against fraud that takes place in several Member States.

In such cases, the European Public Prosecutor's Offices, acting in conjunction with each other in the different Member States where the fraud is committed, can initiate legal proceedings that can achieve positive results more quickly.

Finally, the report highlights the advantages of entrusting the EPPO with special powers of control over the use of NRRP funds from the EU budget.

**PER IMPIEGARE CORRETTAMENTE I FONDI PNRR:
LE INDAGINI E I CONTROLLI CHE LA PROCURA EUROPEA
PUÒ ESEGUIRE SULL'IMPIEGO DEI FONDI PNRR IN ITALIA
E NELL'UNIONE EUROPEA IN BASE AL REGOLAMENTO (UE)
N. 2021/241***

Sommario: **I. Premesse** - **II. Gli interessi finanziari dell'Unione europea** - **III. I piani nazionali di ripresa e resilienza (PNRR) e il Regolamento (Ue) n. 2021/241** - **IV. Le indagini e i controlli sull'erogazione e sull'impiego dei fondi PNRR in base al Regolamento (Ue) n. 2021/241** - **V. Le tecniche di controllo applicabili e le soluzioni innovative di controllo proponibili** - **1. Le tecniche di controllo applicabili** - **2. I controlli innovativi proponibili.**

I. Premesse

Le relazioni presentate nella prima parte del nostro Convegno hanno messo bene in evidenza gli aspetti di maggior interesse riguardanti la struttura della Procura europea e il suo funzionamento, nonché gli obiettivi da essa perseguiti.

Come è noto, ai sensi dell'art. 325, par. 1, TFUE, l'Unione e gli Stati membri devono contrastare con ogni mezzo tutte le attività illecite che possono danneggiare ingiustamente gli interessi finanziari dell'Unione europea.

* Testo della relazione presentata al Convegno tenutosi a Napoli il 27 ottobre 2023 su «*La Procura europea e i controlli sulle erogazioni dei fondi PNRR*» organizzato nell'Università Federico II, con il patrocinio di AISDUE - Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione Europea, e destinata ad essere inserita nel volume contenente gli Atti del Convegno, in corso di pubblicazione, con i tipi della Casa editrice Editoriale Scientifica di Napoli.

Per questo, a seguito di un'apposita Convenzione firmata a Lussemburgo il 26 luglio 1995, è stato adottato nel 2017 il Regolamento (Ue) n. 2017/1939 del Consiglio¹ che ha istituito la Procura europea (EPPO) alla quale sono affidati casi giudiziari relativi a reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea sia provenienti da nuove notizie di reato, sia concernenti procedimenti già aperti davanti alle procure nazionali, ma per i quali non sia stata ancora esercitata l'azione penale.

Le relazioni della seconda parte del Convegno hanno preso in esame, a loro volta, i reati che la Procura europea è competente a perseguire. Tali reati sono elencati nella direttiva (Ue) n. 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio² adottata proprio per combattere «*la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione europea mediante il diritto penale*». I relatori, nel prendere in esame le problematiche relative ai predetti reati, hanno analizzato le modalità di intervento della Procura europea e le criticità derivanti dalle peculiarità operative che si presentano nei casi concreti.

Le relazioni della terza parte del Convegno riguardano invece le indagini e i controlli sull'erogazione e sull'impiego dei fondi PNRR destinati agli Stati membri e in particolare all'Italia.

II. Gli interessi finanziari dell'Unione europea

L'art. 311 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) stabilisce, al primo comma, che l'Unione si dota dei mezzi finanziari ne-

¹ Regolamento (Ue) n. 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»), in *Gu-Ue* n. L 283 del 31 ottobre 2017, p. 1 ss. Cfr. E. TRAVERSA, *La proposta di Regolamento Ue avente ad oggetto l'istituzione di una Procura europea, nel contesto dei principi costituzionali dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2014, p. 259 ss.; ID., *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea (EPPO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza*, in questa *Rivista*, 2020, p. 488 ss.; D. VON BRODOWSKI - H.-H. HERRNFELD - C. BURCHARD, *European Public Prosecutor's Office: regulation (EU) 2017/1939 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office (the EPPO): article-by-article commentary*, Baden Baden: Nomos - Munchen: Beck - Oxford: Hart, 2020; L. SALAZAR, *L'adeguamento interno da parte italiana al regolamento EPPO alla vigilia dell'avvio delle prime indagini*, in *Sistema penale*, n. 4/2021, p. 53 ss.; E. TRAVERSA, *Regolamento EPPO: le disposizioni che paralizzano l'esercizio delle competenze della Procura europea sono invalide per violazione dell'art. 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)*, in questa *Rivista*, 2022, p. 121 ss. nonché ID., *Corte di giustizia UE: la prima questione pregiudiziale sull'interpretazione del regolamento EPPO evidenzia disposizioni che rischiano di paralizzare l'attività investigativa della procedura europea*, in questa *Rivista*, 2022, p. 211 ss.

² Direttiva (Ue) n. 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, in *Gu-Ue* n. L 198 del 28 luglio 2017, p. 29 ss. Cfr. V. CARBONE, *The PIF Directive and its implications on the Italian tax system*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2019, p. 277 ss.

cessari per conseguire i suoi obiettivi, precisando, al secondo comma, che il bilancio dell'Unione, «fatte salve le altre entrate» (costituite dai contributi forniti direttamente dagli Stati membri) «è integralmente finanziato da risorse proprie» (intese come mezzi di finanziamento propri dell'Unione, indipendenti dalle politiche degli Stati membri).

Se si esaminano, però, questi mezzi di finanziamento, ci si accorge che l'espressione «risorse proprie» presta il fianco a non poche critiche³.

In effetti, poiché le tradizionali «risorse proprie» sono da sempre costituite dai dazi doganali percepiti alla frontiera comune e dai prelievi all'importazione, nonché dal gettito pari allo 0,30% dell'IVA incamerata nei vari Stati membri, sembrerebbe agevole concludere che l'espressione «risorse proprie» non è affatto corretta e che appare addirittura ingannevole, come qualche autore ha sostenuto⁴.

Occorre infatti riconoscere che nessuna entrata, qualificata attualmente come risorsa propria, risulta acquisita in modo autonomo dall'Unione europea.

Ognuna delle entrate sopra menzionate viene in realtà acquisita grazie al potere impositivo degli Stati membri che prelevano direttamente gli importi versati dai contribuenti e li trasferiscono all'Unione europea, dopo aver dedotto, in determinati casi, il corrispettivo per il servizio prestato mediante le operazioni di raccolta e di trasferimento dei fondi.

Non è pertanto possibile qualificare tali entrate come «risorse proprie», nel senso di mezzi finanziari indipendenti dalle politiche degli Stati membri, perché senza l'intervento degli Stati membri l'Unione europea non sarebbe in grado di dotarsi dei mezzi finanziari per conseguire i suoi obiettivi.

Ciò dimostra che, dal punto di vista finanziario, l'Unione europea non è né autonoma né indipendente dagli Stati membri e ciò costituisce altresì la prova che l'Unione non è una Federazione intesa come Stato sovrano federale. Non può esistere, infatti, uno Stato sovrano, non importa se a struttura unitaria o federale, se questo Stato non gode di piena autonomia finanziaria e di completa indipendenza di bilancio.

È la conclusione inconfutabile alla quale era pervenuto il futuro grande Ministro dell'economia americano Alexander Hamilton nei suoi scritti pubblicati nel 1787 nella celebre raccolta *The Federalist*⁵ che rappresenta,

³ Su tali aspetti v. le interessanti considerazioni di M. C. BARUFFI - R. CAFARI PANICO, *Le risorse proprie dell'Unione nella prospettiva delle riforme istituzionali*, in *Papers di diritto europeo*, 2022, n. 1, p. 1-5.

⁴ Cfr. G. ROSSOLILLO, *Fiscalità e sovranità: riflessioni sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2018, p. 121 ss.

⁵ La celebre raccolta di saggi nota con il titolo "*The Federalist*" è pubblicata in lingua

ancora oggi, a giudizio di molti, il miglior testo che sia mai stato scritto a sostegno del sistema democratico e della democrazia⁶.

Che l'Unione europea dovesse dotarsi di un bilancio effettivamente autonomo e indipendente, per divenire una vera federazione (Stato federale) era noto a tutti i responsabili politici dell'Unione fin dagli anni della sua nascita come Comunità economica europea⁷. Ma ciò non è stato possibile, come è pure noto, per ragioni storiche, economiche e politiche.

Per muovere un primo grande passo in questa direzione occorreva in realtà il verificarsi di un evento eccezionale che lo rendesse possibile. Come sappiamo, l'evento eccezionale è stato lo scoppio della pandemia (COVID-19) nel 2020, che ha messo in grave crisi tutti gli Stati membri, procurando enormi danni e immensi problemi al mondo intero.

In quel frangente è stato effettivamente possibile comprendere la profonda verità contenuta nell'apoftegma di Jean Monnet sui limiti posti all'attività politica degli Stati membri, secondo cui «*I Governi agiscono solitamente in stato di necessità e colgono la necessità soltanto nei momenti di crisi*».

Nella gravissima crisi causata dalla pandemia del 2020, gli Stati membri hanno in effetti trovato la forza ed avuto il coraggio politico di affrontare direttamente problemi fino ad allora evitati, adottando di comune accordo provvedimenti normativi in settori, come quello finanziario, nei quali in precedenza è sempre mancata la necessaria solidarietà per giungere ad una decisione unitaria.

Durante la pandemia, infatti, gli Stati membri hanno raggiunto l'accordo che ha consentito di adottare la Decisione (Ue) n. 2020/2053⁸ con la quale è stato modificato il sistema delle risorse proprie dell'Unione.

italiana con il titolo “*Il Federalista*” dalla casa editrice il Mulino, Bologna, 1997.

⁶ Come è noto, i tre autori dei numerosi saggi ripresi nella Raccolta “*The Federalist*”, vale a dire: Alexander Hamilton, James Madison (che diventerà il quarto Presidente degli Stati Uniti) e John Jay, hanno firmato tutti i loro contributi con lo pseudonimo “Publius”.

⁷ Il Ministro degli esteri *Gaetano Martino*, che aveva svolto un ruolo decisivo per la creazione dell'Europa comunitaria, organizzando la Conferenza di Messina nel 1955, aveva alimentato tali speranze in un suo intervento al Parlamento italiano il 15 ottobre 1959 dichiarando: «*Voi tutti sapete, onorevoli colleghi, che dopo la caduta della Comunità Europea di Difesa, sembrando preclusa la via dell'unificazione diretta dell'Europa, noi cercammo di gettare le basi nella Conferenza di Messina di un'unificazione indiretta, cioè di un'integrazione economica la quale, in definitiva, avrebbe dovuto portare, e dovrà portare, alla decisiva unificazione politica. Ed infatti, quando l'economia dei sei Paesi sarà stata veramente integrata, si renderà necessario creare una moneta comune. E moneta comune significa banca di emissione comune; e banca di emissione comune significa governo comune. Si avrà quindi, per la forza stesse delle cose, l'unificazione politica: la Federazione degli Stati d'Europa*».

⁸ Decisione (UE, Euratom) n. 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione n. 2014/335/UE, Euratom, in *Gu-Ue* n. L 424 del 15 dicembre 2020, p. 1 ss. Cfr. G. ROSSOLILLO, *Risorse proprie, democrazia, e autonomia: il ruolo di istituzioni e Stati membri nella determinazione*

Questa decisione ha fornito lo strumento e lo stimolo agli Stati membri per compiere uno straordinario atto di solidarietà europea, approvando il contenuto del Next Generation EU, successivamente ratificato, come Trattato internazionale, da tutti gli Stati membri⁹.

Grazie al Next Generation EU, l'Unione europea, per la prima volta nella sua storia, ha potuto raccogliere direttamente sui mercati finanziari internazionali 800 miliardi di euro da destinare agli Stati membri per far fronte ai problemi causati dalla pandemia (50% come prestiti rimborsabili e 50% come sovvenzioni).

Per la prima volta, pertanto, è apparso corretto qualificare i fondi raccolti dall'Unione come «risorse proprie», perché in questo caso è stata l'Unione che ha raccolto i predetti fondi con mezzi propri, assumendosi la responsabilità del debito finanziario nei confronti dei mercati internazionali e divenendo essa stessa creditrice nei confronti degli Stati membri beneficiari dei prestiti e delle sovvenzioni.

Ed è proprio per questo che il tema di base del presente Convegno riguarda essenzialmente le indagini e i controlli della Procura europea sull'erogazione e sull'impiego dei fondi raccolti come vere «risorse proprie» dall'Unione europea mediante il Next Generation EU e concesse direttamente dall'Unione agli Stati membri.

III. I piani nazionali di ripresa e resilienza (PNRR) e il Regolamento (Ue) n. 2021/241

Come in precedenza accennato, grazie al Next Generation EU è stato possibile mettere a disposizione degli Stati membri, che ne facevano richiesta, una quota parte dell'enorme massa di denaro raccolta dall'Unione europea sui mercati finanziari internazionali.

delle entrate dell'Unione europea, in *Studi integr. eur.*, 2022, p. 211 ss.; G. PETRILLO, *Il rafforzamento del legame fra fiscalità e democrazia per la creazione di una capacità fiscale europea*, in *federalismi.it*, 6/2022, p. 86 ss.; C. SCIANCALEPORE, *Le risorse proprie nella finanza pubblica europea*, Bari, Cacucci Editore, 2021; EDOARDO TRAVERSA, *Financing The Eu Budget Through Tax-Based Resources: What Are The Most Reasonable Options From A Legal-Technical Perspective?*, in *Revista Técnica Tributaria*, 2021, p. 101 ss.; G. PEROTTO, *Il Green Deal europeo e il sistema delle risorse proprie*, reperibile all'indirizzo <https://www.europeanpapers.eu/it/europeanforum/green-deal-europeo-sistema-delle-risorse-proprie>; G. ROSSOLILLO, *Il finanziamento dell'Unione europea. Proposte per una riforma dei Trattati per istituire una competenza fiscale dell'Unione europea*, reperibile all'indirizzo <https://www.thefederalist.eu/site/index.php/it/i-documenti/2484-il-finanziamento-dell-unione-europea-proposte-per-una-riforma-dei-trattati-per-istituire-una-competenza-fiscale-dell-unione-europea>.

⁹ Sul Next Generation EU cfr. F. FABBRINI, *Next Generation EU. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, il Mulino, 2022; E. PICOZZA, "The Next Generation EU": un passo decisivo verso l'unificazione europea in *Diritto e processo amministrativo*, 2/2022, p. 315 ss.; A. SANDULLI, *Economic planning and administrative transformations in the NGEU and NRRP: a paradigm shift*, in *Italian Journal of Public Law*, 1/2022, p. 3 ss.

La ripartizione dei fondi doveva avvenire sulla base di Piani nazionali di ripresa e resilienza (PNRR) decisi in sede europea. Per consentire la gestione di tale ripartizione in modo uniforme ed imparziale, è stato adottato il Regolamento (Ue) n. 2021/241¹⁰ che è probabilmente il primo atto normativo di carattere “federale” che l'Unione europea ha adottato da quando è nata.

Se si esamina il Regolamento (Ue) n. 2021/241 con attenzione ci si accorge, infatti, dal modo in cui le norme sono formulate, che esiste un'asimmetria completa nell'attribuzione e nell'esercizio dei poteri di gestione dei fondi PNRR: da un lato stanno le competenti Istituzioni europee che decidono, dall'altro lato gli Stati membri che devono ubbidire.

Una modalità di gestione siffatta sarebbe indubbiamente impensabile in caso di impiego di finanziamenti provenienti da fondi diversi da quelli PNRR¹¹.

I settori nei quali i finanziamenti devono essere impiegati, sulla base dei PNRR, sono sei: *a.* ambiente, *b.* tecnologia digitale, *c.* crescita sostenibile, *d.* questioni sociali e territorio, *e.* salute, *f.* infanzia e gioventù. Inoltre, almeno il 37% delle disponibilità finanziarie deve essere utilizzato per tutelare il clima e almeno il 20% per favorire lo sviluppo digitale.

L'Italia è il Paese membro che ha ottenuto il finanziamento più consistente, quasi 200 miliardi di euro¹².

Si tratta, come ben si comprende, di una somma enorme che appare addirittura mostruosa se espressa nella vecchia moneta, circa 400.000 miliardi di lire.

Si possono quindi subito immaginare gli appetiti che una disponibilità finanziaria di tali proporzioni finisce per suscitare in un Paese come l'Italia, dove i controlli sull'impiego del denaro pubblico sono sempre stati, a memoria d'uomo, carenti o inefficienti¹³.

L'Italia, come gli altri Stati membri che hanno ricevuto i finanziamenti tramite i fondi PNRR, ha pertanto dovuto, nelle negoziazioni con le Istituzioni

¹⁰ In *Gu-Ue* n. L 57 del 18 febbraio 2021, p. 17 ss. Il Regolamento (Ue) n. 2021/241 è adeguatamente analizzato dal punto di vista giuridico da M. CLARICH, nel suo commento apparso su *Il Corriere Giuridico*, nn. 8-9/2021, pp. 1025 ss. V. anche M. T. POLITO, *Il Pnrr: profili gestionali e criticità emerse. Il ruolo dei controlli*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2023, n. 5; G. D'AURIA, *Pnrr, controlli e dintorni: a proposito di una «contesa», con molti equivoci, tra governo e Corte dei conti*, in *Foro it.*, 2023, n. 10; C. ASCANI, *L'impatto del PNRR nell'ambito dell'anticorruzione*, in questa *Rivista*, 2021, n. 3-4.

¹¹ In tali ipotesi, infatti, le Istituzioni europee e gli Stati membri dispongono degli stessi strumenti di intervento.

¹² Per il 60% sotto forma di prestiti rimborsabili e per il 40% sotto forma di sovvenzioni.

¹³ Per questo occorre dedicare molta attenzione ai controlli sull'erogazione e sull'impiego dei fondi PNRR (come pure ovviamente a quelli relativi ad altri fondi).

zioni europee, adeguarsi e sottostare alle severissime disposizioni del Regolamento (Ue) n. 2021/241.

In primo luogo, secondo il Regolamento (Ue) n. 2021/241, l'assegnazione dei finanziamenti provenienti dai fondi PNRR non è obbligatoria, ma ciascun Stato membro deve richiederla presentando un'apposita domanda e la decisione se accoglierla spetta alle Istituzioni europee.

Se infatti uno Stato membro non rispetta, ad esempio, i diritti fondamentali, come pure i principi e le regole della democrazia, può essere subito escluso dai finanziamenti PNRR¹⁴. Per altri versi, un gruppo di Stati membri, facendo ricorso al Consiglio europeo, potrebbe ottenere il blocco dei finanziamenti destinati ad uno Stato membro che non sia in regola con le norme della corretta gestione finanziaria perché viola i criteri applicabili in materia di disavanzi di bilancio eccessivi (cfr. art. 10 del Regolamento (Ue) n. 2021/241).

In ogni caso, l'*iter* procedurale che gli Stati membri devono seguire dopo la presentazione della domanda è molto complesso.

Nel corso dell'istruttoria di ogni procedura per l'accoglimento della domanda di finanziamento, presentata da uno Stato membro, la Commissione europea dispone di poteri elevatissimi per quanto riguarda la valutazione della domanda.

Se la domanda dello Stato membro viene considerata in modo positivo, la Commissione europea presenta a sua volta una proposta di piano nazionale di ripresa e di resilienza (PNRR) al Consiglio dei ministri dell'Unione il quale, se considera la proposta accoglibile, deve adottare una decisione di esecuzione¹⁵.

Successivamente a tale decisione di esecuzione si instaura un rapporto dialettico tra la Commissione europea e il Consiglio dei ministri, che dispongono entrambi di amplissimi poteri discrezionali, mentre lo Stato membro interessato ne è praticamente privo.

In sostanza, lo Stato membro si trova nella stessa situazione di un'impresa in difficoltà economiche che si rivolge ad una banca per chiedere un prestito oppure di un'impresa senza disponibilità finanziarie che chiede un sussidio alla pubblica amministrazione.

Se l'istruttoria della procedura alla fine si conclude in modo positivo, si giunge alla stipulazione di un accordo tra la Commissione europea e lo Stato membro interessato, il quale si obbliga ad osservare scrupolosamente il Piano nazionale di ripresa e resilienza sottoscritto (PNRR) impegnando-

¹⁴ Da ciò si deduce la possibilità di irrogare sanzioni giustificate da motivazioni politiche.

¹⁵ Cfr. art. 20, par. 1, del Regolamento (Ue) n. 2021/241, *cit. supra*, nota 10.

si a rispettare tutte le disposizioni in esso contenute e in particolare quelle relative ai controlli.

L'accordo tra la Commissione europea e lo Stato membro interessato è chiamato «Accordo attuativo»¹⁶.

Questo accordo impegna, da un lato, le Istituzioni europee ed erogare i finanziamenti concordati allo Stato membro interessato e, dall'altro lato, obbliga lo stesso Stato membro ad osservare puntualmente tutte le prescrizioni imposte dall'Accordo ed a consentire l'espletamento di tutti i controlli necessari per verificare se l'Accordo risulti correttamente attuato e rispettato, tenendo presente che l'Accordo viene formulato in modo diverso a seconda che riguardi i finanziamenti erogati sotto forma di prestiti rimborsabili oppure sotto forma di sovvenzioni a fondo perduto.

Una volta avviata l'attuazione dell'Accordo, trovano applicazione le drastiche disposizioni previste dagli articoli 22 e seguenti del Regolamento (Ue) n. 2021/241 in materia di indagini e di controlli.

IV. Le indagini e i controlli sull'erogazione e sull'impiego dei fondi PNRR in base al Regolamento (Ue) n. 2021/241

Per acquisire un'idea precisa della portata delle disposizioni in materia di indagini e di controlli di cui al Regolamento (Ue) n. 2021/241 occorre esaminare attentamente i vari *considerando* del Regolamento medesimo.

Come è noto, i *considerando* posti agli inizi degli atti normativi comunitari (regolamenti, direttive e decisioni) dovrebbero servire per chiarire e spiegare le finalità e l'impatto degli atti adottati, facendo riferimento alle intenzioni del legislatore europeo.

Orbene, poiché non sempre gli atti adottati godono del sostegno di tutti gli Stati membri, compresi quelli che, per ragioni di opportunità, alla fine li hanno approvati, numerosi *considerando* sembrano concepiti e formulati più per tranquillizzare e accontentare gli Stati membri di opinione contraria che li hanno, *obtorto collo*, accettati, che non per dare soddisfazione a quelli di opinione favorevole che li hanno approvati.

Ne consegue che i *considerando* degli atti normativi comunitari risultano in buona parte indigesti e soprattutto noiosissimi, perché cercano di descrivere e di spiegare gli atti normativi adottati usando frasi contorte, involute e ridondanti anche per esprimere concetti semplici ed elementari che vengono talvolta trasformati in teoremi astratti di difficile comprensione.

¹⁶ Cfr. art. 23 del Regolamento (Ue) n. 2021/241, *cit. supra*, nota 10.

E ciò per la ragione anzidetta, vale a dire quasi per un atto di giustificazione e di riconoscimento, dovuto però ad una forma di imparzialità peccata da parte del legislatore europeo nei riguardi della collettività degli Stati membri detentori del potere politico, perché sono essi che lo detengono nell'Unione europea o, ancora meglio, come ha precisato la Corte costituzionale tedesca, sono essi «*die Herren der Verträge*» (i signori padroni dei Trattati)¹⁷.

Per averne conferma basta leggere i *considerando* della direttiva (Ce) n. 2006/123 sui servizi, la c.d. direttiva Bolkestein¹⁸. Questa direttiva consta di un numero esorbitante di *considerando* (ben 118), per lo più astrusi e spesso incomprensibili, che hanno cercato di spiegare malamente una quarantina soltanto di disposizioni dell'articolo, la cui elaborazione ha richiesto anni di scontri molto accesi tra le fazioni contrapposte dei legislatori europei in sede di approvazione e la cui applicazione ha provocato anni di battaglie giudiziarie tuttora in corso davanti a numerosi giudici¹⁹.

Al contrario, nei *considerando* del Regolamento (Ue) n. 2021/241, che disciplina i PNRR, tutto fila liscio e senza intoppi, tutto è chiaro e di facile comprensione. Il legislatore europeo non ha avuto necessità di ricorrere ad imbellettamenti o a incipriature per accontentare qualche Stato membro renitente o soccombente.

Leggendo anche i soli *considerando* del Regolamento (Ue) n. 2021/241, si capisce subito che è l'Unione europea che comanda e che sono senza dubbio gli Stati membri che devono ubbidire.

Ciò, in effetti, si desume chiaramente già dai contenuti di diversi *considerando*, come da quelli dei *considerando* nn. 18 e 19 che prevedono gli interventi della Commissione europea in caso di frode, corruzione o conflitto di interessi; come pure da quelli del *considerando* n. 34 che impone agli Stati membri di coinvolgere le autorità nazionali degli Stati membri nelle attività di controllo; oppure dal contenuto del *considerando* n. 40 che fa riferimento all'impiego dei controlli preventivi in caso di sospetto di frode, di corruzione o di conflitto di interessi; oppure da quello del *considerando* n. 53 che si riferisce ai casi di sospensione dell'erogazione dei finanziamenti nel corso dell'avanzamento dei lavori; oppure da quello del *considerando* n. 54, che prevede l'installazione di una piattaforma di monitoraggio per una valutazione anticipata dei rischi; oppure da quello del

¹⁷ Sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 in causa n. 2/2008.

¹⁸ Direttiva n. 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, in *Gu-Ue* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36 ss.

¹⁹ F. CAPELLI, *Evoluzione, splendori e decadenza delle direttive comunitarie - Impatto della direttiva Ce n. 2006/123 in materia di servizi: il caso delle concessioni balneari*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

considerando n. 55 che si riferisce al coinvolgimento dei vari organismi europei di controllo: Olaf (Organismo antifrode), Corte dei conti europea ed EPPO (Procura europea), od anche, infine, da quello del *considerando* n. 72 che si riferisce alle misure preventive che tali organismi possono adottare.

Passando poi dai *considerando* all'articolato del Regolamento (Ue) n. 2021/241, appare in particolare evidente che, per quanto riguarda i controlli e le indagini, le tre disposizioni fondamentali sono l'art. 22, l'art. 24 e l'art. 29. L'art. 22 del citato Regolamento è suddiviso in diversi paragrafi molto importanti che riguardano le tecniche di esecuzione dei controlli e gli organismi che le applicano, compresa la Procura europea. L'art. 24, pure suddiviso in paragrafi, contiene disposizioni molto rigorose (par. 6) sulla sospensione dei pagamenti in caso di scoperta di irregolarità, mentre l'art. 29 si riferisce all'attività di monitoraggio.

Dal complesso delle norme applicabili si deduce che, se a seguito delle indagini effettuate vengono riscontrate carenze ed irregolarità tali da impedire l'esecuzione dei controlli, la Commissione europea, che dispone di amplissimi poteri di ispezione, può addirittura risolvere l'Accordo con lo Stato membro interessato e procedere al recupero dei finanziamenti in precedenza già erogati²⁰.

Come si può comprendere, questa è la prova irrefutabile dell'esistenza di un'asimmetria assoluta tra i poteri delle Istituzioni europee e quelli degli Stati membri dell'Unione.

V. Le tecniche di controllo applicabili e le soluzioni innovative di controllo proponibili

1. LE TECNICHE DI CONTROLLO APPLICABILI

Le tecniche di controllo applicabili possono variare a seconda delle finalità perseguite con l'erogazione dei fondi PNRR e a seconda delle modalità impiegate per l'impiego effettivo dei fondi medesimi.

In caso di erogazione dei fondi PNRR ad Enti pubblici, in particolare ad Enti comunali che hanno in programma l'esecuzione di opere pubbliche (ad esempio: scuole, strade, palestre, ospedali, ecc.) è evidente che, in questa fase, i controlli devono soprattutto riguardare i soggetti destinatari dei finanziamenti.

²⁰ Cfr. art. 24, par. 9, del Regolamento (Ue) n. 2021/241, *cit. supra*, nota 10.

Se il PNRR prevede, ad esempio, l'erogazione di finanziamenti a diversi comuni, i controlli saranno prevalentemente orientati a verificare l'affidabilità di ciascuno dei Comuni destinatari dei fondi. E tale affidabilità si baserà essenzialmente sulla reputazione degli amministratori, nonché sulle condizioni finanziarie, sulla situazione contabile e sui bilanci degli enti da controllare²¹.

Se dalle indagini effettuate sorge, ad esempio, il sospetto che un ente pubblico possa essere infiltrato dalla mafia, in tal caso la prima misura precauzionale da adottare consisterà nella sospensione del finanziamento all'ente destinatario, che è la misura più semplice e rapida da eseguire, perché non coinvolge altri soggetti, oltre l'ente interessato.

Molto più complessi si presentano invece i problemi quando l'erogazione del finanziamento all'ente pubblico sia già avvenuta e i controlli successivi abbiano fatto scoprire che, ad esempio, l'appalto (o il subappalto) per l'esecuzione delle opere sia stato affidato ad un'impresa infiltrata dalla mafia.

In questa fase, vale a dire quando si tratta di verificare, dopo l'erogazione dei fondi all'ente pubblico, la regolarità del loro impiego al momento dell'esecuzione delle opere previste dal PNRR, la situazione indubbiamente si complica per la necessità di sospendere i lavori e di trovare soluzioni alternative o correttive.

Avvalendosi delle esperienze del passato, per evitare il verificarsi di inconvenienti del genere, il legislatore italiano, con l'adozione del decreto legislativo n. 36/2023²² ha fatto in modo di far intervenire, fin dall'inizio, stazioni appaltanti più attrezzate e qualificate in grado di assicurare controlli preventivi validi ed anche di operare in forma collettiva per diversi enti pubblici contemporaneamente. In ipotesi siffatte la tecnica seguita può essere quella di raggruppare fra loro diversi piccoli comuni in modo che una stazione appaltante unica, di adeguate dimensioni, come ad esempio una Provincia²³, possa fare da capofila occupandosi di gestire contemporaneamente i vari appalti necessari per realizzare le opere dei diversi comuni interessati.

Ma in ipotesi del genere è evidente che occorre l'intervento di tecnici esperti in ingegneria informatica per realizzare una piattaforma di monito-

²¹ Si tratta delle indagini normalmente effettuate in base alla normativa nazionale applicabile.

²² Dlgs n. 36 del 31 marzo 2023 - Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici, in *Guri* n. 77 del 31 marzo 2023, *suppl. ord.*

²³ Le Province italiane, infatti, sulla base del dlgs n. 36/2023, *loc. cit.*, possono stipulare apposite Convenzioni con i Comuni interessati.

raggio che, una volta installata, possa consentire sia alla Provincia capofila sia, contemporaneamente, ai Comuni fra loro aggregati, di seguire e controllare le procedure amministrative e contabili.

La Provincia capofila potrebbe quindi seguire e controllare collettivamente le procedure riguardanti tutti i Comuni aggregati e ogni Comune potrebbe seguire le sole procedure che direttamente lo riguardano mantenendole sotto controllo.

La piattaforma di monitoraggio dovrebbe quindi essere in grado di simulare le operazioni di appalto così come effettivamente si svolgono nella realtà e l'obiettivo sarebbe quello di poter disporre di un modello innovativo ripetibile in ogni parte d'Italia.

Un sistema del genere potrebbe fornire un contributo valido per veicolare i fondi europei del PNRR a favore dei Comuni italiani, specie di quelli meridionali, grazie all'apporto delle banche di territorio per le gestioni contabili, perseguendo così l'obiettivo fondamentale del Trattato sull'Unione europea, il cui art. 3, par. 3, afferma che: «*L'Unione (...) Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato (...), che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente*».

Ovviamente le operazioni appena descritte rendono ancora più complesso il ricorso ad un sistema adeguato di controlli.

Il sistema dei controlli previsto fin dall'inizio dal Governo italiano, basato sul d.l. n. 80/2021 (*decreto Reclutamento*), sul dlgo n. 14/2019 (*Codice della crisi di impresa*), sul d.l. n. 76/2020 (*Primo decreto semplificazione*) e sul d.l. n. 77/2021 (*Decreto Semplificazione bis*), ha uniformato il metodo di monitoraggio accorpando i controlli su banche dati centralizzate con il coinvolgimento della Guardia di Finanza e della Corte dei conti²⁴.

Ma qualora il metodo impiegato per gran parte dei fondi PNRR in Italia dovesse consistere nel metterli contemporaneamente a disposizione di gruppi consorziati di Enti comunali facendoli gestire, ad esempio, come sopra ipotizzato, da una Provincia come Ente locale capofila, in grado di assumersi la responsabilità della rendicontazione complessiva dei vari Comuni interessati, occorrerà fare molta attenzione alle prescrizioni europee imposte dall'art. 22 del Regolamento (Ue) n. 2021/241. Questo artico-

²⁴ Sulla disciplina applicabile in Italia, v. l'accurato studio di N. PARISI E D. RINOLDI, *L'attuazione del PNRR italiano: spunti di riflessione sull'architettura euro-nazionale in materia (anche se per riflettere c'è ben poco tempo ormai)*, in *Eurojus*, n. 3/2021, p. 81 ss., reperibile all'indirizzo <https://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/N.-Parisi-D.-Rinoldi-Lattuazione-del-PNRR-italiano.pdf>.

lo richiede, infatti, un monitoraggio rigoroso per poter documentare, al momento della richiesta di ogni pagamento presentato dagli Stati membri, il diritto alla riscossione che deve essere giustificato da una «*sintesi degli audit effettuati*» con indicazione delle lacune riscontrate nel processo di rendicontazione.

In effetti, inconvenienti gravi potrebbero verificarsi nel caso in cui i controllori delle Istituzioni europee sollevassero obiezioni, perché potrebbe essere applicato l'art. 24, par. 6, dello stesso Regolamento (Ue) che, come sopra ricordato, consente di disporre il blocco immediato dei pagamenti.

È evidente che questo non è un rischio da far correre agli Enti locali italiani.

Soprattutto perché non si rischia soltanto di veder bloccati i pagamenti che sono erogati, come sappiamo, ad avanzamento dei lavori, ma anche di veder estendere agli Amministratori pubblici l'azione penale per responsabilità da reato che è applicabile anche agli Enti pubblici.

Come è noto, la responsabilità da reato introdotta dal dlgs n. 231/2001²⁵ ed applicata alle persone giuridiche (imprese), fondata sulla «colpa di organizzazione», ben nota a tutte le società private, è stata successivamente estesa con la legge n. 190/2012 (*legge anticorruzione*) anche agli Enti pubblici.

Gli Enti pubblici (Comuni, Province, Regioni, Città metropolitane etc.) possono quindi essere ritenuti responsabili per aver omesso di adottare ed attuare idonei modelli organizzativi in grado di evitare reati.

Considerata pertanto l'enorme massa di denaro che dovrà essere distribuita in Italia e il numero consistente di Comuni che dovranno riceverla, sembra difficile escludere il verificarsi di operazioni corruttive e di infiltrazioni malavitose, specialmente nei confronti delle 11 Città metropolitane (Milano, Bologna, Roma, Napoli, Torino, Genova, Bari, Palermo etc.), visto il rilevante numero di Comuni raggruppati intorno a ciascuna di esse.

Orbene, la citata piattaforma di monitoraggio che dovrebbe essere gestita dalla stazione appaltante unica, sopra ipotizzata, non solo dovrebbe prevenire i reati, ma dovrebbe anche consentire ai Comuni di osservare tutte le prescrizioni imposte dalla normativa europea mediante un modello organizzativo basato, tra l'altro, sulla tecnica dei controlli abbinati (interni ed esterni) che ha avuto enorme successo nel settore della *sicurezza alimentare* dove viene osservato il criterio imposto dalle norme europee

²⁵ Dlgs n. 231 dell'8 giugno 2001, n. 231, Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300, in *Guri* n. 140 del 19 giugno 2001, p. 4.

HACCP (*Hazard Analysis and Critical Control Point*) che prevedono, appunto, tali controlli abbinati (interni ed esterni).

Pochi sanno che nel settore alimentare è grazie a questa tecnica di controllo che l'Italia è passata da fanalino di coda nel 1986, alle prime posizioni tra i produttori mondiali di prodotti alimentari negli anni Duemila.

Questa tecnica di controllo che ha ottenuto un grande successo nel settore alimentare non ha però potuto raggiungere analoghi risultati in altri settori quando mancavano le disposizioni e le condizioni necessarie per rendere possibile la sua applicazione.

Anche in Italia, d'altra parte, non era mai stato possibile in passato raggiungere risultati soddisfacenti.

In Italia, infatti, i nostri prodotti alimentari, ancora negli anni Ottanta del secolo scorso non uscivano dai confini del nostro Stato perché i consumatori esteri, dopo lo scandalo del metanolo nel vino, non si fidavano dei controlli effettuati dai funzionari pubblici italiani.

Orbene, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, dopo l'introduzione e l'applicazione anche in Italia del sistema europeo dei controlli abbinati (interni ed esterni), i prodotti italiani sono divenuti i prodotti alimentari più ambiti e ricercati nel mondo intero.

E questo perché i controlli effettuati in base al sistema europeo, anche se miravano essenzialmente alla salvaguardia degli aspetti sanitari dei prodotti alimentari, avevano altresì consentito agli operatori italiani di perfezionare le caratteristiche qualitative dei prodotti medesimi.

Nel settore alimentare il sistema europeo di controllo²⁶, come è noto, consiste in un controllo interno effettuato da un tecnico di ogni impresa alimentare di produzione e di distribuzione che è responsabile penalmente, civilmente ed amministrativamente per ogni irregolarità accertata, e in un controllo esterno eseguito dai funzionari pubblici, competenti per territorio, che controllano l'attività del controllore interno. L'idea vincente è consistita nell'abbinamento dei due controlli: quelli interni dell'impresa e quelli esterni dell'autorità pubblica di vigilanza.

Visto l'enorme successo ottenuto con questo sistema di controllo, si è pensato, con l'intervento della Corte dei conti, di estendere lo stesso sistema ai controlli eseguiti all'interno della Pubblica Amministrazione.

È stato quindi organizzato un Convegno a Roma nel 2010 i cui promotori sono stati: 1. *La Commissione europea*, 2. *la Corte dei conti* e 3. *la Rivista «Diritto comunitario e degli scambi internazionali»* (questa *Rivista*).

²⁶ Cfr. F. CAPELLI, *La sicurezza alimentare nell'Unione europea e in Italia*, in questa *Rivista*, 2016, p. 657 ss.

Gli atti del Convegno sono stati pubblicati nel volume *Una battaglia di civiltà e per lo sviluppo. Combattere la corruzione e prevenire lo sperpero del pubblico denaro*²⁷.

Grazie a tale convegno e alle relazioni in esso presentate, è stato possibile convincere il competente Comitato operante all'interno del Governo dei tecnici di *Mario Monti*, divenuto Primo ministro nel novembre 2011, ad inserire un sistema di controlli abbinati analogo a quello sopra descritto, nella proposta di legge divenuta in seguito la legge "Anticorruzione" (legge istitutiva dell'ANAC n. 190/2012).

Raggiunto questo risultato era giustificata la speranza di poter ottenere buoni risultati anche dai controlli eseguiti in altri settori, come era avvenuto nel settore alimentare.

È stato invece un completo fallimento e una totale delusione perché all'interno della pubblica amministrazione, mancando i controlli interni²⁸, vengono resi superflui i controlli esterni, senza contare che nessun funzionario pubblico ama svolgere la funzione di delatore ai danni di altri suoi colleghi funzionari.

Da qui la necessità di trovare una diversa soluzione che si prospettava però difficile perché quando occorre controllare la spesa pubblica e l'impiego del pubblico denaro sul quale lo Stato italiano ha la piena sovranità, le regole di controllo da applicare sono stabilite dalle norme italiane che devono essere da tutti rispettate.

Ecco però la novità rappresentata dai fondi PNRR che riguardano finanziamenti provenienti direttamente dall'Unione europea (come risorse proprie dell'Unione europea) e non dagli Stati membri, come in precedenza abbiamo chiarito. Per controllare l'erogazione e l'impiego di tali fondi, sulla base del Regolamento (Ue) n. 2021/241, soprattutto ricorrendo a controlli preventivi è quindi ora possibile ricorrere a metodi diversi anche innovativi, alcuni dei quali verranno successivamente esaminati e discussi.

²⁷ Pubblicato dalla Casa editrice Editoriale Scientifica di Napoli, 2012.

²⁸ La mancanza di controlli interni è stata clamorosamente ammessa nel *Rapporto* ufficiale con il quale è stata presentata, nel 2012, la *legge anticorruzione* appena approvata (legge 6 novembre 2012, n. 190). Impressionante è poi il testo del Rapporto sulla corruzione con riferimento al sistema dei controlli che merita di essere qui riportato: «*Il sistema dei controlli nelle pubbliche amministrazioni è stato a lungo ritenuto non funzionale alla prevenzione della corruzione. In altri termini non si è ritenuto necessario prevedere controlli ad hoc aventi la specifica finalità di prevenire le condotte illecite. Si impone, pertanto, una rivitalizzazione di un sistema di misure interne, di tipo amministrativo, specificamente volte alla prevenzione del fenomeno corruttivo*». Il Rapporto è il risultato del lavoro svolto dalla Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione. Cfr. Rapporto sulla corruzione nella pubblica amministrazione, presentato al Governo il 22 ottobre 2012, p. 175, reperibile sul sito internet http://www.governo.it/GovernoInforma/documenti/20121022/rapporto_corruzioneDEF.pdf.».

2. I CONTROLLI INNOVATIVI PROPONIBILI

Per quanto riguarda l'Italia, poiché le disponibilità finanziarie destinate agli enti pubblici (in particolare ai Comuni), provenienti dai fondi PNRR, verranno di regola spese facendo ricorso alle procedure di appalto pubblico, è evidente che occorrerà l'applicazione di misure adeguate per prevenire il verificarsi degli inconvenienti in precedenza descritti che generalmente si riscontrano nelle procedure di appalto.

Nelle procedure di appalto pubblico, il responsabile del procedimento che intende rispettare effettivamente le prescrizioni di legge, è in grado di controllare qualunque operazione tramite i suoi collaboratori, trasformandosi così in un autentico controllore interno assoggettabile, a sua volta, ai controlli del controllore esterno (Corte dei conti, o Servizio ispettivo della Ragioneria dello Stato).

Purtroppo, come abbiamo visto nel precedente paragrafo, nella pubblica amministrazione il controllo interno non funziona. E non ha mai funzionato perché, come abbiamo in precedenza segnalato, la Pubblica amministrazione l'ha sempre rifiutato.

In effetti il controllo interno negli appalti pubblici in Italia non è mai stato applicato come ho avuto modo personalmente di constatare anche nella mia attività professionale.

Sulla base dell'esperienza acquisita in otto anni di attività come membro del Comitato consultivo operante presso la Commissione europea (costituito da 24 tecnici, ingegneri ed esperti informatici provenienti da 12 Paesi membri), istituito per attuare la riforma degli appalti pubblici in Europa (anni 1987-1994), è stato possibile avere conferma che in Italia, nei trent'anni a partire dal 1962 (anno della nazionalizzazione dell'energia elettrica)²⁹ fino al 1993 (ultimo anno della c.d. Prima Repubblica), non ci sono state procedure di appalto pubblico (o di concessione pubblica) che si siano svolte nel rispetto della legge.

Le procedure degli appalti pubblici (e delle concessioni pubbliche) erano organizzate dagli stessi partiti politici che provvedevano a scegliere le imprese vincitrici dalle quali incassavano le tangenti. Le imprese

²⁹ L'anno della nazionalizzazione dell'energia elettrica in Italia è stato considerato da Guido Carli l'anno in cui sono iniziati i rovinosi disastri provocati dalla partitocrazia italiana. Cfr. G. CARLI, *Cinquant'anni di vita italiana*, Bari, Laterza, 1993, p. 263: «La nascita dell'Enel non fu che il primo esempio della volontà di occupare l'economia da parte delle forze politiche». Lo stesso Guido Carli nella *Intervista sul capitalismo italiano*, a cura di Eugenio Scalfari, 1977, Bari, Laterza, ha affermato che la nazionalizzazione dell'energia elettrica «Dette un colpo decisivo alla struttura finanziaria della nostra economia da un lato e, dall'altro lato, dette una spinta formidabile a quel tipo di capitalismo assistito che negli anni successivi ebbe poi uno sviluppo impensato. Intendo dire uno sviluppo nefasto. La crescita di una pianta parassitaria che ha tolto spazio, aria e luce a quelle buone e produttive».

perdenti dovevano attendere il loro turno partecipando alle successive procedure.

La sentenza della Corte di cassazione penale, sesta sezione, n. 7240 del 1998 (relativa alla Metropolitana di Milano), descrive in modo minuzioso come si svolgevano le predette procedure d'appalto affermando: «*Trattasi di episodi illeciti non isolati, ma frutto di una prassi di corruzione diffusa e consolidata, tanto da assurgere a vero e proprio "sistema", disciplinato da ben precise regole, con suddivisione di compiti e di ruoli tra politici, pubblici amministratori e imprenditori.*

Alla base di tale fenomeno, è stata individuata la convergenza di interessi riferibili sia ai partiti politici che alle imprese.

I primi avevano il bisogno di reperire ingenti somme di denaro per fronteggiare i "costi della politica", non copribili con le entrate ufficiali, provenienti dal finanziamento pubblico ai partiti o dal tesseramento degli iscritti; di qui la necessità di ricercare fonti di finanziamento "parallelo", proveniente dal mondo imprenditoriale.

Le seconde erano spinte dalla necessità di ritagliarsi quote protette di mercato, per garantirsi una continuità di lavoro; tale esigenza veniva soddisfatta con la disponibilità delle imprese a "foraggiare" i partiti, tramite i loro referenti in seno al Consiglio di amministrazione della MM, in cambio del controllo degli appalti, che comportava la violazione di qualunque regola di concorrenza, nel senso che le imprese si accordavano preventivamente sulla quota dei lavori da eseguire e sui prezzi da praticare, finendo così col predeterminare l'esito delle aggiudicazioni, il tutto col tacito assenso dei vertici della MM».

La conferma dell'esattezza di quanto appena esposto si trova anche nella confessione del 1981 di Enrico Berlinguer, Segretario Generale del Partito Comunista Italiano, come pure nella motivazione di diverse sentenze dei tribunali italiani emesse nel periodo denominato "Mani pulite" o "Tangentopoli", nonché in numerosi libri di inchiesta che si sono occupati di queste problematiche³⁰.

³⁰ Sui rovinosi effetti prodotti dalla partitocrazia la letteratura è sterminata. Ci limitiamo a citare alcuni testi che hanno affrontato il fenomeno, cominciando dal libro classico di P. GENTILE, *Democrazie mafiose*, nella versione curata da G. DE TURRIS: *Come i partiti hanno trasformato le moderne democrazie in ristretti gruppi di potere*, Firenze, Ed. Ponte alle Grazie, 1997. V. inoltre A. BUFFA, *Dalla partitocrazia alla democrazia: proposta di riforma del potere esecutivo*, Torino, Mille, 1984; U. VILLARI, *L'economia nella partitocrazia*, Roma, Edizioni italiane di letteratura e scienze, 1989; M. CALISE, *Dopo la partitocrazia. L'Italia tra modelli e realtà*, Torino, Einaudi, 1994; G. A. STELLA, *Lo spreco*, Milano, Baldini & Castoldi, 1997; K. VON BEYME, *Classe politica e partitocrazia*, Torino, Utet, 1997; M. ROGARI, *Burocrazia fuorilegge – peripezie di cittadini e imprese assediati dal "gigante di carta bollata"*, Milano, Sperling & Kupfer, 2001; C. SALVI - M. VILLONE, *Il costo della democrazia – eliminare sprechi, clientele e privilegi per riformare la politica*, Milano, Mondadori, 2005; D.

Enrico Berlinguer, che nel 1981 da dieci anni dirigeva il PCI, conoscendo a fondo la situazione italiana, nell'intervista del 28 luglio 1981 riportata su "La Repubblica" così ha definito la Partitocrazia rispondendo ad Eugenio Scalfari: «I partiti di oggi sono soprattutto macchine di potere e di clientela [...] hanno occupato lo Stato e tutte le sue istituzioni, a partire dal Governo. Hanno occupato gli Enti locali, gli Enti di previdenza, le banche, le aziende pubbliche, gli istituti culturali, gli ospedali, le Università, la Rai-TV e alcuni grandi giornali».

A questa categoria di partiti politici "occupanti", citati da Berlinguer, apparteneva pure, ovviamente, il Partito Comunista italiano, anche se con poteri più ridotti, come è risultato dalle successive vicende giudiziarie. Per quanto riguarda l'indagine concernente il controllo esercitato sulle Università e lo stato nel quale sono state ridotte, si consiglia la lettura del libro del Prof. Roberto Perotti, *L'Università truccata. Gli scandali del malcostume accademico: le ricette per rilanciare l'Università*³¹.

Di conseguenza, per organizzare una qualsiasi procedura di appalto pubblico o di concessione pubblica, in ogni parte d'Italia, occorreva corrompere, insieme ai politici locali, i funzionari pubblici competenti per territorio, gli imprenditori impegnati nelle gare e tutti i tecnici indipendenti, ingegneri, periti etc., coinvolti nelle relative procedure.

Come si può comprendere, in una situazione del genere, durata oltre trent'anni, era difficile riuscire ad allevare e a formare una classe politica, un corpo di funzionari pubblici, una categoria di imprenditori, un'organizzazione di tecnici, una classe dirigente, insomma, in grado di gestire e far funzionare in modo corretto la democrazia in Italia nel rispetto dell'etica e dei principi di giustizia.

I disastri politici e le sventure socio-economiche che hanno colpito l'Italia della Seconda Repubblica sono la prova che anche negli ultimi trent'anni la democrazia nel nostro Paese semplicemente non ha funzionato perché la classe dirigente, nel suo complesso, difettava delle conoscenze

DELLA PORTA e A. VANNUCCI, *Mani impunte. Vecchia e nuova corruzione in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2007; S. RIZZO - G. A. STELLA, *La Casta*, Milano, Rizzoli, 2007, *passim*; D. HELD, *Modelli di democrazia*, Bologna, il Mulino, 2007; ID., *Governare la globalizzazione. Un'alternativa democratica al mondo unipolare*, Bologna, il Mulino, 2007; E. CAPOZZI, *Partitocrazia: il regime italiano e i suoi critici*, Napoli, Guida, 2009; C. A. BRIOSCHI, *Il malaffare*, Milano, Longanesi, 2010, *passim*; N. GRATTERI, *La malapianta* (conversazione con Antonio Nicasio), Milano, Mondadori, 2010; R. DE MUCCI, *La palude della partitocrazia: quale spazio per le eccellenze in politica?*, Roma, Luiss University press, 2012; H. BELLOC - C. CHESTERTON (a cura di P. Federico), *Partitocrazia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2014; M. LENCI - C. CALABRÒ (a cura di), *La democrazia liberale e i suoi critici*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2017.

³¹ Torino, Einaudi, 2008. Sul tema concernente l'Università italiana, ho scritto un breve *divertissement*, F. CAPELLI, *Riflessioni sul modo di gestire l'Università*, in questa Rivista, 2004, p. 828 ss.

necessarie per gestirla in mancanza di una precedente, normale e idonea formazione etico-politica che soltanto l'insegnamento impartito da un adeguato ed effettivo regime democratico avrebbe potuto garantire.

Ciò che soprattutto faceva difetto era un sistema efficiente di controlli del pubblico denaro.

Per questo era sorta l'idea di estendere il sistema di controlli abbinati (interni ed esterni) anche all'attività della pubblica amministrazione, come sopra è stato ricordato.

L'idea, come abbiamo visto, non ha però avuto successo a causa dell'opposizione esercitata dal sistema partitico-politico-burocratico ad applicare i controlli interni.

Sarebbe stato quindi necessario trovare soluzioni innovative in grado di supplire a tale opposizione.

Ciò, in effetti, può ora avvenire con riferimento ai controlli sull'erogazione e sull'impiego dei fondi PNRR grazie all'applicazione delle regole previste dal Regolamento (Ue) n. 2021/241, che più sopra abbiamo esaminato e commentato.

Di contro, per gli appalti pubblici finanziati con fondi nazionali oppure con fondi anche europei, ma non assoggettati alle disposizioni del Regolamento (Ue) n. 2021/241, non sembra agevole trovare soluzioni innovative soddisfacenti.

Fortunatamente, però, l'entrata in vigore della nuova disciplina del *whistleblowing*, contenuta nel dlgo n. 24 del 10 marzo 2023³², potrebbe forse aprire la strada ad eventuali soluzioni innovative in tema di controlli e non soltanto per quanto riguarda i controlli da eseguire in materia di appalti pubblici.

Come è noto, la disciplina del *whistleblowing*, che è di derivazione anglosassone ed ha trovato ampia applicazione negli Stati Uniti d'America, mira a tutelare le persone che segnalano o denunciano le violazioni commesse all'interno delle imprese o della pubblica amministrazione.

Il citato dlgo n. 24/2023 ha dato attuazione in Italia alla direttiva (Ue) n. 2019/1937³³, concernente la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione europea.

³² Dlgo n. 24 del 10 marzo 2023 - Attuazione della direttiva (Ue) n. 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali, in *Guri* n. 63 del 15 marzo 2023, p. 4.

³³ Direttiva (Ue) n. 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione, in *Gu-Ue* n. 305 del 26 novembre 2019, p. 17 ss.

Ma con tale attuazione il legislatore italiano non ha però circoscritto la facoltà di segnalazione unicamente alle violazioni del diritto dell'Unione in specifici settori, ma ha anche esteso la facoltà di segnalazione e di denuncia ai casi assoggettati al diritto nazionale, tenendo conto della normativa italiana già applicabile in base alla legge n. 179/2017.

In ogni caso, però, dall'applicazione della nuova disciplina, non si dovranno purtroppo attendere in Italia i grandi risultati ottenuti nei paesi anglosassoni.

In Italia, in verità, non solo non sarà facile ottenere risultati di qualche rilievo all'interno delle stesse imprese private, ma sarà sicuramente difficilissimo che all'interno della pubblica amministrazione i funzionari arrivino ad assumersi la responsabilità di accusare i loro colleghi di aver commesso violazioni, affrontando i relativi rischi e gli inevitabili oneri che ne conseguono³⁴.

Una possibilità, in effetti, sussisterebbe se si volesse rendere la nuova normativa del *whistleblowing* veramente operativa ed efficace anche in Italia. Occorrerebbe a tal fine introdurre nella normativa appena adottata uno specifico adattamento riguardante le funzioni dell'ANAC, l'Autorità nazionale anticorruzione.

Secondo gli artt. 6 e 7 del citato dlgs n. 24/2023, il soggetto che intende presentare la denuncia o la segnalazione, come *whistleblower*, potrebbe, in determinati casi, rivolgersi preliminarmente all'ANAC in quanto autorità legittimata a ricevere una segnalazione esterna e a prestare una specifica assistenza in materia.

Orbene, se si vuole che la disciplina del *whistleblowing* possa veramente funzionare in Italia, occorrerebbe rendere possibile la totale copertura identitaria del soggetto denunciante, facendo in modo che l'ANAC si sostituisca completamente ad esso, assumendosi ogni conseguente responsabilità a tutti gli effetti. Questa completa assunzione di responsabilità da parte dell'ANAC, come sostituto del soggetto denunciante, costituirebbe anche la prova della fondatezza e della validità della denuncia effettuata dall'originario denunciante, nonché la garanzia della sua utilità.

Ovviamente, per ottenere un risultato del genere occorrerebbe apportare una specifica modifica al dlgs n. 24/2023: sicuramente un'impresa non agevole.

Relativamente alle segnalazioni e alle denunce che siano pervenute preliminarmente all'ANAC riguardanti violazioni del diritto dell'Unione

³⁴ Sull'applicazione della disciplina del *whistleblower* cfr. F. CAPELLI, *Un percorso tra etica e trasparenza per riformare la democrazia in Italia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020, p. 27 e p. 74.

europea, l'art. 8, par. 3, del dlgo n. 24/2023, prevede che la stessa ANAC informi direttamente la Commissione europea circa il loro numero e il loro contenuto.

Ovviamente le segnalazioni o le denunce pervenute all'ANAC potrebbero riguardare anche l'impiego dei fondi PNRR. Per ipotesi del genere sarebbe quindi anche possibile che la Commissione europea, sulla base del Regolamento (Ue) n. 2021/241, sopra commentato, decidesse di adottare, essa stessa, un provvedimento che inviti gli eventuali interessati (*whistle-blower*) a presentare denunce e segnalazioni sull'impiego dei fondi PNRR direttamente ai propri uffici (chiaramente con riferimento ai soli fondi PNRR).

Ma per quanto riguarda i controlli sull'erogazione e sull'impiego dei fondi PNRR una soluzione innovativa potrebbe trovare veramente applicazione se la Commissione europea si avvallesse dei poteri che il Regolamento (Ue) n. 2021/241 le ha conferito, specialmente con riferimento al settore degli appalti pubblici che qui maggiormente interessa, per affidare l'esecuzione dei controlli anche a una nuova categoria di particolari controllori.

Nel settore degli appalti pubblici, in effetti, a differenza di quanto avviene nel settore degli appalti privati nei quali tutte le parti contrattuali sono rappresentate e possono difendere i propri interessi, le regole del mercato non funzionano e non possono generalmente funzionare, perché in ogni appalto pubblico le parti che vi partecipano sono soltanto gli operatori in grado di far valere i propri interessi espressi nelle rispettive offerte contrattuali, mentre la parte veramente controinteressata, non è mai rappresentata nei relativi contratti e neppure è invitata a parteciparvi.

Nella realtà, infatti, la vera controparte, destinataria e fruitrice dei benefici e dei servizi attesi dalle opere pubbliche appaltate, è la generalità dei cittadini, in altre parole, siamo noi (utilizzatori di una strada, di un servizio di trasporto pubblico, di una scuola, di un canale, di una fognatura etc.) che se fossimo i committenti nel relativo contratto di appalto, saremmo in grado di far funzionare le regole del mercato, contrastando gli interessi delle controparti e rendendo possibile il rispetto dell'etica nell'attività economica, che viene garantita dal confronto equilibrato degli interessi contrapposti.

Ma una soluzione del genere, per evidenti motivi tecnici, non è ovviamente proponibile per cui, secondo la normativa generalmente applicabile, a contrastare gli interessi degli appaltatori e delle altre parti possono venire delegati soltanto gli amministratori dell'ente pubblico, incaricati di curare l'organizzazione degli appalti pubblici.

Pertanto, proprio per il mancato funzionamento delle regole del mercato è stato necessario trovare rimedi sostitutivi che si sono rivelati però alquanto fragili.

Ed infatti, la soluzione generalmente applicata fa ricorso, come sappiamo, a tre rimedi che dovrebbero operare nella procedura di appalto pubblico per farla funzionare in modo corretto.

La correttezza della procedura di ogni appalto pubblico dipende, infatti, in primo luogo, dall'onestà e dalla capacità degli amministratori che la gestiscono. In secondo luogo, dalla efficienza e dall'efficacia delle regole applicate. In terzo luogo, infine, dall'abilità dei controllori e soprattutto dall'efficacia delle tecniche impiegate per effettuare i controlli.

Orbene, come abbiamo in precedenza ricordato, durante trent'anni di storia italiana, tra il 1963 e il 1993, nessuno di questi tre rimedi ha funzionato.

Durante il predetto periodo, ed anche negli anni successivi, si può quindi sostenere che il Sistema-Italia e, in particolare, la parte politico-imprenditoriale-amministrativo-burocratica di tale sistema, è stata gravemente danneggiata e compromessa dal malfunzionamento, soprattutto sotto il profilo etico, degli appalti pubblici e delle concessioni pubbliche, come pure dalle pesanti distorsioni provocate dall'impiego del pubblico denaro ai danni della collettività³⁵.

Se si intende, pertanto, far funzionare correttamente il Sistema-Italia dal punto di vista economico e socio-politico, occorre innanzitutto partire dalla moralizzazione dei rapporti tra il sistema economico delle imprese e le strutture pubbliche (Comuni, Province, Regioni, Stato ed Enti economici partecipati dal settore pubblico, inclusi i loro rappresentanti politico-amministrativi). Poiché in ogni appalto pubblico e in ogni concessione pubblica devono essere sistematicamente affrontate questioni che presentano risvolti di natura economica, è evidente che la scorretta gestione della relativa procedura continuerà a provocare danni di rilevante gravità, sotto i più diversi profili.

Se si intende pertanto far funzionare realmente il sistema dei controlli, specie nel settore degli appalti pubblici, per prevenire e contrastare il verificarsi dei problemi e degli inconvenienti in precedenza denunciati, è necessario far ricorso a rimedi adeguati che dovranno essere necessariamente innovativi.

Un rimedio da considerare veramente innovativo potrebbe essere introdotto proprio per rendere possibile un corretto impiego dei fondi PNRR. Tenendo presente la necessità di far funzionare le regole del mercato in ogni rapporto contrattuale e considerata la difficoltà di ottenere il funzio-

³⁵ Poiché i beneficiari delle realizzazioni oggetto degli appalti pubblici, come in precedenza chiarito nel testo, sono i cittadini e, quindi, la collettività, i beni e i servizi che gli appalti pubblici rendono fruibili devono essere considerati "*beni comuni*" con tutte le conseguenze di carattere socio-politico che ne derivano. Sui problemi creati dagli appalti pubblici in Italia, v. F. CAPELLI, *Ambiente e democrazia: un'integrazione al dibattito*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, p. 41 ss.

namento di tali regole nel settore degli appalti pubblici, per i motivi più sopra indicati, si potrebbe in tale ambito, consentire l'intervento anche di Associazioni della Società civile che potrebbero operare avvalendosi dei meccanismi offerti dalla disciplina del *whistleblowing* in precedenza descritta.

Per la verità, la Società civile, tramite alcune sue Associazioni (ad esempio quelle del Terzo Settore) è già coinvolta anche nelle attività di controllo³⁶. Una proposta del genere, estremamente innovativa, se trovasse applicazione con riferimento ai controlli sull'impiego dei fondi PNRR, potrebbe determinare risultati molto efficaci e forse determinanti per la moralizzazione dei rapporti tra sistema pubblico (Stato, Regioni, Comuni, ed altri enti pubblici) e sistema economico (mondo delle imprese e delle professioni), partendo, ripetiamo, dal settore di impiego dei fondi PNRR.

A nostro avviso, questa tecnica di controllo esercitata da controllori indipendenti, nominati dalla Società civile, con l'incarico di rappresentare gli interessi della generalità dei cittadini, la cui funzione dovrà essere resa pubblica in modo ufficiale e pubblicizzata con tutti i mezzi di diffusione, avrà l'effetto, da un lato, di rendere coscienti i controllori dell'enorme importanza della funzione da essi svolta per il bene del Paese e, dall'altro lato, di mettere tutti coloro che devono osservare le regole imposte dalle procedure (appaltatori privati, funzionari pubblici, controllori interni, controllori esterni etc.), in condizione di effettuare il proprio lavoro in modo ineccepibile, dovendo operare in piena trasparenza sotto il controllo dell'opinione pubblica.

In questo modo le predette Associazioni con la collaborazione di professionisti, manager, imprenditori e dirigenti di diversa provenienza ed estrazione che, avendo terminato la propria vita lavorativa, potrebbero rendersi utili alla collettività, mettendo a disposizione, come già in alcuni casi sta avvenendo, le proprie conoscenze, le proprie competenze e la propria professionalità sarebbero in grado di fornire un aiuto enorme al buon funzionamento del Sistema-Paese. E ciò avverrebbe grazie alla facoltà che le Associazioni disporrebbero di selezionare, tra i professionisti specializzati negli ambiti di maggior rilievo, quelli disposti a fornire la propria collaborazione nell'esecuzione dei controlli negli specifici settori degli appalti pubblici che interessano³⁷.

³⁶ L'art. 18, primo comma, del dlgs n. 24/2023 stabilisce in particolare che: «È istituito presso l'ANAC l'elenco degli Enti del Terzo Settore che forniscono alle persone segnalanti misure di sostegno».

³⁷ Tra questi controllori, i cui nomi potranno essere inseriti in una rosa selezionata di esperti, verranno scelti, anche per estrazione a sorte, quelli ai quali affidare, di volta in volta, l'incarico di eseguire i controlli.

Questi controlli, eseguiti da qualificati specialisti impegnati a difendere veramente gli interessi della generalità dei cittadini, potrebbero rendere effettivamente praticabile il sistema dei controlli abbinati (interni ed esterni) che in Italia non ha mai trovato applicazione, come sopra è stato chiarito.

L'accoglimento di una proposta siffatta costituirebbe un segnale decisivo di un nuovo indirizzo veramente democratico intrapreso dal nostro Paese. Vorrebbe significare, infatti, che il popolo può veramente partecipare, direttamente ed efficacemente, al controllo su importanti attività del proprio Stato perché, tramite i suoi rappresentanti da esso direttamente designati, è in grado di vigilare in modo preciso sull'impiego del denaro dei contribuenti. Sarebbe, in effetti, la prima volta che, in modo diretto, i rappresentanti del popolo (Società civile) arrivano a svolgere una funzione di tale rilevanza. Si tratterebbe di una forma di esercizio effettivo della sovranità popolare che in Italia non è mai stata riconosciuta se non a parole. In sostanza, questa forma di controllo trasformerebbe il sistema democratico rappresentativo in una sorta di "*democrazia certificata*", vale a dire una democrazia che risulta controllata dai rappresentanti della generalità dei cittadini quali legittimi titolari, in senso effettivo, della sovranità popolare³⁸.

Fausto Capelli**

SINTESI

In questo scritto l'Autore mette in evidenza il fondamentale cambiamento introdotto nell'ordinamento europeo con l'adozione del Trattato Next Generation EU del 2020 che ha consentito all'Unione europea, per la prima volta dalla sua nascita, di acquisire direttamente sui mercati finanziari internazionali 800 miliardi di euro da distribuire ai Paesi membri per superare la grave crisi socio-economica provocata dal Covid.

L'A. analizza con cura le disposizioni del Regolamento (Ue) n. 2021/241 che disciplina le modalità secondo le quali le disponibilità finanziarie raccolte direttamente dall'Unione europea, debbano essere distribuite fra i vari Stati membri sulla base dei differenti PNRR (Piani nazionali di ripresa e resilienza).

Nello scritto vengono prese in esame le Autorità competenti ad effettuare le erogazioni nonché le modalità in base alle quali i finanziamenti vengono erogati e i controlli eseguiti.

³⁸ Per finire, si può ricordare lo stupendo aforisma di *Louis Brandeis*, il celebre giurista, eroe riformatore del periodo in cui gli Stati Uniti d'America soffrirono a causa di una corruzione dilagante. Alla fine dell'800 si era enormemente diffusa l'illuminazione grazie all'energia elettrica e Louis Brandeis da incorruttibile difensore della giustizia sociale ha affermato: «*La luce elettrica è il miglior poliziotto, e la luce del sole è il miglior disinfettante*». Come si vede è un riconoscimento della funzione indispensabile della trasparenza (e dei controlli).

** Direttore della *Rivista*

ABSTRACT

In this paper the Author highlights the fundamental change introduced in the European legal system with the adoption of the Next Generation EU Treaty of 2020 which allowed the European Union, for the first time since its birth, to acquire directly on the financial international markets 800 billion euros to be distributed to the Member States to overcome the serious socio-economic crisis caused by Covid.

The Author carefully analyzes the provisions of Regulation (EU) no. 2021/241 which regulates the methods according to which the financial resources collected directly by the European Union must be distributed among the various Member States on the basis of the different PNRRs (National Recovery and Resilience Plans).

The paper examines the Authorities competent to make the distribution as well as the methods according to which the payments are disbursed and the controls carried out.

LA TUTELA DEGLI INTERESSI FINANZIARI DELL'UE NELLA DISCIPLINA DEI CONTROLLI SUL PNRR: VERSO (NUOVE) FORME DI PARTECIPAZIONE DELLA SOCIETÀ CIVILE?*

Sommario: 1. *La tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea in prospettiva evolutiva* - 2. *La prevenzione della frode quale principio ispiratore del Regolamento (Ue) n. 241/2021* - 3. *Verso (nuove) forme di partecipazione della società civile nei controlli sul PNRR?* - 4. *Brevi considerazioni finali.*

1. La tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea in prospettiva evolutiva

La tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea è attualmente disciplinata dall'art. 325 TFUE. Va innanzi tutto evidenziato il carattere evolutivo di tale specifica materia disciplinata dai Trattati con significative tappe segnate, in particolare, dalle modifiche introdotte dai Trattati di Maastricht, di Amsterdam fino al Trattato di Riforma, meglio conosciuto come Trattato di Lisbona¹. Come è noto, si è giunti solo in anni recenti ad

* Testo della relazione presentata al Convegno tenutosi a Napoli il 27 ottobre 2023 su «*La Procura europea e i controlli sulle erogazioni dei fondi PNRR*» organizzato nell'Università Federico II, con il patrocinio di AISDUE - Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione Europea, e destinata ad essere inserita nel volume contenente gli Atti del Convegno, in corso di pubblicazione, con i tipi della Casa editrice Editoriale Scientifica di Napoli.

¹ Sull'evoluzione dell'armonizzazione in materia penale, si veda, tra gli altri, A. DI STASI - L. S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020; C. AMALFITANO, *La competenza penale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in L. CAMALDO (a cura di), *L'istituzione del procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 3- 34; N. PARISI, *La Procura europea: un tassello per lo spazio europeo di giustizia penale*, in *I quaderni europei*, 2013, n. 48, pp. 3-17.

attribuire una competenza penale all'UE, estesa a diversi settori e politiche, inclusa quella di cui ci occupiamo. Sebbene tali sviluppi siano significativi, dal momento che i mezzi di indagine dei reati e gli strumenti repressivi sono già stati istituiti e risultano funzionanti, come emerge tra l'altro dall'istituzione e dall'operatività della Procura europea, indicata con l'appellativo «European Public Prosecutor Office» (EPPO)², restano alcune lacune e si evidenziano margini di ulteriore sviluppo del processo di integrazione, segnalati nell'ambito del Convegno tenutosi a Napoli il 27 ottobre 2023 (di seguito: il Convegno) da alcuni illustri relatori³. In aggiunta ai suddetti strumenti di natura repressiva, si va affermando un approccio preventivo articolato su una serie di strumenti di *governance* più o meno innovativi tra i quali emergono quelli indicati dalla disciplina dell'UE, in particolare il monitoraggio, e quelli suggeriti dalla dottrina, relativi ad esempio alla partecipazione della società civile secondo differenti modalità: informazione, partecipazione, controllo/denuncia (come nel caso del *whistleblower*).

Occorre domandarsi, pertanto, se la disciplina sulla protezione degli interessi finanziari dell'UE, rubricata nel titolo Titolo II *Disposizioni finanziarie* della Parte Sesta *Disposizioni istituzionali e finanziarie* del TFUE, incluse le norme di bilancio dell'UE, possa segnare una nuova tappa nell'evoluzione sopra indicata con riguardo a quanto disposto al Capo 6 *Lotta contro la frode*, nell'art. 325 TFUE. Il decisivo passaggio dall'utilizzo di strumenti di natura intergovernativa a strumenti tipici dell'integrazione, a partire dall'introduzione con il Trattato di Amsterdam di una disposizione dedicata all'armonizzazione (art. 325, par. 4, TFUE), non esclude il principio di assimilazione quale criterio complementare (e non alternativo) all'armonizzazione, nel rispetto della proporzionalità di cui la Corte di giustizia garantisce il rispetto⁴. Ferma restando l'esigenza di assicurare una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione (ai sensi dell'art. 325, par.

² Vedi Procura europea, *Relazione annuale della Procura europea 2022*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, maggio 2023, reperibile all'indirizzo internet https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2023-05/FINAL%20PRINT%20EPPO%202022%20Annual%20Report%20EN_IT%20WEB.pdf.

³ V. L. SALAZAR, *I reati di competenza della Procura europea e prospettive di eventuale estensione*, in questa *Rivista*, *supra*, p. 555; E. TRAVERSA, *La Procura europea ("EPPO"): struttura, competenze e problemi istituzionali relativi alla legge applicabile*, in questa *Rivista*, *supra*, p. 511. Vasta è la letteratura che si è occupata di analizzare le problematiche relative all'istituzione della Procura europea e alla sua piena implementazione, in merito alla quale si rimanda ai riferimenti contenuti nei contributi pubblicati in questa *Rivista*.

⁴ Sul punto, vedi A. DAMATO, *La tutela degli interessi finanziari tra competenze dell'Unione e obblighi degli Stati membri*, Bari, Cacucci Editore, 2018, p. 35 ss.

4, TFUE), restano margini di intervento lasciati alla discrezionalità e all'iniziativa dei singoli Stati membri.

In particolare, il dibattito sulla necessità di rispettare i criteri di spesa delle risorse assegnate all'Italia e di effettuare i controlli relativi all'utilizzo dei fondi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)⁵, con le specificità riconducibili a ciascuno Stato membro che accede alle risorse del Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza, potrà costituire una occasione propizia per promuovere l'ulteriore evoluzione, auspicata dai promotori del Convegno⁶. In questa prospettiva, il combinato disposto dell'art. 325 TFUE, e degli artt. 22, 24 e 29 del Regolamento (Ue) n. 241/2021, offrono alcuni spunti di riflessione.

2. La prevenzione della frode quale principio ispiratore del Regolamento (Ue) n. 241/2021

La tutela degli interessi finanziari dell'UE si avvale, innanzi tutto, di strumenti che garantiscano una protezione almeno equivalente alla protezione accordata alle situazioni interne, in conformità con il principio dell'assimilazione. Tuttavia, tale criterio, che opera in sinergia con il principio dell'armonizzazione, non è sufficiente se lo *standard* nazionale è meno elevato di quello stabilito dagli obiettivi di armonizzazione minima indicati dalla disciplina dell'UE, nell'ottica di una protezione equivalente in tutti gli Stati membri. In tale prospettiva, va inquadrato l'approccio preventivo introdotto dal Regolamento (Ue) n. 241/2021 che ispira le norme in tema di indagini e di controlli contenute negli artt. 22, 24 e 29⁷, alla luce di quanto indicato in alcuni *considerando*, tra i quali il *considerando* n. 40 che si riferisce ai controlli preventivi in caso di sospetto di frode, di corruzione o di conflitto di interesse e il *considerando* n. 54 che prevede l'installazione di una piattaforma di monitoraggio al fine di consentire una valutazione anticipata dei rischi.

L'art. 22, par. 1, stabilisce l'obbligo degli Stati membri di prevedere «un sistema di controllo interno efficace ed efficiente» che può essere costituito anche dai «normali sistemi nazionali di gestione del bilancio», nonché di provvedere «al recupero degli importi erroneamente versati o

⁵ Reperibile all'indirizzo internet www.italiadomani.gov.it.

⁶ Vedi F. CAPELLI, *La Procura europea e i controlli sull'impiego dei fondi PNRR*, in questa *Rivista*, *supra*, p. 591.

⁷ Regolamento (Ue) n. 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, in *Gu-Ue* n. L 57 del 18 febbraio 2021, pp. 17-75.

utilizzati in modo non corretto». I paragrafi successivi definiscono nel dettaglio le modalità di svolgimento dei controlli e stabiliscono, nel caso di frode, corruzione e conflitto di interessi che ledano gli interessi finanziari dell'Unione, il «diritto della Commissione di ridurre proporzionalmente il sostegno nell'ambito del dispositivo e di recuperare qualsiasi importo dovuto al bilancio dell'Unione o di chiedere il rimborso anticipato del prestito» qualora «non vi sia stata rettifica da parte dello Stato membro» (par. 5). L'art. 24 disciplina la sospensione dei pagamenti qualora la Commissione europea accerti «che i traguardi e gli obiettivi indicati nella decisione di esecuzione del Consiglio di cui all'articolo 20, paragrafo 1, non sono stati conseguiti in misura soddisfacente» (par. 6) con la possibilità per lo Stato membro di presentare le proprie osservazioni. Inoltre, l'art. 24, par. 9, stabilisce che qualora entro un termine di 18 mesi dall'adozione della decisione di esecuzione del Consiglio non siano stati compiuti «progressi concreti da parte dello Stato membro interessato per quanto riguarda il conseguimento dei pertinenti traguardi e obiettivi» la Commissione ha il potere di risolvere l'Accordo con lo Stato membro interessato e di procedere al recupero dei finanziamenti erogati. L'art. 29 del Regolamento, infine, disciplina il monitoraggio dell'attuazione delle attività e dei risultati da parte della Commissione europea, nella sua funzione di sorveglianza che deve essere mirata e proporzionata alle attività svolte nell'ambito del dispositivo (par. 1), e stabilisce i relativi obblighi di comunicazione da parte degli Stati membri, i quali a loro volta devono essere «proporzionati» (par. 2).

L'attribuzione di una somma consistente di risorse finanziarie all'Italia nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)⁸, approvato con decisione di esecuzione del Consiglio il 13 luglio 2021 su proposta della Commissione europea⁹, e in seguito rinnovato ed ampliato con l'aggiunta del capitolo *REPowerEU*¹⁰, costituisce una sfida importante

⁸ L'importo complessivo delle risorse assegnate all'Italia ammonta a 194,4 miliardi di euro.

⁹ Vedi SENATO DELLA REPUBBLICA, Nota n. 78/5, *Il Piano nazionale per la ripresa e la resilienza: le prossime tappe*, del luglio 2022, reperibile all'indirizzo internet https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/DOSSIER/0/1356188/index.html?part=dossier_dossier1-frontespizio_front01, integrata dai successivi *Dossier* sullo stato di attuazione del PNRR aggiornati al 14 luglio 2023. V. da ultimo la Nota n. 1/3 del gennaio 2024, contenente il prospetto delle modifiche del PNRR italiano, reperibile all'indirizzo: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01402977.pdf>

¹⁰ Il «nuovo Piano» ha aggiornato le riforme e gli investimenti al mutato contesto internazionale, dovuto alle tensioni sui mercati delle materie prime, in particolare di quelle energetiche, che hanno accentuato i problemi nelle catene degli approvvigionamenti, senza che questo abbia influito negativamente sull'attuazione del Piano, secondo i tempi stabiliti. Per ulteriori approfondimenti, si veda la *Quarta relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, del 22 febbraio 2024, a cura del Ministro per gli Affari europei, il Sud,

che ha sollevato numerose questioni, oggetto anche di dibattiti e di approfondimenti scientifici¹¹. Senza volere affrontare nel dettaglio l'analisi del complesso sistema di controlli introdotto in Italia¹², che si articola nel meccanismo decisionale centralizzato e nella struttura di attuazione di tipo verticistico¹³, differente per molti aspetti dai controlli effettuati per i fondi

le Politiche di Coesione e il PNRR, reperibile all'indirizzo internet <https://www.italiadomani.gov.it/content/sogei-ng/it/it/strumenti/documenti/archivio-documenti/quarta-relazione-al-parlamento-sullo-stato-di-attuazione-del-pia.html>. Si veda, tra gli altri, F. FABBRINI, *Next Generation EU. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Bologna, il Mulino, 2022; ID., *Italy's national Recovery and Resilience Plan - Context, content and challenges*, in *Journal of Modern Italian Studies*, 2022, pp. 658-676.

¹¹ Si veda, tra gli altri, F. FERRARO, *PNRR e territori d'Europa. Impatto economico al tempo del centralismo e delle autonomie*, 2024 (Intervento presentato al convegno PNRR e territori d'Europa. Impatto economico al tempo del centralismo e delle autonomie tenutosi presso l'Università di Napoli Federico II, Dipartimento Scienze Sociali, il 23 febbraio 2023); D. G. RINOLDI - A. SCIALDONE (a cura di), *PNRR. Promesse da mantenere e miglia da percorrere: integrità delle politiche pubbliche e prospettive italo-europee di democrazia partecipativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023; L. CALZOLARI - F. COSTAMAGNA, *La riforma del bilancio e la creazione di Sure e Next Generation EU*, in P. MANZINI - M. VELLANO (a cura di), *L'Unione europea 2020*, Padova, Cedam, 2021, p. 169 ss.

¹² Sulle criticità del sistema di controlli sull'esecuzione del bilancio e sui fondi del PNRR in relazione al c.d. controllo concomitante e al ruolo espletato dalla Corte dei conti, si veda G. RIVOSECCHI, Editoriale 14 giugno 2023, *I controlli sulle risorse finanziarie, una questione di democrazia e di legalità*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2023, pp. IV-XXVI.

¹³ Il sistema di gestione e controllo previsto dal d.l. n. 77/2021 ha istituito una Cabina di regia presieduta dal Presidente del Consiglio dei Ministri alla quale partecipano di volta in volta i Ministri e i Sottosegretari competenti in ragione delle tematiche affrontate in ciascuna seduta, con compiti di indirizzo, impulso e coordinamento generale. Il sistema si compone anche di una Segreteria tecnica, di un Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale (composto da rappresentanti delle parti sociali, del Governo, delle Regioni, delle Province autonome, degli Enti locali, di Roma capitale, delle categorie produttive e sociali, del sistema dell'università e della ricerca, della società civile e delle organizzazioni della cittadinanza attiva) con funzione consultiva, e di un'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento dell'efficacia della regolazione. Le funzioni di monitoraggio e di rendicontazione del Piano sono attribuite al Servizio centrale per il PNRR, istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze, che rappresenta il punto di contatto nazionale con la Commissione europea per l'attuazione del Piano, con il quale si interfacciano le strutture di coordinamento istituite presso ogni singola Amministrazione centrale. La *governance* del PNRR è stata in seguito riformata dal d.l. n. 13/2023, convertito con modificazioni dalla legge 21 aprile 2023 n. 41, il quale ha istituito la Struttura di missione PNRR presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, la quale assicura e svolge ora le interlocuzioni con la Commissione europea quale punto di contatto nazionale per l'attuazione del PNRR. Al Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR sono attribuite funzioni di indirizzo e coordinamento dell'azione strategica del Governo relativamente all'attuazione del Piano. La Segreteria tecnica è stata soppressa e i suoi compiti e le sue funzioni sono stati trasferiti alla Struttura di missione PNRR; anche il Tavolo permanente è soppresso e si stabilisce che i rappresentanti delle parti sociali, delle categorie produttive e sociali, del settore bancario, finanziario e assicurativo, del sistema dell'università e della ricerca, della società civile e delle organizzazioni della cittadinanza attiva, partecipino alle sedute della Cabina di regia. Presso il Ministero dell'economia e delle finanze, Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, è istituito l'Ispettorato generale per il PNRR con compiti di coordinamento operativo sull'attuazione, sulla gestione finanziaria e sul monitoraggio del PNRR, nonché di controllo e rendicontazione all'Unione europea ai sensi degli artt. 22 e 24 del Regolamento (Ue) n. 2021/241. Per una analisi dell'attuale disciplina riformata, si veda, M. MACCHIA, *L'amministrazione del PNRR: un cambio di paradigma?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4, 2023, pp. 445-453.

strutturali, va evidenziato che non poche criticità sono state messe in evidenza non solo dalla dottrina ma anche dagli “addetti ai lavori”. La prima, commentando il giudizio espresso dalla Commissione europea in merito al primo decreto “*semplificazioni*” (d.l. n. 76/2020), che sarebbe valido anche riguardo al successivo decreto “*semplificazioni bis*” (d.l. n. 77/2021), ha sottolineato come la normativa in parola non risulti idonea in definitiva a tutelare efficacemente la pubblica amministrazione dai rischi di corruzione e di illegalità¹⁴. Il settore che, come è noto, ha destato maggiore attenzione è stato quello dei contratti pubblici in ragione dell’esigenza di realizzare gare e appalti per gli investimenti in infrastrutture pianificati nel PNRR, proprio in ragione della criticità dei controlli¹⁵. A tale proposito, giova ricordare come l’iniziale assetto normativo sia stato modificato con l’adozione del dlgo n. 36/2023 al fine di concentrare le procedure di appalto nelle stazioni appaltanti più attrezzate e qualificate, anche in relazione ai controlli preventivi, idonee ad operare per diversi enti pubblici contemporaneamente, ad esempio una Provincia in qualità di capofila per gli appalti di diversi piccoli comuni.

I secondi hanno rilevato, invece, i limiti di un sistema di controlli in tempo reale rispetto al giudizio di efficacia ed efficienza degli investimenti attuati con le risorse del PNRR effettuato dalla Commissione europea. In particolare, la Commissione si avvale di dati “di fine corsa” da cui possono emergere gli *effetti* di un eventuale errore di valutazione, di un’anomalia strutturale o di un’anomalia decisionale, in termini di *concreta* inefficacia del progetto rispetto agli scopi che si proponeva di realizzare¹⁶. Ciò considerato, appare evidente come non sempre sia possibile, e talvolta neppure risulti rispondente a criteri di efficienza, apportare le necessarie azioni correttive “in corso d’opera”.

L’analisi critica della situazione italiana relativa ai controlli del PNRR evidenzia l’importanza di migliorare ulteriormente il suddetto sistema dei controlli nell’ottica di una efficace prevenzione, intesa non solo quale norma di diritto positivo, ma anche come principio generale che ispira il

¹⁴ N. PARISI - D. RINOLDI, *L’attuazione del PNRR italiano: spunti di riflessione sull’architettura euro-nazionale in materia (anche se per riflettere c’è ben poco tempo ormai)*, in *Eurojus*, n. 3, 2021, pp. 81-109, e in particolare p. 98.

¹⁵ Per ulteriori approfondimenti sul punto si rimanda alla puntuale analisi di F. CAPELLI, *La Procura europea*, cit. *supra*, nota 6, e all’approfondito studio di N. PARISI - D. RINOLDI, *L’attuazione del PNRR italiano*, loc. cit., pp. 98 ss.

¹⁶ Vedi C. BERSANI, *I sistemi di controllo sulle spese del PNRR*, Atti del Convegno “Etica e finanza pubblica. Attuazione del Pnrr e benessere per i cittadini”, tenutosi a Bologna il 19-20 novembre 2021, in *Rivista della Corte dei Conti, Quaderni della Rivista*, n. 3, 2021, pp. 71-74. Più di recente, si veda S. MILAZZO, *Le relazioni della Corte dei Conti sull’attuazione e sui controlli del PNRR*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2023, p. 1219 ss.

Regolamento (Ue) n. 2021/241, valorizzando tale principio anche in chiave ermeneutica. La triplice esigenza di utilizzare l'integralità dei fondi assegnati, quella di garantire che le risorse siano spese nei tempi previsti e infine quella di raggiungere gli obiettivi programmati in maniera efficace richiede una visione equilibrata che non incida sul rispetto della legalità e soprattutto sulla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'UE. La necessità di rispettare i tempi previsti, ritenuta imprescindibile al fine di non compromettere l'erogazione delle somme assegnate in diverse rate, in base ad un sistema che si articola in successivi *milestone* e *target* dei quali la Commissione europea verifica l'attuazione¹⁷, non esclude una protezione efficace contro la frode, la corruzione e il conflitto di interessi¹⁸. Le proposte indicate nell'ambito del Convegno potrebbero consentire di portare avanti questi obiettivi in maniera sinergica, in particolare laddove introducano elementi di maggiore trasparenza e (nuove) forme di partecipazione della società civile¹⁹.

Nella prospettiva indicata può ritenersi che le soluzioni già sperimentate in altre politiche dell'UE, ad esempio nell'ambito della politica ambientale con riferimento alla prevenzione, suggeriscano un modello di *governance* efficace articolato sul monitoraggio e sulla partecipazione dei cittadini mediante l'accesso alle informazioni, la previsione di modalità di intervento nelle decisioni ambientali, e le relative indagini e controlli²⁰. A tale riguardo, sembra da condividere il riferimento alla «nozione di bene giuridico meritevole di tutela penale», «(...) una particolare categoria di

¹⁷ L'attuazione del Dispositivo per la ripresa e la resilienza è diretta dalla *task force* RECOVER istituita in seno al Segretariato generale della Commissione europea il 16 agosto 2020, sotto la diretta responsabilità della Presidente von der Leyen. Vale la pena di rilevare che anche le DG ECFIN e REFORM sono associate all'esercizio delle suddette funzioni. Inoltre, nella valutazione del raggiungimento di *milestone* e *target* interviene il Consiglio in un rapporto relativamente equilibrato con la Commissione europea. Sugli aspetti istituzionali relativi all'attuazione dei Piani nazionali nell'ambito del Dispositivo per la ripresa e la resilienza dell'UE, si veda P. DERMINE, *Le plan de relance «Next Generation EU» de l'Union européenne. Analyse constitutionnelle d'une initiative historique*, Bruxelles, Bruylant, 2023, in particolare p. 95 ss.

¹⁸ Per un aggiornamento sullo stato di attuazione del PNRR in Italia, e i relativi problemi, si rimanda alla *Quarta relazione sullo stato di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* del 22 febbraio 2024, *cit. supra*, nota 10.

¹⁹ Nello specifico, ci si riferisce a quanto suggerito da F. CAPELLI, *La Procura europea*, *cit. supra*, nota 6, in merito all'intervento di associazioni della società civile (ad esempio del Terzo Settore) mediante la nomina di appositi «controllori indipendenti» in rappresentanza degli interessi della generalità dei cittadini, che potrebbero avvalersi «dei meccanismi offerti dalla disciplina del whistleblowing».

²⁰ È evidente il riferimento ai contenuti della Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (convenzione di Aarhus), conclusa dall'Unione con decisione n. 2005/370/CE del 17 febbraio 2005, ai quali l'ordinamento dell'UE si è conformato mediante l'adozione di una serie di atti di diritto derivato che riproducono i contenuti della stessa.

bene giuridico a dimensione interindividuale, ovvero (secondo altra terminologia) diffusa» riferita alla condotta penalmente rilevante indirizzata a pregiudicare gli interessi finanziari dell'Unione, in quanto tale da creare un danno collettivo alla *situazione economica della società europea*²¹. Si può ritenere che questa terminologia accomuni la materia in esame ad altre relative a beni giuridici collettivi per antonomasia, ad esempio l'ambiente, la cui tutela penale di recente assurge a rango costituzionale.

3. Verso (nuove) forme di partecipazione della società civile nei controlli sul PNRR?

Le diverse forme di partecipazione dei cittadini nell'ambito delle politiche dell'UE, implementate nel corso degli anni, hanno ispirato anche una maggiore e migliore partecipazione della società civile nell'ambito degli Stati membri. Molte di queste riguardano la fase "ascendente" di formazione delle norme e, solo in misura minore, la fase delicata dei controlli nell'esecuzione o nell'attuazione delle stesse²².

Alla luce della complessa articolazione di competenze e di procedure di esecuzione dei controlli, sopra sinteticamente richiamate, la questione della *effettiva* partecipazione della società civile in fase attuativa del nuovo PNRR potrebbe risultare particolarmente problematica da realizzare. A voler tacere delle reiterate richieste di semplificazione delle procedure²³, che di fatto finirebbero per penalizzare proprio l'attenzione riservata ai diversi livelli di controllo, alcune proposte potrebbero incontrare ostacoli sul piano operativo. Da un lato, come si è visto, la struttura centralizzata di attuazione del PNRR in Italia contempla la partecipazione dei rappresentanti delle parti sociali, delle categorie produttive e sociali, del settore bancario, finanziario e assicurativo, del sistema dell'università e della ricerca, della società civile e delle organizzazioni della cittadinanza attiva, ma qualche perplessità può essere sollevata sugli obiettivi, sulle modalità e soprattutto sull'efficacia di tale partecipazione nell'attuazione dei controlli. Dall'altro lato, le procedure degli appalti pubblici contemplano la partecipazione di rappresentanti delle associazioni del Terzo settore, ai sensi dell'art. 18,

²¹ N. PARISI - D. RINOLDI, *L'attuazione del PNRR italiano*, cit. supra, nota 14.

²² Sull'iniziativa legislativa dei cittadini dell'UE, si veda R. PALLADINO, *Iniziativa legislativa dei cittadini dell'Unione europea e democrazia partecipativa: a proposito dell'iniziativa Right2Water*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 3, 2014, p. 493 ss.; F. FERRARO, *Il diritto di iniziativa dei cittadini europei: uno strumento efficace di democrazia partecipativa?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 3-4, 2011, p. 727 ss.

²³ Si veda, G. CENTURELLI, *Il sistema dei controlli nel PNRR: evoluzione e criticità*, in *Forum PA (FPA)*, 7 dicembre 2023, reperibile all'indirizzo internet <https://www.forumpa.it/ri-forma-pa/il-sistema-dei-controlli-nel-pnrr-evoluzione-e-criticita/>.

primo comma, del dlgs n. 24/2023, secondo il quale: «È istituito presso l'ANAC l'elenco degli Enti del Terzo Settore che forniscono alle persone segnalanti misure di sostegno». Tuttavia, come è stato sottolineato, sono evidenti i limiti della disciplina relativa al *whistleblowing* applicata alla pubblica amministrazione con particolare riguardo all'ambito dei contratti pubblici²⁴. In tale contesto, peraltro, stanno emergendo interessanti iniziative di partecipazione dei cittadini in forma organizzata, che sono state sperimentate in Italia proprio con riferimento all'attuazione del PNRR, con l'obiettivo di «garantire la trasparenza nell'esecuzione del PNRR e dare alla pubblica amministrazione la consapevolezza di un controllo sociale diffuso»²⁵.

Non va dimenticato che la democraticità del sistema è garantita primariamente dalla funzione di controllo parlamentare sul bilancio, sia nell'ambito dell'Unione europea sia all'interno degli Stati membri. Particolare rilievo assume, al riguardo, la «Riunione interparlamentare sul ruolo dei Parlamenti nazionali nel controllo della spesa dei fondi dell'Unione europea e del piano Next generation EU» tenutasi il 26 giugno 2023 a Bruxelles su iniziativa della Commissione controllo di bilancio (CONT) del Parlamento europeo²⁶. Al fine di tenere conto maggiormente delle esigenze specifiche delle comunità locali, la Risoluzione del Parlamento europeo del 23 giugno 2022 sull'attuazione del dispositivo per la ripresa e la resilienza invitava gli Stati membri a «garantire chiarezza nella ripartizione delle responsabilità e che adeguati sistemi di gestione dei fondi del dispositivo per la ripresa e la resilienza tengano conto delle esigenze specifiche dei cittadini ai livelli regionale e locale (...)» (punto 89)²⁷.

Anche il Comitato economico e sociale europeo si è dimostrato molto attivo nella direzione auspicata, mediante l'adozione di varie risoluzioni,

²⁴ Si rimanda sul punto alle osservazioni di F. CAPELLI, *La Procura europea, cit. supra*, nota 6.

²⁵ Così N. PARISI - D. RINOLDI, *L'attuazione del PNRR italiano, cit. supra*, nota 14, p. 107 s., con specifico riguardo all'iniziativa «LIBenter (L'Italia Bene comune Nuova, Trasparente, Europea, Responsabile)» i cui obiettivi, principi e strumenti sono contenuti nella Carta costitutiva, reperibile all'indirizzo internet <https://libenteritalia.eu/il-progetto/idea-di-libenter/carta-costitutiva/>. In particolare, il progetto si propone di predisporre un sistema di monitoraggio civico nell'impiego delle risorse finanziarie previste nel PNRR, attivando un effettivo controllo diffuso e una strategia di *engagement* di comunità monitoranti. Per ulteriori approfondimenti, si veda anche D. G. RINOLDI, «Un vento impetuoso si è scatenato» *PNRR e partecipazione della società civile al tempo delle crisi globali e delle complesse declinazioni della democrazia*, in D. G. RINOLDI - A. SCIALDONE (a cura di), *PNRR. Promesse da mantenere e miglia da percorrere, cit. supra*, nota 11, p. 166 ss.

²⁶ Vedi SENATO DELLA REPUBBLICA, Servizio Studi n. 34, *Dossier*, Documentazione per le Commissioni – Riunioni interparlamentari, 22 giugno 2023, reperibile all'indirizzo internet https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Dossier/Elenchi/30_3.htm#.

²⁷ P9 TA(2022)0264.

in particolare la Risoluzione sul *Coinvolgimento della società civile organizzata nei piani nazionali per la ripresa e la resilienza - Come migliorarlo?* del 18 maggio 2022²⁸, che fa seguito alla precedente *Risoluzione sul Coinvolgimento della società civile organizzata nei piani nazionali per la ripresa e la resilienza – Cosa funziona e cosa no?* del 25 febbraio 2021²⁹, la quale era stata adottata sulla base dei risultati della consultazione pubblica realizzata nei ventisette Stati membri³⁰. A distanza di pochi mesi, il CESE ha realizzato uno studio sul modo in cui le parti sociali e le organizzazioni della società civile sono state coinvolte nell'elaborazione dei piani nazionali per la ripresa e la resilienza (PNRR), nonché della qualità di tale coinvolgimento e, in seguito, la verifica sulle modalità con le quali gli Stati membri hanno affrontato le carenze riscontrate nel coinvolgimento delle parti sociali e delle organizzazioni della società civile nell'elaborazione dei PNRR, analizzando, altresì, gli sviluppi della loro partecipazione all'attuazione dei suddetti Piani. Da quanto è emerso, la partecipazione dei cittadini è migliorata in fase di attuazione dei piani rispetto alla fase di elaborazione degli stessi. La partecipazione in quanto tale e gli strumenti adottati allo scopo risultano essere differenti nei diversi Stati membri oggetto di analisi e l'Italia sembra rispondere adeguatamente alle aspettative³¹. Ciò considerato, il giudizio complessivo è comunque di non adeguata partecipazione delle parti sociali e della società civile organizzata all'attuazione dei Piani, (mentre non si considera espressamente la carenza relativa alla fase decisiva dei controlli), obiettivo che nelle conclusioni del CESE richiederebbe sforzi ulteriori da parte dell'UE anche orientati alla riforma del Semestre europeo³².

In tale contesto, si inseriscono i giudizi piuttosto critici delle ONG che rilevano una certa “opacità” nella maniera con la quale le risorse del Dispositivo per la ripresa e la resilienza dell'UE e i Piani nazionali sono stati

²⁸ *Gu-Ue* n. C 323 del 26 agosto 2022, p. 1 ss.

²⁹ *Gu-Ue* n. C 155 del 30 aprile 2021, p. 1.

³⁰ La consultazione era costituita da 21 quesiti articolati in 4 diverse sezioni, qui riportate: Sezione I: Qual è il parere della società civile organizzata in merito al contenuto dei piani, ai loro obiettivi di investimento e alle riforme proposte?; Sezione II: Come procedono l'attuazione dei piani, i relativi investimenti e le riforme?; Sezione III: Potenziale impatto dei PNRR sull'economia e sulla società degli Stati membri; Sezione IV: Coinvolgimento delle parti sociali e delle organizzazioni della società civile nell'attuazione del piano.

³¹ Par. 4.2.

³² In particolare, il CESE ritiene «che la mancanza di una partecipazione efficace e di qualità della società civile organizzata alla governance economica dell'UE non sarà risolta in modo soddisfacente fino a quando non vi sarà una riforma del semestre europeo che garantisca tale partecipazione mediante una direttiva o un regolamento» (par. 4.5). Allo scopo, appare evidente l'esigenza di far convergere la volontà politica degli Stati membri in tal senso.

elaborati e attuati in un certo numero di Paesi europei³³. Si lamenta, tra l'altro, la difficoltà nell'accesso alle informazioni relative ai progetti finanziati, la scarsa trasparenza e, in generale, l'assenza di volontà degli Stati membri di coinvolgere (in tempo utile) la società civile in base ad una logica "ascendente" che consentirebbe ai territori e alle comunità di co-programmare gli investimenti in funzione dei loro bisogni. Considerata l'importanza crescente delle comunità territoriali e locali, destinatarie di specifici programmi e finanziamenti per la crescita nell'ambito della politica di coesione³⁴, un segnale di maggiore coerenza tra le politiche e le azioni dell'Unione, alla luce degli articoli 11, par. 3 TUE e 7 TFUE³⁵, appare quanto mai necessario.

4. Brevi considerazioni finali

Gli interessi finanziari dell'UE non sono distinti, e tantomeno contrapposti, agli interessi finanziari degli Stati membri. Pertanto, gli Stati membri insieme ai loro cittadini e a tutti gli altri soggetti dell'ordinamento dell'UE, incluse le istituzioni dell'Unione, sono da ritenere collettivamente "responsabili" della corretta gestione delle "finanze pubbliche". La riforma del sistema delle risorse proprie dell'UE (con le modifiche introdotte in questi anni)³⁶, alla quale troppo poca attenzione è stata riservata dalla dottrina, si inserisce in un percorso evolutivo che sembra orientato non soltanto a supportare gli Stati membri nel far fronte alle ripetute crisi di varia natura dell'attuale momento storico (incluso il Covid-19) ma anche,

³³ Vedi l'articolo di S. ELLENA, *Plans de relance de l'UE: la participation citoyenne a été insuffisante, selon un rapport*, Édition spéciale Démocratie participative dans l'UE: faire le lien entre la théorie et la pratique, Euractiv, 4 luglio 2023, reperibile all'indirizzo internet <https://www.euractiv.fr/section/politique/news/plans-de-relance-de-lue-la-participation-citoyenne-a-ete-insuffisante-selon-un-rapport/>.

³⁴ Si pensi, ad esempio, ai Gruppi di Azione Locale (GAL), forme di partenariato pubblico-privato, che attuano una strategia di sviluppo locale secondo il modello dello Sviluppo locale di tipo partecipativo in una logica di tipo *bottom-up* che coinvolge i cittadini di uno o più territori dell'Unione, finanziati mediante l'iniziativa LEADER.

³⁵ L'art. 11, par. 3, TUE recita: «Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate». L'art. 7 TFUE recita: «L'Unione assicura la coerenza tra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell'insieme dei suoi obiettivi e conformandosi al principio di attribuzione delle competenze».

³⁶ Diversi sono gli interventi normativi aventi ad oggetto la riforma del sistema delle risorse proprie dell'Unione, che prevede l'introduzione di due pacchetti di risorse proprie dell'UE. Tra queste va menzionata la risorsa propria sulla plastica consistente in un contributo nazionale basato sulla quantità di rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati, in vigore dal 1 gennaio 2021. In argomento, si veda M. C. BARUFFI - R. CAFARI PANICO, *Le risorse proprie dell'Unione nella prospettiva delle riforme istituzionali*, in questa Rivista, 2023, p. 223 ss.

più in generale, a far avanzare l'integrazione comunitaria con l'ausilio di soluzioni inedite e innovative, di cui Next Generation EU è un esempio significativo³⁷ nonché «uno strumento di solidarietà senza precedenti»³⁸.

Le soluzioni innovative di finanziamento dell'UE, tuttavia, devono essere implementate nel rispetto dei Trattati e avvalendosi dell'esperienza già maturata in alcuni ambiti (quali, ad esempio, la politica di coesione economica sociale e territoriale) al fine di garantire la legalità, e contrastare in via preventiva fenomeni di frode, corruzione e conflitto di interessi, garantendo al contempo l'efficacia degli interventi e l'aderenza degli investimenti alle concrete esigenze delle comunità locali e territoriali.

A tale riguardo, occorre tenere conto che il modello Next Generation EU dell'Unione europea, il cui possibile mantenimento oltre la scadenza definitiva è in discussione, mediante la trasformazione in capacità fiscale permanente dell'UE (che svolgerebbe la funzione di stabilizzazione macroeconomica supportando al contempo le politiche dell'Unione)³⁹, presenta elementi di debolezza che dovrebbero essere superati, con specifico riguardo alla dimensione istituzionale e di legittimità democratica, derivante dall'attuale modello di *governance* «executif, animé d'une logique technocratique, et n'impliquant que marginalement parlements, partenaires sociaux, société civile et citoyens»⁴⁰.

Le crisi globali degli ultimi anni hanno fatto emergere una accresciuta domanda di democraticità che si traduce nell'esigenza di scelte legittime, ma anche controllabili e censurabili nell'ambito delle organizzazioni internazionali economiche e da parte dell'Unione europea che operano in settori sensibili per i cittadini (come quelli sociali e occupazionali)⁴¹. In ta-

³⁷ Va appena precisato che le risorse finanziarie di Next Generation EU costituiscono risorse aggiuntive al bilancio dell'Unione e che tali risorse non condividono la medesima origine e la natura delle risorse proprie. La raccolta sui mercati finanziari delle suddette risorse finanziarie operata dalla Commissione europea è indicativa di una discontinuità rispetto al passato. È da condividere, quindi, l'osservazione di F. CAPELLI, *La Procura europea*, cit. supra, nota 6, secondo cui «Per la prima volta, pertanto, è apparso corretto qualificare i fondi raccolti dall'Unione come «risorse proprie», perché in questo caso è stata l'Unione che ha raccolto i predetti fondi con mezzi propri, assumendosi la responsabilità del debito finanziario», p. 595.

³⁸ Così si è espresso il Parlamento europeo nella Risoluzione del 23 giugno 2022 sull'attuazione del dispositivo per la ripresa e la resilienza, cit. supra, nota 27, al punto 1, riguardo al Dispositivo per la ripresa e resilienza dell'UE.

³⁹ Diversi sono i contributi dottrinali in argomento, tra i quali, di recente, N. PARISI, *Next-GenerationEU oltre il PNRR verso una politica macro-economica europea di stampo federale?*, in D. G. RINOLDI - A. SCIALDONE (a cura di), *PNRR. Promesse da mantenere e miglia da percorrere*, cit. supra, nota 11, pp. 13- 67; F. FABBRINI, *EU Fiscal Capacity – Legal Integration after COVID-19 and the War in Ukraine*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

⁴⁰ Così P. DERMINE, *Le plan de relance «Next Generation EU»*, cit. supra, nota 17, p. 144 s.

⁴¹ Con riguardo alla democrazia partecipativa nell'UE, sancita dall'art. 11 del TUE, si veda D. G. RINOLDI, «Un vento impetuoso si è scatenato» *PNRR e partecipazione della società civile*, cit. supra, nota 25, pp. 123-192, e spec. p. 156 ss.

le contesto, il coinvolgimento della società civile nel senso di una maggiore e migliore inclusività, promossa anche dall'UE nei confronti delle autorità nazionali, va attuato mediante soluzioni che garantiscano la trasparenza e l'accessibilità⁴². Nell'esecuzione del PNRR in Italia, in stretto rapporto con le istituzioni dell'Unione europea, va tenuto presente che «la vera controparte, destinataria e fruitrice dei benefici e dei servizi attesi dalle opere pubbliche appaltate, è la generalità dei cittadini»⁴³. Questi ultimi, a loro volta, devono diventare sempre più consapevoli e responsabili del ruolo che potrebbero (e dovrebbero) essere preparati a svolgere, anche nell'attivare forme di partecipazione organizzata (di cui già si rilevano alcune esperienze significative e buone pratiche)⁴⁴, capaci di superare i confini nazionali e di incidere in maniera efficace sulle scelte che riguardano il loro futuro.

Daniela Marrani**

SINTESI

Il contributo analizza la protezione degli interessi finanziari dell'UE in una prospettiva evolutiva, tenuto conto delle competenze attribuite all'EPPO in funzione repressiva e di nuovi strumenti di *governance* secondo una logica *ex ante*. La problematica assume particolare rilievo nell'ambito dei controlli sull'attuazione del PNRR in Italia alla luce del Regolamento (Ue) n. 2021/241. A tal fine, soluzioni già sperimentate nell'ambito della politica ambientale dell'UE nell'ottica della prevenzione, focalizzate sulla partecipazione dei cittadini mediante l'accesso alle informazioni, modalità di intervento nelle decisioni, indagini e controlli possono essere utili. Altra forma di partecipazione, quale il *whistleblowing*, non risulta di facile applicazione nella pubblica amministrazione. La coerenza con i principi e gli strumenti della politica di coesione economica, sociale e territoriale,

⁴² Come suggerito anche da S. CAFARO, *Elementi per la costruzione di una teoria della democraticità delle organizzazioni internazionali*, in M. VELLANO (a cura di), *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche*, XIX Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale, Courmayeur, 26-28 giugno 2014, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 293 ss.

⁴³ Così F. CAPELLI, *La Procura europea e i controlli sull'impiego dei fondi PNRR*, cit. supra, nota 6. In maniera concorde, si esprime anche D. G. RINOLDI, «Un vento impetuoso si è scatenato» *PNRR e partecipazione della società civile*, cit. supra, nota 25, p. 166, il quale insiste sulla trasparenza quale strumento di democrazia che consente di partecipare tramite strumenti di monitoraggio «alla valutazione dell'agire della Pubblica Amministrazione all'atto dell'esecuzione dei progetti contenuti nel PNRR».

⁴⁴ *Idem*, p.166 ss.

** Ricercatore di Diritto Internazionale nel Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche / Università degli Studi di Salerno

inoltre, richiede di individuare modalità di partecipazione dei cittadini innovative e praticabili. L'obiettivo è quello di realizzare investimenti in infrastrutture rispondenti in maniera efficace alle esigenze delle comunità locali con una maggiore e migliore partecipazione della società civile, incluso nella fase dei controlli.

ABSTRACT

The paper deals with the protection of the EU financial interests within an evolutive approach, from the EPPO repressive competences to a new ex ante governance model. The analysis focuses on controls within the implementation of Italy's NRRP according to Regulation (Eu) n. 2021/241. To this end, solutions already experimented within the EU environmental policy based on prevention, focused on citizen participation through access to information, intervention in decisions, investigations and controls may be useful. Another form of participation, as whistleblowing, is not easy to apply in public administration. Furthermore, coherence with the principles and tools of the economic, social and territorial cohesion policy requires identifying innovative and practicable ways of citizen participation. The objective is to realize investment projects in infrastructure that effectively respond to the needs of local communities with greater and better participation of civil society, including in the required controls.

L'IMPIEGO DEI FONDI DEL NGEU E IL PNRR NEL MERIDIONE D'ITALIA*

Sommario: **I.** *EPPO, PNRR e chi governa il PNRR: arbitro o regista?* - **II.** *Bandi competitive: limiti, rischi e paradossi del PNRR* - **III.** *Metodo e strumenti di intervento: CASSA vs PNRR* - **IV.** *La straordinarietà possibile senza Cassa, il ruolo della sussidiarietà.*

I. EPPO, PNRR e chi governa il PNRR: arbitro o regista?

La Procura Europea (EPPO) di recente istituzione, nasce per combattere *la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione europea, mediante il diritto penale*: suo compito – quindi – è quello di identificare, contrastare e sanzionare attività lesive degli interessi finanziari dell'UE. Ciò la abilita a vigilare, indipendentemente ed in aggiunta alle autorità nazionali preposte ad intervenire per garantire la correttezza dei procedimenti e dello svolgimento delle attività. È perciò pacifico che nello specifico sia di grande rilevanza la sua attività di supervisione in difesa degli interessi UE dedicata alla sorveglianza "vigile e penetrante" sullo svolgimento del New Generation EU (NGEU) che – per la prima volta in assoluto – è finanziato con debito comunitario.

Nel caso qui considerato, l'Italia è un soggetto vigilato con particolare attenzione per tutto quello che concerne la gestione delle risorse comunitarie.

* Testo della relazione presentata al Convegno tenutosi a Napoli il 27 ottobre 2023 su «*La Procura europea e i controlli sulle erogazioni dei fondi PNRR*» organizzato nell'Università Federico II, con il patrocinio di AISDUE - Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione Europea, e destinata ad essere inserita nel volume contenente gli Atti del Convegno, in corso di pubblicazione, con i tipi della Casa editrice Editoriale Scientifica di Napoli.

rie con le quali è finanziato il PNRR. E ciò per il fatto che l'Italia è in assoluto il Paese dell'Unione che riceve la quota più considerevole di questi fondi europei ed è al contempo il Paese in particolare evidenza per quanto concerne azioni ed indagini destinate a concludersi con possibili sanzioni. È, quindi, legittimo attendersi che, indipendentemente dalla vigilanza nazionale, il penetrante e autonomo ruolo della Procura Europea possa rappresentare una novità di assoluta rilevanza.

Tutto ciò mette in primo piano l'esigenza primaria di assicurare la completezza e tempestività di informazione su ogni tratto del percorso relativo all'attuazione, in tutte le fasi, dei progetti del PNRR. Un'esigenza da soddisfare con tempestività e completezza particolarmente cogente ora più che mai visto che l'intervento straordinario dell'Unione ci vede beneficiari di questa mole di risorse concentrata in un lasso di tempo talmente breve da imporre, in prospettiva, urgenze attuative sempre più pressanti. Ovviamente la scarsa trasparenza sui progetti destinatari dei fondi e di quelli oggetto della recente rimodulazione fatta in corso d'opera, oltre ad attirare l'attenzione rappresenta un terreno fertile per incentivare ogni sorta di comportamenti illeciti, specie ad opera della criminalità organizzata: tratti ben noti e di particolare rilievo anche in tempi "normali".

Che questo sia un ovvio parere degli operatori e dell'opinione pubblica lo conferma una recente indagine che su tale preciso aspetto vede solo il 12% rispondere, con "ottimismo", che le vigenti normative siano un adeguato rimedio al rischio criminale a fronte di un 47% che si dichiara preoccupato al riguardo e del 40% residuale che si dichiara addirittura "rassegnato", non ritenendo realistico che – data l'unicità dell'occasione – il rischio criminale possa essere significativamente mitigato rispetto alla recente casistica relativa agli investimenti pubblici di casa nostra.

Queste opinioni trovano considerevole conforto in ulteriori evidenze che emergono da una serie di riscontri. L'EPPPO classifica l'Italia come il Paese più critico proprio sul fronte del PNRR: la riguardano 179 delle 206 indagini fatte o in corso per frodi. Un dato sostanzialmente in linea con la consolidata *performance* per quanto riguarda il totale dei fondi europei: nel 2023, delle 1.927 indagini attive, 618 (32%) riguardano l'Italia. Di queste 618 indagini, 160 hanno un carattere transnazionale e vedono 256 persone, rinviate a giudizio con una ben articolata distribuzione geografica che interessa Bologna, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Venezia, per un danno complessivo stimato pari a 7,38 miliardi di euro: cifra che sfiora il 40% del totale complessivo UE di oltre 19 miliardi e che fa dell'Italia il Paese con il valore più elevato in termini di danni al bilancio EU.

In 130 casi le indagini concernono reati di criminalità finanziaria, in 42 casi si indaga per atti di presunta corruzione e in 76 casi per il reato di

riciclaggio. In confronto ad altri Paesi EU, sempre nel 2023, 122 delle 339 indagini collegate a frodi transfrontaliere in materia di IVA, riguardano l'Italia, seguita dai 112 casi della Germania, dai 15 casi del Portogallo e dai 13 casi della Francia. Come era lecito attendersi, nel 2023 dominano le indagini relative al PNRR che rappresentano il 15% dei casi di frode gestiti da EPPO e il 25% dei danni stimati.

A proposito di PNRR e contrasto alle mafie, l'associazione *Libera* chiede lumi sulla vicenda dei 300 milioni che il PNRR aveva destinato a 200 progetti concernenti beni confiscati alla mafia nelle otto Regioni del Mezzogiorno che nel dicembre 2022 erano stati approvati con decreto secondo una graduatoria e relativi finanziamenti. Nel luglio 2023 il ministro competente ne aveva però annunciato lo stralcio dal PNRR e quindi il definanziamento. Ai Comuni originariamente destinatari non è giunto alcun documento ufficiale. Il via libera della Commissione EU alla proposta di revisione del PNRR sembrava escludere l'intervento sui beni confiscati. Il recente decreto del Governo individua invece altre fonti di finanziamento e ha istituito la figura di un commissario che costerà 1,6 milioni di euro, dilazionando i tempi di realizzazione di 3 anni rispetto al piano originale.

Nel prendere atto del quadro problematico con il quale si presenta il Paese all'attenzione di EPPO va segnalato come ulteriore aspetto delicato che – in aggiunta al controllo sulla legalità e correttezza amministrativa – si pone la questione se sia possibile attendersi – e direi augurarsi – un implicito mandato anche solamente di carattere segnaletico e suppletivo, che in nome e per conto, o in collaborazione con "altri" organismi comunitari, investa EPPO del compito di vigilare sulla correttezza formale e sostanziale dell'impiego delle risorse finanziarie europee sotto il profilo del rispetto delle due precise "condizionalità" che accompagnano le erogazioni EU nel nostro Paese.

Come noto, abbiamo ricevuto il massimo dei finanziamenti offerti – tutti richiesti – in base ad una valutazione oggettiva scaturita dall'applicazione di un rigoroso criterio di valutazione e quantificazione dei gravi problemi economici e sociali articolati territorialmente. Dei circa 200 Mld€, quelli concessi proprio sulla base di parametri territoriali spiegano oltre il 70% delle risorse. Essi sono la sintesi, la semplice registrazione, di una situazione che ha fotografato il rilievo economico e sociale del persistente dualismo: un divario territoriale che è rapidamente tornato ad aumentare nel corso di venti e più anni sotto molteplici forme, con squilibri che associano a quelli dell'economia, sempre più preoccupanti dinamiche demografiche ed istituzionali. Proprio l'intento di controllare e di contribuire ad invertire le più che ventennali dinamiche in atto che legittimano la mole di risorse offerte ha indotto la EU a porre precise condizionalità

affinché l'impiego delle risorse fosse chiaramente finalizzato alla significativa riduzione dei divari economici e sociali e all'obiettivo di accrescere la coesione sociale.

In estrema sintesi si intende valutare se all'approccio comunitario di intervento e di valutazione a consuntivo nel 2026, l'approccio adottato in Italia per adempiere alle condizionalità risulti adeguato o presenti invece elementi di debolezza e problematicità sia per carenze di visione strategica che caratterizzano l'intervento messo in atto, sia – più specificamente – per una *governance* dell'intervento che in aggiunta alla debolezza strategica e progettuale, sconta serie difficoltà di azione allocativa e di implementazione operativa che appaiono coerenti a soddisfare le condizionalità. Il rischio che si profila è di pregiudicare tempestività ed efficacia degli interventi e, di conseguenza, di conseguire risultati deludenti, insufficienti e – a lungo termine – inefficienti.

I limiti di indirizzo strategico e di modello di *governance* rendono a loro volta più concreti i rischi connessi al controllo dei processi di intermediazione ed erogazione di una così imponente mole di risorse, accentuati dalla notevole farraginosità delle procedure del Sistema Italia che spesso condizionano la regolare attività amministrativa con effetti sull'efficacia, trasparenza e utilizzo ottimale delle risorse pubbliche.

Per comprendere quanto rilevante possa essere il complesso degli ostacoli che si frappongono oggi alla migliore attuazione del PNRR, rileva – senza potere qui entrare dettagliatamente nel merito – il confronto tra il PNRR e la Cassa per gli interventi straordinari nel Mezzogiorno, Agenzia che fu protagonista di tutte le fasi dell'intervento pubblico centrale fino a metà degli anni Settanta.

Senza entrare nel merito dell'efficacia della fase "pura" dell'azione della Cassa (1951-1974), precedente all'entrata in campo delle Regioni che ne minarono rapidamente la natura di eccellenza, il confronto tra quella Cassa e l'oggi va fatto rispetto alle "famigerate" Unità di missione ministeriali e – in una prospettiva ormai probabile – rispetto alla istituenda ultra-ministeriale Cabina di regia della Zona Speciale Unica del Mezzogiorno (ZSU).

Paradossalmente, nel modello di allora, la Cassa era un autonomo strumento operativo per realizzare un programma ben preciso e definito, del quale lo Stato era il regista. Oggi le ingombranti Cabine di regia o Unità di missione si conformano rigorosamente agli adempimenti che promanano da un referente Stato-arbitro del quale sono parte integrante ed il cui prioritario intento dichiarato e prevalente è quello di fungere da regolatore del mercato e della concorrenza-competizione.

Lo Stato, arbitro al comando, subentrato allo Stato regista, porta asuefazione, dipendenza, marginalizzazione delle strategie attive consoli-

dando una visione difficile da dismettere anche quando la radice ideologica di quell'approccio è ampiamente obsoleta.

Nel caso del PNRR questa debolezza è resa particolarmente evidente quando si consideri la interpretazione data alla doppia transizione del NGEU, tarata al 2030 e al 2050, che ci vede "follower" poco consapevoli e soprattutto inerti rispetto al possibile ruolo di protagonisti nella transizione e nello sviluppo di quella strategia per la cui realizzazione l'UE fissa le tappe.

Ne risulta mortificata, nel PNRR, la centralità di una visione di sistema a partire dall'esigenza di colmare una carenza di visione logistica della condizione di "bene posizionale mediterraneo" del Paese che, a sua volta, dovrebbe indicare la ottimale transizione energetica del Paese che non ha trovato fino ad oggi adeguato e concreto riscontro esponendosi al rischio di adagiarsi sull'opzione di un PNRR manutentivo – cioè di correzioni di breve-medio termine – tale da condizionare e metterne in forse l'esito finale. Evitare la insufficienza di un intervento di manutenzione del sistema significa mancare l'opportunità di realizzare, con le ingenti risorse dell'Unione europea, il necessario salto strutturale con effetti sociali tali da vanificare anche il successo "minimale" di una manutenzione utile a dare ossigeno al Sistema.

In altri termini, il futuro dipenderà dalla consapevole capacità di recuperare una efficace regia di sistema.

Il relativo percorso può ben essere illustrato mettendo a confronto lo strumento selezionato che ha prevalso e continua a prevalere rispetto a quanto sarebbe logico attendersi da una regia che affronti il tema dei divari di cittadinanza affrancandosi da un modello allocativo delle risorse ricorrendo ottusamente al sistema deresponsabilizzante dei "bandi competitivi" in totale adesione al rinunciatario compito di essere "arbitro".

II. Bandi competitivi: limiti, rischi e paradossi del PNRR

Nell'ormai consolidata dinamica del Governo del PNRR, giunto oltre alla metà del guado, il ricorso al sistema allocativo dei bandi competitivi ha rappresentato una scelta di fondi senza alternative anche nei numerosi e significativi ambiti nei quali non ha alcun senso allocare le risorse facendo ricorso ad un simile strumento, tanto più se del tutto impropriamente lo si qualifica "competitivo". Il ricorso al "bando competitivo" in realtà è una soluzione molto utile per deresponsabilizzare le autorità chiamate a gestire quelle risorse, con ciò rinunciando a imprimere al PNRR un indirizzo strategico almeno tendenzialmente in linea con le condizionalità chiaramente espresse dall'Unione europea.

Questa scelta evidenzia un approccio ideologico che sacrifica alle virtù formali del mercato e della competizione l'efficacia programmatica di orientare e decidere la destinazione più appropriata degli interventi. Ciò configura un problema grave non di legalità ma di irresponsabile lesione dell'interesse nazionale e del connesso impegno di conseguire le condizionalità con le quali l'Unione europea ha motivato la messa a disposizione delle risorse.

Logica vorrebbe che – come si interviene per prevenire o reprimere reati – si debba, nella fattispecie, prevedere un incisivo potere di supervisione, indirizzo e sanzione sul perseguimento degli obiettivi posti dalle condizionalità esplicitate. Un processo da attuare tempestivamente e non *a posteriori* quando sarebbe utile solo a certificare l'inefficacia del metodo allocativo prescelto (appunto i bandi) e a sanzionare lo Stato "inadempiente".

Questa problematica emerge ed è ben illustrata nel caso in esame, visto che lo strumento del bando competitivo è adottato per gli interventi che il PNRR intende affidare ai Comuni per dotare i territori di "attrezzature" indispensabili per la fruizione di elementari diritti di cittadinanza.

A conseguire un simile obiettivo non giova – anzi nuoce – una inutile competizione tra Comuni ricchi e poveri per poi arrampicarsi sugli specchi a garanzia di fantomatiche quote auspicate e non garantite con la cogenza – ad esempio – dell'art. 7 della legge n. 835 del 1971 che fu in vigore fino al 1993. In questi ambiti di intervento, la logica economica e l'obiettivo sociale da condividere suggeriscono di pianificare dal Centro, sulla scorta di una preventiva ispezione ed interlocuzione con i territori, un progetto di intervento che assicuri alla cittadinanza livelli *standard* fondamentali, il più possibile omogenei e nel minor tempo possibile. Un percorso che oltre alla coerente allocazione delle risorse, ne garantisca la loro erogazione attraverso i canali operativi che meglio ne assicurino la realizzazione in corrispondenza alla strategia individuata.

Un classico terreno per avviare speditamente questo approccio è l'ambito di fondamentale rilevanza sociale e civile rappresentato dalla scuola, a iniziare fin dal "primo livello" degli asili nido.

Messo alla prova, proprio su questo fronte, il Governo del PNRR ha sostanzialmente fallito pur disponendo di una accuratissima analisi censuaria delle scuole presenti sul territorio per ogni istituto (dotazioni, grado di manutenzione, mense, palestre ecc.). La scelta non è stata quella di investire le risorse stanziare con il criterio di incidere sui divari da colmare, bensì quella di affidarsi, all'esito dei bandi competitivi, ai singoli Comuni, potenziali beneficiari, ai quali veniva chiesto di partecipare. Come era ovvio, l'approccio ha prodotto, in tempi oltremodo dilatati, risultati socialmente paradossali che non sorprendono e confermano che l'adozione dello

strumento competitivo è logicamente tributario della precettistica del modello di "regolazione di Basilea" dominante nel settore del credito che – in assenza di correttivi (e quelli attuali sono davvero blandi) – inesorabilmente conduce a privilegiare chi più ha e a penalizzare chi in teoria dovrebbe (in una prospettiva "sociale") avere di più, con il risultato di mantenere invariate se non di incrementare le distanze.

La logica di Basilea se può avere una giustificazione – e ciò è controverso – sul terreno del settore del credito perché presume di premiare chi si dimostra efficiente e condannare chi non lo è prescindendo da fattori che pur hanno una significativa incidenza sulle *performance*, è del tutto fuori luogo – anzi controproducente – quando si affida ai bandi il compito di incidere sulla determinazione e gestione dei diritti sociali e civili di cittadinanza. Un aspetto che dovrebbe risultare lapalissiano per chi li governa e che in tutta evidenza ancor non lo è.

Appurato che non ha senso applicare logiche premiali e tanto meno sollecitare una impari competizione, laddove si tratta di lavorare per garantire, nei limiti del possibile, "uguali punti di partenza", sarebbe più onesto – per un Centro "informato" – affrontare il problema adottando la strategia di pianificare, programmare (se il termine è più accettabile) con chiarezza una allocazione delle risorse ispirata ad una precisa e mirata progettazione del riequilibrio nella misura resa esplicitamente chiara, cogente e necessaria su scala territoriale.

Questo dovrebbe essere l'approccio del PNRR che promana dal Centro sui cui doveri di regia non dovrebbero esserci dubbi. Un Centro che ha l'evidente responsabilità di decidere, previa consultazione e confronto con le diverse qualificazioni dell'ambiente di riferimento, attento ad assolvere al meglio le condizionalità ben note che impongono l'esplicitazione della strategia a sua volta mirata al dovere primario di garantire i fondamentali "diritti di cittadinanza".

Gestire l'intervento straordinario sull'Italia affidato al PNRR privilegiando la logica, illegittima e deresponsabilizzante dei bandi competitivi, in settori chiave nei quali questo intervento è indispensabile (capitale umano, salute, mobilità) rappresenta una torsione ideologica ancor più che metodologica che, condizionando impropriamente ambiti particolarmente delicati, ha effetti strettamente incidenti per efficienza e efficacia sul perseguimento delle condizionalità poste dalla EU sulle risorse ed il loro impiego in coerenza alle condizionalità. Né vale l'argomento che non si dispone oggi di strumenti straordinari all'altezza dell'intervento. In altri termini la (voluta) mancanza dello "strumento Cassa" non ha validità; è semmai da lamentare che il "modello Cassa" non sia stato minimamente considerato come un prototipo non da adottare bensì da emulare.

III. Metodo e strumenti di intervento: dalla CASSA al PNRR

Rifarsi alla storia è non solo utile ma necessario specie se i problemi per i quali si è chiamati ad intervenire sono stati affrontati e gestiti con efficacia in un passato non proprio remoto.

Per iniziare, è ovvio, occorre una seria, preliminare valutazione delle esigenze, basate su dati recenti, attuali e prospettici delle dinamiche demografiche, economiche, ecc. in atto, indispensabili per parametrare (è il caso degli asili, ma anche delle scuole, così come delle strutture sanitarie, delle infrastrutture territoriali: strade, ferrovie, porti, ecc.) lo sforzo necessario ad una implementazione adeguata a realizzare su scala "nazionale" una perequazione coerente alle condizionalità partendo da un realistico confronto con le dinamiche attuali dei territori e nel lungo periodo.

Ciò appare tanto più necessario sapendo che le urgenze poste dal PNRR dovrebbero mirare a realizzare la perequazione strutturale nel brevissimo arco temporale – un quinquennio – e che è impossibile colmare i differenziali in così poco tempo. È quindi necessario che la perequazione infrastrutturale del PNRR oltre ad essere avviata, prosegua con una idonea gestione della spesa ordinaria (corrente e in conto capitale); un lascito di massima importanza, affidato alla politica ordinaria, tanto più che, come è realistico prevedere, dopo il 2026 al venir meno del novello intervento straordinario subentrerà il "razionamento" connesso ai vincoli posti dal nuovo patto di stabilità e crescita e dalla sostenibilità del debito. Questi vincoli saranno tanto meno condizionanti quanto più sarà restaurata la capacità di sviluppo del Paese, in particolare nel Mezzogiorno – obiettivo del PNRR – con un carattere che non sia quello di una fiammata transeunte, ma un impegno a carattere strutturale. Le azioni perequative proprie dell'intervento straordinario dovrebbero perciò proseguire attraverso una strategia in grado di garantire un sostenuto ritmo di crescita: ipotesi tanto più realistica quanto più – come insegna l'esperienza di un lontano passato – il Mezzogiorno emerga come "secondo motore" ad accompagnare e dare lustro alla stella del Made in Italy.

IV. La straordinarietà possibile senza Cassa, il ruolo della sussidiarietà

In questo percorso va preso in seria considerazione il ruolo di una categoria, la sussidiarietà, inserita in Costituzione (artt. 118 e 120) nelle sue accezioni orizzontale e verticale che è utile (e solo marginalmente lo si è fatto) a fornire strumenti operativi anche di carattere "straordinario", funzionali a sopperire all'assenza della Cassa.

Il contributo della sussidiarietà orizzontale è di saper cogliere – mobilitando opportunamente attori e risorse private – le opportunità per intervenire su squilibri territoriali e sociali. L'espressione più diffusa con la quale ad essa ci si riferisce è quel "Privato Sociale" (PS) *in primis* istituzionalizzato nel 1990 con il prototipo, certo non esclusivo ma indubbiamente preminente, delle Fondazioni di origine Bancaria (FOB) il cui ruolo potenziale soffre il grande limite posto dai vincoli territoriali di ordine statutario che attualmente condizionano l'efficacia di questo agente privato, di fatto operativo nel Centro-Nord, area destinataria del loro intervento, con ovvi effetti territoriali inevitabilmente differenziati delle multiformi iniziative della loro azione di sussidiarietà orizzontale. In effetti la discontinua presenza territoriale del PS che limita la potenzialità della sussidiarietà orizzontale rinvia all'intervento in funzione compensativa della sussidiarietà verticale alla quale l'esperienza del PS settentrionale propone utili esempi e metodi d'intervento pubblico replicabili là dove le FOB sono inesistenti o del tutto marginali.

A giudicare dall'esperienza, questa opportunità risulta quasi del tutto trascurata ed anzi, a ben vedere, il nesso tra intervento pubblico e quello del PS manifesta una correlazione di segno opposto.

Esemplare il criterio di assegnazione di risorse pubbliche ad opera del Fondo Unico per lo Spettacolo dal Vivo (FUS) che premia con ulteriori risorse gli enti che accedono al sostegno delle FOB; parimenti squilibrante è la premialità del meccanismo dell'*Art Bonus*. Dovrebbe essere del tutto evidente che la premialità legata alle erogazioni delle FOB prevista nel bando del FUS viola i principi di corretta distribuzione di risorse pubbliche (e non a caso contraddice impunemente e clamorosamente i criteri territoriali declamati nel bando del FUS). Insistere su questi errori di base frena se non impedisce un equo e appropriato sviluppo della sussidiarietà orizzontale.

Quanto al tema decisivo della "messa a terra" delle risorse, esso, sinteticamente, rinvia ad una indispensabile, preliminare capacità di progettazione adeguata alla sfida di soddisfare idonei *standard* qualitativi.

Sarebbe assurdo – ma è tutt'altro che scontato stando all'esperienza in corso – che ciò non avvenga e si proceda affrontando il problema in forma dispersa e disomogenea laddove è possibile, anzi doveroso compito del Governo, definire a livello nazionale prototipi di idonee strutture che corrispondano, con le opportune diverse modularità, ai fabbisogni da soddisfare (asili, scuole, mense, ambulatori, RSA, ecc.) la cui identificazione specifica va affidata dal Centro ad esperti con il concorso di Ministeri, Università, Centri di ricerca dei territori, Agenzie per la Coesione, ecc. Organizzare a questo scopo *pool* di competenze perfettamente in grado di affrontare la rapida predisposizione progettuale dei moduli da realizzare in

conformità alle esigenze esplicitate dalle competenti autorità locali: Comuni, Province, Città Metropolitane, a valere sui fondi del PNRR è tutt'altro che una suggestiva aspirazione. È anzitutto replicare il "metodo Cassa". Infatti, se oggi manca la Cassa, non per questo è impossibile dotare l'attuale intervento straordinario (il PNRR) di non uno ma più strumenti parimenti straordinari, potenzialmente, più rapidi e poliedrici di quelli a suo tempo propri della Cassa. In questo ambito e a tali fini è importante la funzione della sussidiarietà verticale, chiamando direttamente in causa la regia del decisore politico cui spetta il compito di promuovere, organizzare e strutturare con una specifica e precisa identità l'attivazione di quella "Terza Missione" che è parte integrante (fino ad ora più mitizzata che praticata) prevista negli statuti di tutti gli enti pubblici di ricerca (Università, CNR, ENEA).

Si tenga conto che oggi l'intervento straordinario investe tutto il Paese e non solo il Mezzogiorno, motivo in più per dotare di strumenti straordinari i territori con l'intento di evitare insostenibili lacerazioni interne del tessuto connettivo del Sistema Italia – grande malato d'Europa.

La saggezza "preventiva" del Governo va messa alla prova e valutata dalla risposta al quesito se è possibile prospettare una soluzione simile. Direi proprio di sì, non meno di quanto fu possibile negli anni '50 e '60 attrezzarsi in modo adeguato per realizzare un programma di intervento definito – non per caso – straordinario.

Un utile approccio fortemente progettuale ed operativo oggi indispensabile è al contempo disponibile e può applicarsi a tutto ciò che riguarda il governo del territorio (diritti, strade, acque, energia e risorse idriche, frane, dighe, viabilità).

Su questo complesso coacervo di interventi, specie nel Mezzogiorno continentale è auspicabile strutturare il coordinamento tecnico-operativo recuperando il patrimonio dell'intervento che in passato vide protagonista esemplare la Cassa e che oggi consente – più che al Centro-Nord – di contare su competenti presidi regionali operativi che operano – esempio rilevante – in seno al "Bacino idrografico dell'Appennino Meridionale". Quei nuclei regionali già interfacciati con il mondo della ricerca, sono in grado di coordinare, partecipare e garantire operativamente un collegamento organico con competenze complementari e variegate e fungere da riferimento tecnico-operativo essenziale per istruire e supportare gli enti territoriali nella identificazione, elaborazione e realizzazione dell'intervento progettuale sul delicato versante della cura del territorio e della promozione in automatico, in questo ambito, dei diritti di cittadinanza.

Non penso sia necessario spendere molto tempo per comprendere quanto un approccio di questo genere, oltre ad "eliminare" la competitività

dei bandi possa assicurare sulla "regolarità" delle decisioni prese e – soprattutto – della loro realizzazione con un livello di legalità che, raccordando istituzioni regolate e mercato, sarebbe più rassicurante e probabilmente superiore a quello che la tecnica degli appalti e subappalti a cascata ora privilegia.

La difficoltà da superare, in realtà, è rappresentata dal rifiuto del confronto tra il metodo dei "bandi" con un modello alternativo, noto e non praticato non per concrete difficoltà bensì per preclusione (ideologica e illogica) a "scegliere" di esercitare la regia con il metodo, le norme e gli strumenti più adeguati.

Adriano Giannola**

SINTESI

Nel presente articolo vengono tenute presenti le funzioni dell'EPPO con l'Italia in evidenza.

L'oggetto di maggiore attenzione per l'Autore è l'andamento del PNRR finanziato con i fondi provenienti dal bilancio dell'Unione europea. Il PNRR replica l'intervento straordinario effettuato dalla Cassa del Mezzogiorno dal 1951 agli anni Settanta del secolo scorso, oggi esteso all'intera Italia, "malato d'Europa".

Mentre però con la Cassa del Mezzogiorno, strumento autonomo, è stata realizzata una strategia di cui lo Stato italiano è stato il regista, nel PNRR lo Stato si limita invece a svolgere il ruolo di arbitro. I ruoli differenti incidono purtroppo sotto molti profili e, in particolare, sulla funzione allocativa.

L'Autore, in conclusione, rievocando i risultati positivi realizzati nel corso degli anni dalla Cassa del Mezzogiorno, auspica che i metodi adottati dalla stessa Cassa possano essere imitati dagli Enti e dalle istituzioni che riceveranno i finanziamenti erogati in base al PNRR.

ABSTRACT

In this article, the functions of the EPPO with Italy in the spotlight are taken into account. The subject of the author's greatest attention is the development of the PNRR financed with funds from the European Union budget. The PNRR replicates the extraordinary intervention carried out by the Cassa del Mezzogiorno from 1951 to the seventies of the last century, now extended to the whole of Italy, "sick of Europe". However, while with the Cassa del Mezzogiorno, an autono-

** Emerito di Economia bancaria / Università Federico II di Napoli; Presidente SVIMEZ

mous instrument, a strategy was implemented of which the Italian State was the director, in the PNRR the State is instead limited to playing the role of arbitrator. Unfortunately, the different roles affect in many respects and, in particular, on the allocative function. In conclusion, the Author, recalling the positive results achieved over the years by the Cassa del Mezzogiorno, hopes that the methods adopted by the Cassa del Mezzogiorno can be imitated by the bodies and institutions that will receive the funding disbursed on the basis of the PNRR.

IL SISTEMA DI RENDICONTAZIONE E CONTROLLO DEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA (PNRR)*

Sommario: **1.** *PNRR: uno strumento di performance* - **2.** *Le missioni del Piano* - **3.** *Le riforme del Piano* - **4.** *I principi trasversali* - **5.** *Focus: il principio Do Not Significant Harm (DNSH)* - **6.** *Milestone e Target* - **7.** *La governance del PNRR* - **8.** *Il ruolo di coordinamento tecnico-operativo del Ministero dell'economia e delle finanze* - **9.** *La missione delle ragionerie territoriali dello Stato (RTS)* - **10.** *Il "Tavolo di coordinamento per la rendicontazione e il controllo del PNRR" e la "Rete dei referenti antifrode PNRR"* - **11.** *Il modello di attivazione degli investimenti PNRR ed il ruolo delle Amministrazioni titolari delle misure PNRR e dei soggetti attuatori* - **12.** *Il sistema dei controlli e della rendicontazione del PNRR - Le tipologie di controllo* - **13.** *Governance e livelli di rendicontazione e controllo PNRR* - **14.** *Il flusso di rendicontazione della performance (Milestone e Target)* - **15.** *Il flusso di rendicontazione delle spese* - **16.** *Aspetti innovativi e principali iniziative adottate in tema di "protezione degli interessi finanziari dell'UE e lotta antifrode"* - *Il Protocollo d'intesa con la Guardia di Finanza* - **17.** *La strategia generale antifrode PNRR* - **18.** *Il rilascio in uso alle amministrazioni centrali delle piattaforme antifrode "ARACHNE" e "PIAF"* - **19.** *Il flusso di comunicazione con la Procura europea (European Public Prosecutor Office - EPPO)* - **20.** *Adozione di strumenti operativi tematici per le Amministrazioni titolari di misure PNRR e i soggetti attuatori* - **21.** *Conclusioni.*

* Testo della relazione presentata al Convegno tenutosi a Napoli il 27 ottobre 2023 su «*La Procura europea e i controlli sulle erogazioni dei fondi PNRR*» organizzato nell'Università Federico II, con il patrocinio di AISDUE - Associazione Italiana Studiosi di Diritto dell'Unione Europea, e destinata ad essere inserita nel volume contenente gli Atti del Convegno, in corso di pubblicazione, con i tipi della Casa editrice Editoriale Scientifica di Napoli.

1. PNRR: uno strumento di *performance*

Il *Recovery and Resilience Facility* (RRF) rappresenta, all'interno del complesso e variegato quadro delle politiche economiche europee, il primo ed innovativo strumento orientato alla c.d. *performance*, ossia a risultati concreti e tangibili da conseguire attraverso l'adozione di riforme e la realizzazione di investimenti che abbracciano un'ampia gamma di settori della vita economica e sociale dei Paesi dell'Unione europea.

Non a caso, l'RRF nasce come risposta dell'Unione europea alla crisi pandemica ed alle sue conseguenze per i sistemi di assistenza sanitaria degli Stati membri, ma anche per risolvere nodi strutturali che ostacolano la crescita e la competitività nei territori dell'Unione. Esso si inserisce nella più ampia strategia dell'iniziativa Next Generation EU, volta a rafforzare il percorso di integrazione europea in uno dei più difficili periodi della storia recente che sta mettendo a dura prova le economie, il benessere e le società del continente europeo.

Il Next Generation EU rappresenta un importante cambio di paradigma per l'Unione europea: i 27 Stati membri hanno concordato di mettere in campo strumenti di debito comune per reperire risorse sui mercati globali da destinare al finanziamento di investimenti e riforme, con l'obiettivo di trasformare le traiettorie di sviluppo socioeconomico.

Per quanto riguarda l'Italia, l'obiettivo essenziale del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), non è, infatti, come troppo spesso affermato da più parti, quello di spendere denaro e di rendicontarne l'utilizzo alla Commissione europea secondo le dinamiche proprie dei c.d. fondi strutturali e di investimento (fondi SIE), bensì quello di conseguire in modo "soddisfacente", in accordo con la Commissione stessa, riforme e investimenti che, a prescindere dalle somme effettivamente utilizzate, siano in grado di esplicitare gli attesi effetti strutturali, di medio e lungo termine, sull'economia del Paese.

Il PNRR e gli strumenti ad esso collegati prevedono, tra l'altro, investimenti nei settori della transizione ecologica, della trasformazione digitale, del trasporto ferroviario e della ricerca scientifica, oltre a introdurre nuovi "paradigmi" nell'istruzione e nella formazione e nuovi servizi per migliorare il mercato del lavoro e creare occasioni di impiego per lavoratrici, lavoratori ed imprese.

Come detto, il disegno non si limita all'investimento di risorse finanziarie: infatti, uno dei principi guida del PNRR è la necessaria e stretta integrazione fra riforme e finanziamenti, poiché nessuna strategia di investimento può esprimere da sola tutto il suo potenziale, se non è integrata da ambiziose riforme strutturali.

In tale ottica, il PNRR include fondamentali riforme, sia di carattere trasversale (tra cui la riforma della giustizia, la riforma della pubblica amministrazione, il nuovo codice degli appalti, la legge sulla concorrenza), sia settoriale, come quelle sul lavoro sommerso, sulle disabilità, sui trasporti pubblici locali; si tratta di innovazioni molto importanti che dovrebbero incidere sulla produttività e sulla competitività del sistema Italia nel medio e lungo termine.

Il Piano si caratterizza, altresì, per l'inclusività che è declinata lungo tre dimensioni principali: «parità di genere», «inclusione giovanile» e «riduzione delle disparità territoriali». Per quest'ultimo obiettivo, in particolare, è stato programmato il prioritario impiego per il Sud di circa il 40% delle risorse totali attivabili, al fine di perseguire con forza il superamento del divario con il Nord.

Il Piano è, in estrema sintesi, la più grande occasione offerta al Paese per riprendere un percorso di crescita economica sostenibile e duraturo e rimuovere gli ostacoli che hanno bloccato lo sviluppo negli ultimi decenni, criticità che la stessa Commissione europea ha evidenziato più volte nei suoi rapporti annuali.

2. Le missioni del Piano

Il PNRR è passato dalle originarie 6 Missioni alle 7 attuali, ovvero:

- la **Missione 1** che ha lo scopo di sostenere la transizione digitale del Paese nella modernizzazione della Pubblica Amministrazione, nelle infrastrutture di comunicazione e nel sistema produttivo. Ha quindi l'obiettivo di garantire la copertura di tutto il territorio con reti a banda ultra-larga, migliorare la competitività delle filiere industriali, agevolare l'internazionalizzazione delle imprese. Investe, inoltre, sul rilancio di due settori che caratterizzano l'Italia come il turismo e la cultura;

- la **Missione 2** volta a realizzare la transizione verde ed ecologica della società e dell'economia per rendere il sistema sostenibile e garantire la sua competitività. Comprende interventi per l'agricoltura sostenibile e per migliorare la capacità di gestione dei rifiuti, programmi di investimento e ricerca per le fonti di energia rinnovabili, investimenti per lo sviluppo delle principali filiere industriali della transizione ecologica e la mobilità sostenibile. Prevede, inoltre, azioni per l'efficientamento del patrimonio immobiliare pubblico e privato, iniziative per il contrasto al dissesto idrogeologico, per salvaguardare e promuovere la biodiversità del territorio, per garantire la sicurezza dell'approvvigionamento e la gestione sostenibile ed efficiente delle risorse idriche;

- la **Missione 3** con l'obiettivo di rafforzare ed estendere l'alta velocità ferroviaria nazionale e potenziare la rete ferroviaria regionale, con una particolare attenzione al Mezzogiorno. Essa mira al potenziamento dei servizi di trasporto merci, secondo una logica intermodale in relazione al sistema degli aeroporti e a promuovere l'ottimizzazione e la digitalizzazione del traffico aereo. Punta, infine, a garantire l'interoperabilità della piattaforma logistica nazionale (PNL) per la rete dei porti.

La Missione mira quindi a rendere, entro il 2026, il sistema infrastrutturale più moderno, digitale e sostenibile, in grado di rispondere alla sfida della decarbonizzazione indicata dall'Unione europea con le strategie connesse allo *European Green Deal* (in particolare la "strategia per la mobilità intelligente e sostenibile", pubblicata il 9 dicembre 2020) e di raggiungere gli obiettivi di sviluppo sostenibile individuati dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite.

Complessivamente, gli investimenti previsti sono coerenti con la strategia nazionale sulla mobilità del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili (MIMS), come delineata nel documento di programmazione "Italia Veloce" allegato al DEF 2020;

- la **Missione 4** che punta a colmare le carenze strutturali, quantitative e qualitative, dell'offerta di servizi di istruzione nel nostro Paese, in tutto in ciclo formativo. Essa prevede interventi destinati all'aumento dell'offerta di posti negli asili nido, a favorire l'accesso all'università, a rafforzare gli strumenti di orientamento e riforma il reclutamento e la formazione degli insegnanti includendo anche un significativo rafforzamento dei sistemi di ricerca di base e applicata e nuovi strumenti per il trasferimento tecnologico, per innalzare il potenziale di crescita;

- la **Missione 5** che investe nelle infrastrutture sociali, rafforzando le politiche attive del lavoro e sostenendo l'imprenditoria femminile. Essa prevede interventi di miglioramento del sistema di protezione per le situazioni di fragilità sociale ed economica, per le famiglie, per la genitorialità e promuove inoltre il ruolo dello sport come fattore di inclusione con un'attenzione specifica alla coesione territoriale, col rafforzamento delle Zone Economiche Speciali e la Strategia nazionale delle aree interne. Infine, prevede il potenziamento del Servizio Civile Universale e la promozione del ruolo del terzo settore nelle politiche pubbliche;

- la **Missione 6** focalizzata su due obiettivi: il rafforzamento della prevenzione e dell'assistenza sul territorio, con l'integrazione tra servizi sanitari e sociali, e l'ammodernamento delle dotazioni tecnologiche del Servizio Sanitario Nazionale (SSN). Inoltre, essa prevede il potenziamento del Fascicolo Sanitario Elettronico e lo sviluppo della telemedicina e sostiene

le competenze tecniche, digitali e manageriali del personale del sistema sanitario, oltre a promuovere la ricerca scientifica in ambito biomedico e sanitario;

- la **Missione 7** inserita da ultimo all'interno del PNRR con il Regolamento (Ue) n. 2023/435 del 27 febbraio 2023, entrato in vigore il 1° marzo 2023, che ha consentito agli Stati membri di prevedere appositi capitoli REPowerEU, oltre alle possibilità di rimodulazione di quelle originariamente previste. La nuova Missione è costituita da 5 riforme e 17 investimenti ed è volta a rafforzare le reti di trasmissione e distribuzione sia dell'energia elettrica sia del gas, accelerare la produzione di energia rinnovabile, ridurre la domanda di energia, aumentare l'efficienza energetica e digitale, creare le competenze nei settori pubblico e privato per la transizione verde nonché promuovere le catene del valore delle energie rinnovabili e dell'idrogeno attraverso misure che facilitino l'accesso al credito e ai crediti d'imposta.

3. Le riforme del Piano

Il PNRR è, innanzitutto, un Piano di riforme.

Questo rappresenta il primo e più importante elemento di novità rispetto al passato. Sebbene, infatti, la quasi totalità delle riforme previste dal PNRR non preveda spese (e, quindi, non trovano “copertura” con fondi RRF), la dimostrazione alla Commissione del loro soddisfacente conseguimento rappresenta presupposto fondamentale per l'erogazione delle risorse RRF che sono destinate a finanziare gli investimenti del Piano stesso.

Le linee di investimento PNRR, quindi, sono indissolubilmente connesse ad una strategia di riforme orientata a migliorare le condizioni regolatorie e ordinamentali di contesto e ad incrementare stabilmente l'equità, l'efficienza e la competitività del Paese.

In questo senso, le riforme devono considerarsi, allo stesso tempo, parte integrante dei Piani nazionali e catalizzatori della loro attuazione.

In particolare, gli investimenti previsti nel PNRR sono accompagnati da 63 riforme strutturali per il Sistema Paese, identificabili e sintetizzabili in 3 macro-tipologie:

- **riforme orizzontali**, le quali consistono in innovazioni strutturali dell'ordinamento, d'interesse trasversale a tutte le Missioni del Piano, idonee a migliorare l'equità, l'efficienza e la competitività e, con esse, il clima economico del Paese. Il Piano ne individua in particolare due, ossia la riforma della pubblica amministrazione e la riforma del sistema giudiziario;

- **riforme abilitanti**, che consistono in interventi funzionali a garantire l'attuazione del Piano e, in generale, a rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese. Tra questi ultimi interventi, si annoverano le misure di semplificazione e razionalizzazione della legislazione e quelle per la promozione della concorrenza;

- **riforme settoriali**, contenute all'interno delle singole Missioni del Piano, le quali consistono in innovazioni normative relative a specifici ambiti di intervento o attività economiche, destinate a introdurre regimi regolatori e procedurali più efficienti nei rispettivi ambiti settoriali (ad esempio, senza pretesa di esaustività, le procedure per l'approvazione di progetti su fonti rinnovabili, o la normativa di sicurezza per l'utilizzo dell'idrogeno, la legge quadro sulla disabilità, la riforma della non autosufficienza, il Piano strategico per la lotta al lavoro sommerso, i servizi sanitari di prossimità).

4. I principi trasversali

Per essere efficace, strutturale e in linea con gli obiettivi del pilastro europeo dei diritti sociali, il PNRR deve, altresì, assicurare pari opportunità a tutti i cittadini. La persistenza di disuguaglianze di genere, così come l'assenza di pari opportunità, non è infatti solo un problema individuale, ma è un ostacolo significativo alla crescita economica. Per questo motivo le Missioni del PNRR condividono priorità trasversali, relative alle pari opportunità generazionali, di genere e territoriali. Le riforme e gli investimenti, infatti, sono valutati sulla base dell'impatto che avranno nel recupero del potenziale dei giovani, delle donne e dei territori, e nelle opportunità fornite a tutti, senza alcuna discriminazione.

Questa attenzione trasversale, articolata puntualmente in tutte le missioni del PNRR, corrisponde anche alle Raccomandazioni specifiche della Commissione (CSR) europea sull'Italia del 2019 e del 2020, e viene attuata con la previsione di determinate condizionalità per gli interventi PNRR rispetto all'assunzione di giovani e donne e alla valorizzazione dei territori più svantaggiati, attraverso, ad esempio, l'inserimento di specifiche clausole premiali per le offerte orientate verso tali obiettivi.

5. Focus: il principio *Do Not Significant Harm* (DNSH)

Nell'ottica del raggiungimento degli obiettivi climatici, tutto il PNRR è informato al rispetto delle previsioni del Regolamento e degli atti dele-

gati della Commissione del 4 giugno 2021¹, le quali indicano i criteri generali affinché ogni singola attività economica non determini un “danno significativo”.

In particolare, sulla base del sistema di tassonomia delle attività eco-sostenibili, un'attività economica arreca un danno significativo²:

- alla *mitigazione dei cambiamenti climatici*, se porta a significative emissioni di gas serra (GHG);

- all'*adattamento ai cambiamenti climatici*, se determina un maggiore impatto negativo del clima attuale e futuro, sull'attività stessa o sulle persone, sulla natura o sui beni;

- all'*uso sostenibile o alla protezione delle risorse idriche e marine*, se è dannosa per il buono stato dei corpi idrici (superficiali, sotterranei o marini) determinandone il loro deterioramento qualitativo o la riduzione del potenziale ecologico;

- all'*economia circolare, inclusa la prevenzione, il riutilizzo ed il riciclaggio dei rifiuti*, se porta a significative inefficienze nell'utilizzo di materiali recuperati o riciclati, ad incrementi nell'uso diretto o indiretto di risorse naturali, all'incremento significativo di rifiuti, al loro incenerimento o smaltimento, causando danni ambientali significativi a lungo termine;

- alla *prevenzione e riduzione dell'inquinamento*, se determina un aumento delle emissioni di inquinanti nell'aria, nell'acqua o nel suolo;

- alla *protezione e al ripristino di biodiversità e degli ecosistemi*, se è dannosa per le buone condizioni e resilienza degli ecosistemi o per lo stato di conservazione degli *habitat* e delle specie, comprese quelle di interesse per l'Unione europea.

Sulla base di questi criteri, in fase di predisposizione del PNRR, è stata valutata la conformità con il principio del DNSH di ogni singola Misura, attraverso la compilazione di schede di auto-valutazione standardizzate, coerentemente con il testo del Regolamento (Ue) n. 2020/852 e le indicazioni operative della Commissione, al fine di assicurare *ex ante* che nessuna Misura del Piano arrecasse danno agli obiettivi ambientali.

Successivamente, l'intero sistema di rendicontazione della *performance* prevede il costante controllo, ove applicabile, del rispetto del principio del DNSH in tutte le fasi di realizzazione degli investimenti PNRR.

¹ Regolamento delegato (Ue) n. 2021/2139 che integra il Regolamento (Ue) n. 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio).

² Art. 17 del Regolamento (Ue) n. 2020/852.

6. *Milestone e Target*

Come già detto, vero e proprio elemento di novità rispetto al passato, è da rinvenirsi nella natura intrinseca del Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza (RRF) che si sostanzia in Piani nazionali così detti *performance based* e non in Piani di spesa.

Il PNRR è, quindi, totalmente orientato verso il conseguimento di c.d. *Milestone* e *Target* (M&T), formalmente e chiaramente individuati per l'Italia all'interno dell'allegato alla CID (Decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia) i quali descrivono in maniera granulare l'avanzamento e i risultati attesi delle riforme e degli investimenti (ossia delle Misure del PNRR) che si propongono di attuare.

In generale, i *Milestone* definiscono fasi rilevanti di natura amministrativa e procedurale di una riforma o di un investimento, mentre i *Target* rappresentano i risultati attesi dalle Misure, quantificati in base a indicatori misurabili e prestabiliti in accordo con la Commissione.

Nella logica dell'RRF, fatta eccezione per l'anticipo di risorse accordato nella fase di avvio dei Piani, tutti i pagamenti sono effettuati dalla Commissione europea solo ed esclusivamente in base al conseguimento di "pacchetti semestrali" di *Milestone* e *Target*), concordati *ex-ante* e temporalmente scadenziati, conseguimento che deve, altresì, essere soddisfacente, in quanto deve rispondere a specifici requisiti anch'essi concordati *ex ante* con la Commissione e cristallizzati all'interno della sopracitata CID.

Più nel dettaglio:

- il *Milestone* costituisce il traguardo qualitativo da raggiungere tramite una determinata Misura del PNRR sia essa riforma e/o investimento (ad esempio legislazione adottata, piena operatività dei sistemi IT, ecc.);

- il *Target* costituisce l'obiettivo quantitativo da raggiungere tramite una determinata Misura del PNRR (riforma e/o investimento) misurato tramite un indicatore ben specificato (ad esempio numero di chilometri di rotaia costruiti, numero di metri quadrati di edificio ristrutturato, ecc.).

Con la predisposizione del PNRR le singole Amministrazioni titolari degli interventi previsti nel Piano hanno declinato ciascuna Misura (investimenti e/o riforme) in base alle tappe attuative e quantificato i risultati attesi, attraverso oltre 1000 obiettivi intermedi e finali posizionati all'interno del tempo di attuazione del Piano (fino a giugno 2026), di cui 617 costituiscono *Milestone* e *Target* di "rilevanza europea", ossia inseriti all'interno della CID e, quindi, dei "pacchetti semestrali" da rendicontare a Bruxelles attraverso la presentazione delle c.d. "richieste di pagamento".

Con la presentazione delle “richieste di pagamento” semestrali, quindi, lo Stato membro effettua la rendicontazione alla Commissione degli atti dimostrativi del conseguimento di un determinato pacchetto di *Milestone* e *Target*; da parte sua, la Commissione è chiamata a valutarne l’effettivo e soddisfacente conseguimento e, in caso positivo, ad autorizzare il pagamento di una somma prestabilita e connessa al pacchetto stesso.

7. La governance del PNRR

La *governance* del PNRR è stata progettata, fin dalle prime fasi, per garantire una gestione trasparente, efficace e responsabile dei fondi RRF e per coinvolgere diversi attori, comprese le Regioni, gli Enti locali e la società civile, nell’attuazione del Piano. La trasparenza, il monitoraggio e la rendicontazione sono elementi chiave per assicurare che il PNRR raggiunga con successo gli attesi obiettivi di ripresa economica e resilienza.

La necessità di accelerare l’attuazione del PNRR e garantire il rispetto delle stringenti tempistiche ha posto, tra le varie questioni, anche la necessità di riallineare costantemente il modello di *governance*, inizialmente delineato dal d.l. n. 77/2021, allo scopo di rafforzare e rendere più efficace il sistema di coordinamento, gestione, attuazione e monitoraggio del Piano.

Con il d.l. n. 13/2023 sono state distinte chiaramente le attività di coordinamento strategico e di interlocuzione istituzionale con la Commissione europea di titolarità dell’Autorità politica delegata in materia di PNRR, da quelle di tipo tecnico contabile-finanziario e gestionale-operativo del Ministero dell’economia e delle finanze nonché da quelle puramente attuative e gestionali di titolarità delle Amministrazioni centrali e dei c.d. soggetti attuatori.

Al Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR fa capo l’organo di coordinamento e di indirizzo strategico ossia la Struttura di missione PNRR ubicata presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con il compito di supportare l’Autorità politica delegata nelle funzioni d’indirizzo e coordinamento nell’attuazione del PNRR. Tale struttura assicura il coordinamento strategico con le Amministrazioni titolari di interventi del PNRR, verifica la coerenza della fase di attuazione del PNRR, sovrintende allo svolgimento dell’attività istruttoria relativa alla formulazione delle proposte di aggiornamento e di modifica del PNRR, supporta la Cabina di regia nell’esercizio delle sue funzioni ed elabora e trasmette alla stessa, con cadenza periodica, rapporti informativi sullo stato di attuazione del PNRR. Essa svolge, inoltre, le interlocuzioni con la Commissione europea e costituisce il punto di contatto nazionale per l’at-

tuazione del Piano, nonché per la verifica della coerenza dei risultati derivanti dall'attuazione del Piano.

Essa provvede, infine, in collaborazione con l'Ispettorato generale per il PNRR, alla definizione delle eventuali misure correttive ritenute necessarie, inclusa anche la possibilità di attivare i c.d. poteri sostitutivi nei casi di più grave inerzia da parte delle Amministrazioni.

Un ruolo centrale nelle attività di coordinamento e indirizzo strategico è attribuito poi alla Cabina di regia istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Si tratta, in particolare, di un Organo di indirizzo politico presieduta dal Presidente del Consiglio e composta da Ministri e Sottosegretari alla Presidenza del Consiglio competenti, che esercita poteri di indirizzo, impulso e coordinamento generale sull'attuazione del Piano.

La riforma sulla *governance*, da ultimo attuata con d.l. n. 13/2023, ha rafforzato, quindi, i compiti istituzionali della Cabina di regia PNRR includendovi, altresì, le interlocuzioni con il mondo partenariale (in precedenza attribuite al Tavolo permanente per il partenariato) al fine di valorizzare il dialogo con i principali soggetti economici, sociali e territoriali.

8. Il ruolo di coordinamento tecnico-operativo del Ministero dell'economia e delle finanze

Presso il Ministero dell'economia e delle finanze e, in particolare il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, è stato istituito l'Ispettorato generale per il PNRR, originariamente denominato Servizio centrale per il PNRR (ex d.l. n. 77/2021 e, successivamente, d.l. n. 13/2023).

L'Ispettorato è responsabile del coordinamento operativo sull'attuazione, gestione finanziaria e monitoraggio del PNRR, nonché dei flussi di controllo e rendicontazione all'Unione europea. In particolare, esso assicura il necessario supporto tecnico alle Amministrazioni centrali titolari di interventi e alle Amministrazioni territoriali responsabili dell'attuazione degli interventi del PNRR, è responsabile della gestione del Fondo di rotazione del *Next Generation EU-Italia* e dei connessi flussi finanziari, nonché della gestione del sistema di monitoraggio sull'attuazione delle riforme e degli investimenti del PNRR.

Nell'ambito delle sue competenze l'Ispettorato assicura il supporto per l'esercizio delle funzioni e delle attività attribuite al Ministro per gli affari europei, le politiche di coesione e il PNRR, anche raccordandosi con la Struttura di missione PNRR istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

9. La missione delle ragionerie territoriali dello Stato (RTS)

«L’iniziativa RTS» si inserisce in un articolato quadro di assistenza tecnica pensata e messa in campo dalla Ragioneria Generale dello Stato (RGS) per l’attuazione del Piano nell’ambito del Protocollo d’intesa tra il medesimo Dipartimento della RGS e il Dipartimento per gli affari interni e territoriali del Ministero dell’Interno.

Le attività di supporto che i presidi territoriali erogano sono finalizzate a garantire in particolare:

- un’efficace *attuazione delle procedure e del monitoraggio* dei progetti;
- la *divulgazione e l’utilizzo* delle funzionalità del sistema informativo ReGiS³;
- il supporto ai *controlli amministrativo-contabili* in capo alle Amministrazioni locali attuatrici di interventi PNRR;
- la *promozione di incontri, attività formative e divulgative nei confronti del personale dell’ente locale* in merito a processi, procedure, sistemi di gestione, monitoraggio, rendicontazione e controllo degli interventi PNRR, inclusa la verifica del rispetto dei principi trasversali (DNSH, ecc.).

10. Il “Tavolo di coordinamento per la rendicontazione e il controllo del PNRR” e la “Rete dei referenti antifrode PNRR”

Al fine di assicurare il presidio delle attività di controllo e conseguente rendicontazione degli interventi finanziati dal Piano, con Determina RGS n. 57 del 9 marzo 2022, sono stati istituiti, presso l’Ispettorato Generale per il PNRR:

³ Ai sensi dell’art. 1, comma 1043, della l. n. 178 del 30 dicembre 2020 (Legge di bilancio 2021) il Ministero dell’economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato ha reso disponibile uno strumento applicativo unico di supporto ai processi di programmazione, attuazione, monitoraggio, rendicontazione e controllo del PNRR, denominato “ReGiS”. Tale sistema garantisce il continuo e tempestivo presidio dell’avanzamento finanziario, procedurale e fisico degli interventi selezionati e finanziati dal PNRR, consentendo la puntuale e costante verifica della loro capacità di conseguimento delle *Milestone* e dei *Target* (UE e nazionali) e delle misure ad essi associati. Il sistema “ReGiS” consente, inoltre, di verificare e monitorare il conseguimento delle ulteriori tappe tecnico-amministrative individuate dalle Amministrazioni titolari di misure nei cronoprogrammi procedurali attuativi di misura. Il sistema “ReGiS” si basa su un’architettura modulare, disegnata in linea con i processi amministrativi di programmazione, attuazione, gestione contabile, rendicontazione e controllo del PNRR e consente, alle Amministrazioni centrali titolari di misure e ai soggetti attuatori, di compiere all’interno dei diversi moduli le specifiche attività di competenza, in coerenza con quanto descritto nel Sistema di gestione e controllo del PNRR e nella manualistica ad esso collegata.

- il “Tavolo di coordinamento per la rendicontazione e il controllo del PNRR” che svolge l’analisi delle tematiche comuni afferenti alle attività di controllo e rendicontazione del PNRR, ai fini dell’elaborazione di linee guida, indirizzi, metodologie, strumenti di supporto per le Amministrazioni titolari di intervento. Il Tavolo è coordinato dall’Ispettorato generale per il PNRR ed è composto dai dirigenti preposti agli Uffici di rendicontazione e controllo delle Unità di Missione PNRR istituite presso le Amministrazioni titolari d’interventi PNRR e presso il Segretariato generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, da un dirigente dell’Ispettorato Generale di Finanza, dell’Ispettorato dei Servizi Ispettivi di Finanza Pubblica e del Servizio centrale per il sistema delle Ragionerie e per il controllo interno dipartimentale della RGS nonché da un dirigente di ciascun Ufficio Centrale di Bilancio presso le Amministrazioni titolari d’interventi PNRR;

- la “Rete dei referenti antifrode PNRR” è chiamata a valutare periodicamente i rischi di frode/corruzione, di conflitto di interessi e di duplicazione dei finanziamenti e, quindi, a definire le misure e le azioni “efficaci e proporzionate” per la prevenzione, l’individuazione ed il contrasto. Essa è presieduta dal Dirigente dell’Ufficio IV (Rendicontazione e Controllo) dell’Ispettorato Generale per il PNRR ed è composta da un referente antifrode di ciascuna Amministrazione centrale titolare di interventi PNRR e da rappresentanti della Guardia di Finanza. Sono, altresì, invitati a partecipare ai lavori della Rete, in ragione delle singole materie in esame, tutti gli altri *stakeholder* competenti in materia (Corte dei Conti, ANAC, Banca d’Italia - UIF, ecc.).

Nello svolgimento delle proprie attività di analisi e valutazione del rischio frode, la Rete promuove l’adozione presso le Amministrazioni centrali di procedure valide e chiare per la prevenzione, l’individuazione e la gestione di casi in cui si sospettino frodi, nonché di meccanismi di segnalazione validi ed efficienti sia interni alle Amministrazioni stesse (ad esempio *whistleblowing* – segnalazioni/denuncia degli illeciti in maniera anonima da parte dei dipendenti) sia esterni che assicurano la tempestiva comunicazione dei casi di frode (sospette e/o accertate), nonché un pronto e tempestivo rinvio delle indagini agli organismi investigativi competenti in materia.

11. Il modello di attivazione degli investimenti PNRR ed il ruolo delle Amministrazioni titolari delle misure PNRR e dei soggetti attuatori

Tra gli aspetti che assumono rilievo nella fase attuativa del Piano rientrano i profili organizzativi delle Amministrazioni centrali titolari di inter-

venti (i Ministeri e le strutture della Presidenza del Consiglio dei Ministri), quali diretti responsabili dell'attuazione delle riforme e degli investimenti previsti nel PNRR.

Tutte le Amministrazioni centrali sono chiamate a provvedere al coordinamento delle attività di gestione, al monitoraggio, alla rendicontazione e al controllo attraverso specifiche Unità di Missione PNRR. Si tratta, in particolare, di strutture tecniche di coordinamento istituite appositamente quale diretto punto di contatto con l'Ispettorato generale per il PNRR per l'espletamento degli adempimenti previsti dal Regolamento (Ue) n. 2021/241 e, in particolare, per la presentazione delle richieste di pagamento alla Commissione europea.

D'altro canto, i soggetti attuatori sono i responsabili dell'avvio, dell'attuazione e della funzionalità dei singoli progetti, della regolarità delle procedure e delle spese rendicontate a valere sulle risorse del PNRR, nonché del monitoraggio del conseguimento dei valori definiti per gli indicatori associati ai propri progetti. Essi assicurano che tutti gli atti, i contratti e i provvedimenti di spesa adottati per l'attuazione degli interventi del PNRR siano sottoposti ai controlli ordinari di legalità e ai controlli amministrativo-contabili previsti dalla legislazione nazionale applicabile.

Il soggetto attuatore degli interventi PNRR può individuarsi sia direttamente all'interno delle Amministrazioni centrali titolari delle misure di competenza ovvero individuarsi con altre Amministrazioni "esterne" (nella maggior parte dei casi Enti territoriali quali Regioni e Province autonome e Comuni, ma anche ASL, Università, ecc.) o anche altri Soggetti pubblici/partecipati/*in house*, *ad hoc* delegati.

Le Amministrazioni titolari delle misure PNRR possono, quindi, provvedere alla realizzazione degli interventi direttamente tramite propri Dipartimenti/Direzioni/Uffici centrali (c.d. interventi a "titolarità") ovvero indirettamente (interventi "a regia") attraverso l'intermediazione di soggetti pubblici e/o privati nei casi in cui la realizzazione dei progetti sia a loro affidata tramite una procedura selettiva delle progettualità da essi presentate in risposta a bandi/avvisi pubblici editi dalle Amministrazioni titolari degli interventi stessi.

Le Amministrazioni centrali assicurano inoltre che, in sede di definizione delle procedure di attuazione degli interventi del PNRR, almeno il 40% delle risorse allocabili territorialmente, anche attraverso bandi, indipendentemente dalla fonte finanziaria di provenienza, sia destinato alle regioni del Mezzogiorno.

12. Il sistema dei controlli e della rendicontazione del PNRR - Le tipologie di controllo

Tra le varie sfide che presenta il PNRR, una delle più impegnative è da individuarsi nel tema dei “controlli amministrativi” i quali, come noto, presentano numerosi e sostanziali aspetti di novità.

Infatti, in relazione al disposto delle principali norme europee e nazionali (art. 22 del Regolamento (Ue) n. 2021/241 - art. 1 della Legge 30 dicembre 2020, n. 178), nell’ambito del PNRR, i controlli amministrativi sono articolati su due aree:

- l’area (tradizionale) dei controlli amministrativo-contabili su spese e relative procedure, secondo le ordinarie procedure di controllo previste dalla normativa nazionale, volti a garantire la trasparenza, la regolarità e la correttezza dell’azione amministrativo-contabile;

- l’area (di assoluta novità rispetto al passato) dei *controlli specifici PNRR* che si esplicano sia sugli atti di rendicontazione delle *performance (Milestone/Target)* connessi alle richieste di pagamento semestrali alla Commissione europea) sia su procedure e spese sottostanti alla “messa a terra” delle misure PNRR (investimenti e riforme).

Tali controlli devono poter garantire che siano soddisfatte tutte le specifiche condizionalità previste dal PNRR, ovvero: effettivo e soddisfacente conseguimento di *Milestone* e *Target* connessi a riforme/investimenti del Piano, la generale osservanza del principio “*Do Not Significant Harm*” (DNSH), la corretta individuazione delle “titolarità effettive” dei destinatari finali dei fondi o appaltatori, l’assenza di situazioni di conflitto di interessi nonché di potenziali casi di “doppio finanziamento”.

13. Governance e livelli di rendicontazione e controllo PNRR

Sul tema dei controlli, primo importante atto della RGS è stato quello di definire le competenze in capo ai diversi Soggetti componenti la “*governance*” del PNRR.

A tal riguardo, è stata adottata la Circolare RGS n. 30 dell’11 agosto 2022 e le annesse “*Linee Guida per lo svolgimento delle attività di controllo e rendicontazione delle Misure PNRR di competenza delle Amministrazioni centrali e dei Soggetti attuatori*” attraverso cui i controlli sono stati regolati su tre differenti livelli ordinativi, ovvero: *a.* quelli svolti dal Soggetto attuatore⁴ dell’intervento, *b.* quelli in carico all’Amministrazione

⁴ Soggetto attuatore - Soggetto pubblico o privato responsabile dell’attuazione dell’intervento/progetto finanziato dal PNRR (coincide con il soggetto titolare del codice unico di pro-

titolare⁵ dell'intervento e, infine, c. quelli di competenza del MEF - Ispettorato Generale per il PNRR.

- Il Soggetto attuatore è tenuto a svolgere:
 - l'autocontrollo circa la correttezza di tutti gli atti di propria competenza – in particolare connessi alle procedure di selezione dei beneficiari finali/procedure di gara per aggiudicazione appalti – e la regolarità amministrativo-contabile delle spese, nonché la puntuale osservanza delle condizionalità inerenti avanzamento/conseguimento di *Milestone* e *Target* e il rispetto del principio DNSH;
 - il controllo delle «titolarità effettive» dei beneficiari finali/appaltatori e sull'assenza di potenziali casi di «conflitto d'interessi» e «doppio finanziamento».

Tali controlli sono sempre necessari e propedeutici ai fini della trasmissione dei rendiconti di spesa (rendiconti di progetto) all'Amministrazione titolare dell'intervento;

- l'Amministrazione titolare dell'intervento attua le seguenti attività:
 - verifiche sulle procedure e sugli atti di competenza dei Soggetti attuatori nonché sulla documentazione amministrativa, tecnica e contabile probatoria del corretto avanzamento/conseguimento di *Milestone* e *Target*;
 - controlli circa la correttezza delle spese rendicontate, dei documenti che attestano il rispetto del principio DNSH nonché della documentazione che attesti l'assenza di «conflitti d'interessi» e «doppi finanziamenti».

Tali controlli sono sempre necessari e propedeutici ai fini della trasmissione dei rendiconti di spesa (rendiconti di misura, che possono ricomprendere 1 o più rendiconti di progetto) e delle Rendicontazioni finali sul conseguimento di *Milestone* e *Target* all'Ispettorato Generale per il PNRR;

getto – CUP). In particolare, l'art.1, comma 4, lett. o. del d.l. n. 77/2021, convertito, con modificazioni, in l. n. 108/2021, indica che i soggetti attuatori sono: «soggetti pubblici o privati che provvedono alla realizzazione degli interventi previsti dal PNRR». L'art. 9, comma 1, del d.l. n. 77/2021 specifica che «alla realizzazione operativa degli interventi previsti dal PNRR provvedono le Amministrazioni centrali, le Regioni, le provincie autonome di Trento e Bolzano e gli Enti locali (sulla base delle specifiche competenze istituzionali ovvero della diversa titolarità degli interventi definita nel PNRR) attraverso le proprie strutture, ovvero avvalendosi di Soggetti attuatori esterni individuati nel PNRR, ovvero con le modalità previste dalla normativa nazionale ed europea vigente».

⁵ Amministrazioni centrali titolari di interventi PNRR - Ministeri e strutture della Presidenza del Consiglio dei Ministri responsabili dell'attuazione delle riforme e degli investimenti (ossia delle misure) previsti nel PNRR in base a quanto stabilito dal d.m. del 6 agosto 2021 e ss.mm.ii. Presso ogni Amministrazione è istituita, inoltre, una "Struttura di coordinamento dell'Amministrazione centrale titolare di interventi PNRR", articolata fino ad un massimo di tre uffici dirigenziali di livello non generale, che provvedono al coordinamento delle attività di gestione, nonché al monitoraggio, alla rendicontazione ed al controllo degli investimenti e delle riforme di pertinenza dell'Amministrazione centrale.

- l'Ispettorato Generale per il PNRR effettua i seguenti controlli:
 - verifiche di completezza e coerenza sulla documentazione presentata dalle Amministrazioni centrali titolari di interventi a comprova dell'effettivo e soddisfacente conseguimento di *Milestone* e *Target*;
 - verifiche sulle procedure di controllo svolte dalle Amministrazioni centrali titolari di interventi sulle rendicontazioni di spesa con particolare riferimento al "conflitto di interessi" ed al "doppio finanziamento".

Tali controlli sono sempre necessari e propedeutici ai fini della trasmissione alla Commissione europea delle Richieste di pagamento semestrali e delle allegate Dichiarazioni sulla corretta gestione degli investimenti e delle riforme inclusi nel Piano.

14. Il flusso di rendicontazione della *performance* (*Milestone* e *Target*)

Le Unità di Missione PNRR delle Amministrazioni centrali titolari degli interventi hanno il compito di presidiare e coordinare l'attività di rendicontazione degli obiettivi del Piano (*Milestone* e *Target*) all'Ispettorato Generale per il PNRR, assicurandone l'effettivo e soddisfacente avanzamento/conseguimento secondo le previsioni dell'Annex alla CID (nel cui ambito sono riportate le c.d. "condizionalità" connesse a ciascun *Milestone* e *Target* del Piano) e degli "Operational Arrangements" (nel cui ambito sono inclusi i c.d. "meccanismi di verifica" ossia la documentazione minima – necessaria e sufficiente – da rendicontare alla Commissione a comprova del conseguimento di ogni singolo *Milestone* e *Target*).

Queste hanno, pertanto, la responsabilità di trasmettere, periodicamente, all'Ispettorato Generale per il PNRR, le rendicontazioni semestrali riferite allo stato di "avanzamento" di *Milestone* e *Target* di competenza, nonché le rendicontazioni finali attestanti l'avvenuto conseguimento.

A tal fine, è prevista la compilazione, attraverso il sistema ReGiS, di un *Report ad hoc*, esplicativo del pieno e corretto conseguimento di tutte le condizionalità associate a ciascun *Milestone* e *Target*, cui occorre allegare ogni necessaria e pertinente documentazione (denominate *evidence*) a comprova.

L'Amministrazione titolare è chiamata ad indicare i riferimenti puntuali alla documentazione probante per il conseguimento di ogni singolo requisito (condizionalità) associato al *Milestone/Target* di riferimento, nonché l'eventuale *link* di pubblicazione degli atti in *Gazzetta Ufficiale* e/o sul sito *web* istituzionale dell'Amministrazione centrale titolare di misure

e dovrà attenersi, ove previsto, a quanto indicato all'interno del "meccanismo di verifica" associato al singolo *Milestone/Target* rendicontato.

Il corretto ed effettivo avanzamento/conseguimento del *Milestone* e/o del *Target* deve essere assicurato, altresì, attraverso lo svolgimento da parte dell'Amministrazione centrale titolare di misure PNRR di controlli *on desk* (ed eventualmente *in loco*) finalizzati ad accertare il pieno e corretto avanzamento/conseguimento del 100% dei *Target* e *Milestone* dichiarati nonché il rispetto delle condizionalità previste per gli specifici investimenti/riforme del PNRR e del principio DNSH ove espressamente previsto dalle condizionalità di Misura. Tali controlli sono effettuati su dati e informazioni di avanzamento fisico di investimenti/riforme presenti sul sistema ReGiS nonché sulla documentazione comprovante l'effettivo avanzamento/raggiungimento dei valori dichiarati.

Tale attività viene formalizzata attraverso la compilazione di *check-list* attestanti l'esito dei controlli effettuati sui valori conseguiti nonché di una "dichiarazione di gestione" semestrale attestante il corretto avanzamento fisico e finanziario degli investimenti e delle riforme di competenza del singolo Ministero, secondo quanto stabilito dalla normativa nazionale e comunitaria di riferimento e/o da specifiche norme di settore degli interventi.

A sua volta, l'Ispettorato Generale per il PNRR svolge controlli di completezza e coerenza della documentazione rendicontata, ai fini della presentazione della richiesta di pagamento delle rate semestrali PNRR. In particolare, svolge:

- verifiche *in itinere* sulla reportistica e su tutti i documenti in essa richiamati per la trasmissione alla Commissione europea della relazione semestrale di «avanzamento» *Milestone/Target*»;

- verifiche finali sul conseguimento di *Milestone* e *Target*, propedeutiche alla presentazione delle «Richieste di Pagamento» alla Commissione, sui documenti rendicontativi presentati dalle Amministrazioni Titolari di misure, ovvero controllo di completezza e coerenza:

- dei *Report* e dell'annessa documentazione probante il raggiungimento della *performance*;
- delle *Check-list* di controllo di *Milestone* e *Target* redatte dalle Amministrazioni centrali;
- delle Dichiarazioni di gestione redatte dalle medesime Amministrazioni centrali (comprehensive dell'allegato elenco delle irregolarità/sospette frodi eventualmente rilevate ed oggetto di procedure di rettifica/recupero delle relative risorse RRF).

All'esito, l'Ispettorato Generale per il PNRR effettua, altresì, la verifica che:

- la Commissione europea, in esito alle formali interlocuzioni avute con le Amministrazioni centrali per il tramite dell'Ispettorato Generale per

il PNRR, non abbia manifestato particolari cause ostative alla “rendicontazione della *performance*”, fermo restando il completamento delle procedure di valutazione anche in esito all’*assessment period*⁶;

- sia stato rilasciato il parere positivo dall’UdM NG-EU⁷, con particolare riferimento alle verifiche circa il rispetto del principio DNSH e degli altri principi trasversali del PNRR.

Completate tutte le verifiche di competenza, l’IG-PNRR provvede a trasferire i *Report* e le relative *evidence* riferiti al pacchetto semestrale di *Milestone* e *Target* sulla piattaforma FENIX della Commissione europea e, quindi, predisporre e inviare alla Commissione le due «richieste di pagamento» (distinte tra quota “prestiti” e quota “sovvenzioni”) con allegate le dichiarazioni di gestione, nonché la sintesi degli Audit redatta dall’Organismo Indipendente di Audit nazionale.

15. Il flusso di rendicontazione delle spese

L’Ispektorato Generale per il PNRR, attraverso il sistema informativo ReGiS, riceve dall’Unità di Missione dell’Amministrazione titolare di misure PNRR le rendicontazioni delle spese sostenute per la realizzazione delle riforme/degli investimenti PNRR dai soggetti attuatori per ogni singolo progetto (rendiconti di progetto).

Le domande di rimborso dei vari Stati di Avanzamento Lavori (SAL), presentate dai Soggetti attuatori alle Amministrazioni centrali Titolari di Misure PNRR, devono essere corredate dall’Attestazione di svolgimento (con esito positivo) delle ordinarie verifiche di regolarità amministrativo-contabile della spesa, delle verifiche specifiche PNRR su assenza di conflitti di interessi e assenza di doppio finanziamento, del rispetto delle condizionalità di Misura PNRR, del DNSH (ove applicabile), dei principi trasversali (ove applicabili), ecc.

⁶ Periodo temporale - ex art. 24, par. 3, del Regolamento (Ue) n. 2021/241 - entro il quale la Commissione europea (Ce) valuta in via preliminare, di norma entro due mesi dal ricevimento della Richiesta di pagamento della rata semestrale, se i pertinenti *Milestone* e *Target* indicati siano stati conseguiti in misura soddisfacente.

⁷ L’Unità di missione Next Generation EU, istituita all’interno del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, svolge le funzioni di cui all’art. 8, comma 11-*ter*, del DPCM n. 103 del 26 giugno 2019 e successive modificazioni ed integrazioni, tra cui il monitoraggio delle riforme e degli investimenti, l’individuazione di eventuali criticità nell’attuazione del PNRR e conseguente formulazione di proposte per il loro superamento, anche in collaborazione con altri soggetti istituzionali, il supporto all’IGPNRR PNRR nella verifica dell’avanzamento delle *Milestone* e dei *Target* europei e nazionali, la promozione di forme di partecipazione, con particolare riferimento alle priorità trasversali del PNRR, relative ai divari di genere, generazionali e territoriali nonché la predisposizione delle valutazioni di impatto del PNRR.

Tale attestazione è predisposta dall'Ufficio incaricato delle attività di rendicontazione e controllo e caricata sul sistema ReGiS per ogni rendiconto di spesa.

L'Amministrazione centrale titolare dell'intervento, una volta ricevuti i rendiconti di progetto dai soggetti attuatori, presenta all'Ispettorato Generale per il PNRR la rendicontazione delle spese sostenute (*Rendiconto di Misura*) a seguito del campionamento dei rendiconti di progetto sottostanti e delle verifiche (anche a campione) della relativa documentazione. All'esito delle verifiche, l'Amministrazione trasmette il Rendiconto di Misura attestandone, tramite il sistema "ReGiS", la regolarità amministrativo-contabile, nonché di aver svolto con esito positivo le previste attività di controllo:

- sull'obbligo di rilevazione delle titolarità effettive in capo ai relativi beneficiari/appaltatori dei fondi PNRR;
- circa l'assenza sul conflitto di interessi;
- circa l'assenza della "duplicazione dei finanziamenti";
- sul rispetto delle «condizionalità» PNRR;
- (ove applicabile) sul rispetto degli ulteriori requisiti connessi alla misura a cui il progetto è associato;
- (ove applicabile) sul rispetto del principio DNSH;
- (ove applicabile) sul rispetto dei c.d. "principi trasversali" (40% quota sud, parità di genere, ecc.).

A seguire, l'Ispettorato Generale per il PNRR, sulla base della propria analisi dei rischi definita su criteri standardizzati (ad esempio: dotazione finanziaria complessiva di competenza dell'Amministrazione titolare, numero di *Milestone* e *Target* di competenza dell'Amministrazione titolare, numero di soggetti attuatori collegati alla realizzazione degli interventi, dimensione finanziaria del rendiconto di misura presentato, livello di complessità degli investimenti da realizzare in base alla tipologia di operazioni finanziate) procede ad eseguire, su base campionaria, i controlli di competenza, sui Rendiconti di Misura esclusivamente in relazione alle procedure di controllo volte a verificare l'assenza del «conflitto di interessi» e della «duplicazione dei finanziamenti». In particolare, l'Ufficio IV verifica che le Amministrazioni abbiano rispettato le procedure di controllo previste dalle Circolari/Linee Guida di pertinenza.

16. Aspetti innovativi e principali iniziative adottate in tema di "protezione degli interessi finanziari dell'UE e lotta antifrode" - Il Protocollo d'intesa con la Guardia di Finanza

Il 17 dicembre 2021 è stato sottoscritto tra il MEF-RGS e la Guardia di Finanza uno specifico Protocollo d'intesa per il PNRR che costituisce la

cornice generale di riferimento per le forme di cooperazione interistituzionale con tutte le Amministrazioni centrali titolari di interventi PNRR, in materia di controlli volti a prevenire, individuare e contrastare le violazioni in danno degli interessi economici e finanziari dello Stato e dell'Unione europea. Tra le varie forme di cooperazione e coordinamento, il Protocollo d'intesa prevede che, nell'ambito della Rete dei referenti antifrode del PNRR, sia promosso il confronto volto a:

- individuare i settori maggiormente esposti a profili di rischio, sulla base degli elementi di anomalia più frequenti rilevati nel corso delle funzioni di monitoraggio e controllo proprie delle competenti strutture e/o delle attività investigative svolte dalla Guardia di Finanza. A tal riguardo, è bene evidenziare come il fondamentale supporto immediatamente garantito dalla Guardia di Finanza ha già consentito di veicolare a tutte le Amministrazioni titolari di Misure PNRR importanti strumenti di supporto quali, ad esempio, *check list* di controllo *ex ante* delle procedure di gara nonché di selezione delle imprese richiedenti l'erogazione di aiuti;

- concordare forme e modalità di supporto della Guardia di Finanza alle Amministrazioni centrali titolari di interventi PNRR in termini di prevenzione antifrode all'interno del nuovo sistema di rendicontazione alla Commissione europea della *performance* (prima ancora delle spese ad essa connesse). Al riguardo sono in corso costanti interlocuzioni tra il Reparto del Corpo a ciò designato, ossia il Nucleo Speciale Spesa Pubblica e Repressione delle Frodi Comunitarie, e tutte le competenti Amministrazioni specie in relazione a quegli interventi PNRR per i quali il supporto della GdF può risultare fondamentale nella fase di selezione delle operazioni o dei progetti PNRR da ammettere a finanziamento PNRR (come, ad esempio, per le misure "Ecobonus" e "Transizione 4.0").

17. La strategia generale antifrode PNRR

Con specifico riferimento al tema della lotta antifrode sono stati elaborati ed adottati con Circolari/Note RGS *ad hoc* i seguenti documenti:

- Strategia generale antifrode PNRR (vers. 1.0 dell'11 ottobre 2023 e, successiva vers. 2.0 del 17 dicembre 2023);

- Strumento di autovalutazione del rischio frode ("*Tool Fraud Risk Assessment*") nell'ambito del PNRR e connesse linee guida per l'implementazione (Nota prot. 65687 del 6 aprile 2023).

La strategia nazionale antifrode fornisce indicazioni in merito al "sistema" antifrode posto in essere a livello nazionale per prevenire, individuare e correggere i casi di frode, corruzione, conflitto di interessi e doppio finanziamento nell'utilizzo dei fondi del dispositivo RRF.

La complessità dei piani e dei programmi di investimento, unitamente alla varietà e alla rapida evoluzione degli schemi di frode connessi all'utilizzo dei fondi pubblici e, in particolare, di quelli di derivazione europea, costituiscono la principale sfida nel costruire una strategia antifrode efficace ed un sistema dei controlli coerente e completo in grado di assicurare la corretta attuazione delle riforme e degli investimenti del PNRR. La strategia antifrode del PNRR tiene conto della dimensione e della complessità del Piano legata all'articolazione organizzativa "multilivello" decentrata (definita dal d.l. n. 77/2021 e revisionata nell'ambito del d.l. n. 13/2023 convertito in l. n. 41 del 21 aprile 2023) e si pone l'obiettivo di orientare le azioni e le misure poste in essere dalle singole Amministrazioni coinvolte nell'attuazione delle Misure (a vario titolo e con diversi ruoli e responsabilità) attraverso una "strategia generale comune" al fine di garantire soluzioni e prassi omogenee ed efficaci in materia antifrode.

All'Ispettorato Generale per il PNRR, in qualità di struttura di coordinamento, è attribuita la funzione di orientamento della politica antifrode del PNRR attraverso la "Rete dei referenti antifrode PNRR".

Uno degli elementi cardine su cui intende poggiare la "Strategia generale antifrode" del PNRR, anche al fine di mettere a fattor comune le rispettive esperienze già maturate nel settore della tutela degli interessi finanziari dell'Unione, è rappresentato proprio dalla solida ed intensa cooperazione prevista garantita dalla "Rete dei referenti antifrode", con tutti gli altri attori istituzionali coinvolti sui temi "antifrode/anticorruzione" tra cui, in particolare: *i.* la Guardia di Finanza, che partecipa quale membro di diritto ai lavori della "Rete dei referenti antifrode" (art. 3, comma 2, della Determina RGS) anche ai fini dell'applicazione del Protocollo d'intesa sottoscritto il 17 dicembre 2021 tra la Ragioneria Generale dello Stato ed il Comando Generale del Corpo; *ii.* la Corte dei conti, la Banca d'Italia e l'ANAC che costituiscono interlocutori istituzionali di riferimento per la definizione di *format/strumenti/tool* operativi da utilizzare per l'autovalutazione del rischio frode da parte delle Amministrazioni; *iii.* il Comitato per la lotta contro le frodi nei confronti dell'Unione europea (COLAF) che opera presso il Dipartimento per le Politiche europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri, con la qualifica di *Anti Fraud Coordination Service* (AFCOS) nazionale e che, pertanto, riveste anche il ruolo di interlocutore dell'Ufficio europeo Lotta Antifrode (OLAF).

In particolare, la collaborazione tra l'Ispettorato Generale per il PNRR e la Guardia di Finanza è basata su specifiche attività quali: *i.* un continuo scambio di informazioni e notizie circostanziate verso il Nucleo Speciale della Guardia di Finanza ritenute rilevanti per la repressione di irregolari-

tà, frodi ed abusi di natura economico-finanziaria, di cui l' Ispettorato Generale per il PNRR sia venuto a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni di monitoraggio e controllo a livello centrale; *ii.* l'invio di segnalazioni al Nucleo Speciale di interventi, soggetti attuatori, realizzatori o esecutori che presentano particolari elementi di rischio sulla base delle attività di valutazione del rischio frode svolte dai Gruppi di lavoro costituiti presso ciascuna Amministrazione anche attraverso l'utilizzo di specifici sistemi informativi, tra cui l'applicativo della Commissione europea "ARACHNE" e la piattaforma nazionale "PIAF-IT"; *iii.* la partecipazione del Corpo al processo di coordinamento delle attività di analisi e valutazione dei rischi nell'ambito della "Rete dei referenti antifrode".

La partecipazione degli *stakeholders* ai già menzionati sottogruppi di lavoro della "Rete dei referenti antifrode", specifici per l'analisi di singole tematiche o fattispecie rilevanti ai fini dell'attuazione del PNRR, costituisce la garanzia dell'adozione di un sistema di gestione e controllo concertato e qualificato teso a prevenire e ad individuare tempestivamente, per quanto possibile, le attività fraudolente e, qualora queste si verificano, a porre in atto tutte le opportune e adeguate misure correttive.

Al fine di consentire alle Amministrazioni titolari di Misure PNRR l'autovalutazione del "rischio frode" all'interno dei relativi processi gestionali di competenza, con nota RGS n. 65687 del 6 aprile 2023, l'Ispettorato Generale per il PNRR ha formalizzato:

- il modello base di "Strumento di autovalutazione del Rischio Frode nell'ambito del PNRR - *Tool Fraud Risk Assessment*";
- le connesse "Linee guida per la compilazione dello Strumento di autovalutazione del Rischio Frode nell'ambito PNRR - *Tool Fraud Risk Assessment*".

Lo "Strumento di autovalutazione del rischio frode nell'ambito del PNRR - *Tool Fraud Risk Assessment*" è stato mutuato da quello proposto dalla Commissione europea con la nota EGESIF_14-0021-00 del 16 giugno 2014 (relativa alla valutazione dei rischi di frode e delle connesse misure antifrode efficaci e proporzionate), rivisto in coerenza con le specifiche caratteristiche del PNRR. L'attività di revisione dello strumento originale è stata effettuata dall'Ispettorato Generale per il PNRR nell'ambito dei lavori di un apposito gruppo di lavoro aperto in seno alla "Rete dei Referenti antifrode per il PNRR".

Lo strumento costituisce un modello base destinato alle Amministrazioni allo scopo di standardizzare l'autovalutazione dell'impatto e della probabilità che si verificano eventi fraudolenti nell'ambito dell'attuazione delle Misure PNRR di cui sono titolari. Pertanto, fermo restando la struttu-

ra di base del modello, le Amministrazioni hanno dovuto adattare lo strumento in ragione della propria dimensione/complessità amministrativa e attuativa nonché delle proprie specifiche esigenze operative connesse alle peculiarità delle misure PNRR di competenza.

Lo strumento, quindi, intende guidare l'Amministrazione nell'analisi della propria struttura organizzativa, delle procedure adottate, dei processi formalizzati e dei relativi attori, nonché delle misure e dei controlli già esistenti all'interno del sistema di gestione e controllo al fine di tutelarne la regolarità e legittimità.

18. Il rilascio in uso alle amministrazioni centrali delle piattaforme antifrode “ARACHNE” e “PIAF”

Nel mese di novembre 2022 sono state rilasciate in uso alle Amministrazioni titolari di misure PNRR la piattaforma antifrode “ARACHNE” e la Piattaforma antifrode “PIAF” che sono accessibili direttamente da Re-GiS. L'utilizzo di tali strumenti informativi è condizione fondamentale per il migliore svolgimento dei controlli di competenza.

Il sistema informativo antifrode della Commissione europea, denominato “ARACHNE”, rappresenta uno strumento di analisi dei potenziali rischi di frode di progetti, beneficiari/soggetti attuatori, contratti e contraenti. In modo particolare, sulla base dei dati acquisiti, calcola e visualizza fino a 102 indicatori di rischio classificati in diverse categorie principali di rischio, tra cui appalti, gestione dei contratti, ammissibilità, concentrazione, prestazione, ragionevolezza, rischio per la reputazione e allerta frode.

Il sistema Piattaforma Integrata Anti Frode nazionale (PIAF - IT), rappresenta una *best practice* della RGS, frutto di una progettualità *ad hoc* finanziata dall'Ufficio europeo Lotta Antifrode - OLAF, che raccoglie dati da fonti esterne eterogenee a livello nazionale ed europeo con l'obiettivo di restituire “schede di sintesi” nominative e/o progettuali al fine di poter cogliere eventuali profili di rischio frode e doppio finanziamento.

19. Il flusso di comunicazione con la Procura europea (*European Public Prosecutor Office - EPPO*)

La Ragioneria Generale dello Stato ha di recente avviato anche una proficua e fattiva collaborazione con l'Ufficio del Procuratore europeo (EPPO) attraverso la predisposizione di un canale *ad hoc* dedicato per lo scambio di dati/notizie/informazioni d'interesse.

Tale flusso informativo ha come fine:

- da un lato, far conoscere ad EPPO se una determinata progettualità – astrattamente qualificabile come progettualità PNRR – sia stata effettivamente ammessa a finanziamento PNRR (circostanza che, evidentemente, radica la competenza penale in capo ad EPPO) nonché lo stato, in termini di avanzamento dei connessi flussi di *performance* e di spesa;

- dall'altro, far valutare ad EPPO la possibilità, compatibilmente con la segretezza delle indagini in corso, di poter veicolare le informazioni d'interesse ai fini amministrativi al Nucleo Speciale Spesa Pubblica e Repressione delle frodi comunitarie della GdF affinché questo, a sua volta, possa notiziarne l'Amministrazione Titolare della relativa Misura PNRR. Quest'ultima potrà, quindi, in base allo stato di avanzamento del progetto verificare l'opportunità/necessità di eventuali azioni amministrative tese, in particolare, ad evitare, per tempo, indebite erogazioni di risorse RRF.

L'ottima collaborazione fino ad oggi posta in essere potrebbe costituire una vera e propria *best practice* a livello europeo in termini di scambio informativo nell'ottica della prevenzione antifrode.

20. Adozione di strumenti operativi tematici per le Amministrazioni titolari di misure PNRR e i soggetti attuatori

Le “Linee Guida per lo svolgimento delle attività di controllo e rendicontazione delle Misure PNRR di competenza delle Amministrazioni centrali e dei Soggetti attuatori” oggetto della prima Circolare RGS n. 30 del 11 agosto 2022, sono state successivamente completate attraverso l'adozione di Appendici Tematiche che hanno regolato le procedure di controllo da porre in essere da parte dei Soggetti Attuatori e delle Amministrazioni titolari di misure PNRR con specifico riferimento agli aspetti più innovativi dell'art. 22 del Regolamento (Ue) n. 241/2021, ovvero:

- Appendice tematica in tema di “*Rilevazione delle titolarità effettive ex art. 22 par. 2 lett. d) Reg. (UE) 2021/241 e comunicazione alla UIF di operazioni sospette da parte della Pubblica amministrazione ex art. 10, d.lgs. 231/2007*” adottata con Circolare RGS n. 27 del 15 settembre 2023;

- Appendici tematiche su “*La prevenzione e il controllo del conflitto di interessi ex art. 22 Reg. (UE) 2021/241*” e “*La duplicazione dei finanziamenti ex art. 22 par. 2 lett. c) Reg. (UE) 2021/24*” entrambe adottate con Circolare RGS n. 13 del 28 marzo 2024.

21. Conclusioni

Il PNRR rappresenta una sfida inedita per il complessivo sistema di *governance* nazionale, in ragione sia del numero e della varietà/complessi-

tà delle misure (riforme e investimenti) da attuare sia dei ristretti tempi imposti per il conseguimento degli ambiziosi obiettivi sottesi.

Appare evidente, quindi, la necessità che tutte le Amministrazioni profondano uno sforzo straordinario affinché ogni euro venga efficacemente impiegato in un contesto di massima legalità e che, quindi, nulla venga disperso verso casi di irregolare o, peggio, indebita/illecita captazione di risorse pubbliche.

La tutela degli interessi finanziari europei e nazionali rappresenta quindi, come mai in passato, un impegno irrinunciabile per ogni Attore istituzionale coinvolto nel complessivo ciclo della lotta antifrode.

In merito, le numerose iniziative già adottate e la costante cooperazione avviata tra tutti i competenti Organismi nazionali ed europei, rappresentano la necessaria garanzia ai fini dell'adozione di un sistema di gestione e controllo concertato e qualificato teso a prevenire e ad individuare tempestivamente le attività fraudolente e, qualora queste si verificano, a porre in atto tutte le opportune e adeguate misure correttive.

Ugo Liberatore**

SINTESI

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) rappresenta il disegno strategico delineato dall'Italia per rispondere alle sfide economiche e sociali derivanti dalla crisi pandemica. Realizzare efficacemente e, soprattutto, celermente tale disegno assume importanza vitale per il nostro Paese. Ciò significa innanzitutto sviluppare la "capacità amministrativa" di attuare le riforme strutturali e gli investimenti attraverso un sistema di gestione e controllo efficace, che possa, in particolare, garantire la massima legalità nell'impiego delle risorse pubbliche. L'intero sistema di rendicontazione e controllo che caratterizza il Piano, è stato, pertanto, fin dalle prime fasi, orientato a garantire ogni necessario sforzo teso alla prevenzione ed al contrasto delle frodi e di ogni altra forma di illecito economico-finanziario.

** Colonnello della Guardia di finanza - Dirigente dell'Ufficio IV (Coordinamento Rendicontazione e Controlli) dell'Ispettorato Generale per il PNRR - Ragioneria Generale dello Stato - Ministero dell'Economia e delle Finanze

ABSTRACT

The National Recovery and Resilience Plan (PNRR) represents the strategic plan outlined by Italy to respond to the economic and social challenges arising from the pandemic crisis. Carrying out this plan effectively and, above all, quickly is of vital importance for our country. This means first of all developing the "administrative capacity" to implement structural reforms and investments through an effective management and control system, which can, in particular, guarantee maximum legality in the use of public resources. The entire reporting and control system that characterizes the Plan was, therefore, from the early stages, oriented towards guaranteeing every necessary effort aimed at preventing and combating fraud and any other form of economic offence.

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*

GIOVANNI BALLARINI, *Professore Emerito / Università degli Studi di Parma*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista (www.capellilex.it)*

MARCO CASINI, *Avvocato / Foro di Cremona*

SALVATORE D'ACUNTO, *Capo Unità - DG GROW / Commissione europea*

FABIO FERRARO, *Ordinario di diritto dell'Unione europea /Università Federico II di Napoli*

ADRIANO GIANNOLA, *Emerito di Economia bancaria / Università Federico II di Napoli; Presidente SVIMEZ*

UGO LIBERATORE, *Colonnello della Guardia di finanza - Dirigente dell'Ufficio IV (Coordinamento Rendicontazione e Controlli) dell'Ispettorato Generale per il PNRR - Ragioneria Generale dello Stato - Ministero dell'Economia e delle Finanze*

VANIA MAFFEO, *Ordinaria di Diritto processuale penale / Università degli Studi di Napoli Federico II - Dipartimento di Giurisprudenza*

DANIELA MARRANI, *Ricercatore di Diritto Internazionale nel Dipartimento di Scienze Economiche e Statistiche / Università degli Studi di Salerno*

ROBERTO MASTROIANNI, *Ordinario di diritto dell'Unione europea / Università Federico II di Napoli - Giudice presso il Tribunale dell'Unione europea*

BENEDETTA MINUCCI, *Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*

LORENZO SALAZAR, *Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di appello di Napoli - Punto di contatto della Rete Giudiziaria Europea (EJN) e Corrispondente nazionale dell'Eurojust*

VALERIA SICO, *Procuratore Europeo Delegato presso la Procura Europea - Ufficio di Napoli*

GIAN FRANCO SIMONINI, *Avvocato / Foro di Modena*

ELISA TETI, *Avvocato / Foro di Milano; Partner / Studio legale Rucellai & Raffaelli*

CARLO ALBERTO TOFFOLON, *Senior Case Handler / DG Competition / European Commission. The Author is Principal Administrator at the European Commission*

ENRICO TRAVERSA, *Già avvocato del Servizio giuridico della Commissione europea e Direttore della Sezione «Giustizia e affari interni» dello stesso Servizio; Professore a contratto di diritto dell'Unione europea / Università di Bologna*

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Trimestrale diretto da *F. Capelli*

INDICE 2023

In questo fascicolo della Rivista (pp. 503-668) sono pubblicati gli Atti del Convegno tenutosi a Napoli il 27 ottobre 2023 sul tema: «La Procura europea e i controlli sull'impiego dei fondi PNRR».

ARTICOLI

Fausto Capelli - «Concessioni balneari»: una modesta proposta ispirata ad un modello che già da tempo sta avendo successo in Italia, per gestire i problemi connessi alle «concessioni balneari» in modo ragionevole, democratico, equo, trasparente, conforme al diritto, nonché remunerativo a vantaggio dell'ambiente e delle collettività interessate

(«Beach Concessions»: a Modest Proposal Inspired by a Model Which Has Already Been Having Success in Italy for a Long Time, to Manage Problems Connected with «Beach Concessions» in a Reasonable, Democratic, Fair, Transparent, Compliant with Law and Profitable Way for the Benefit of the Environment and the Communities Interested)

Pag. 1

Paola De Franceschi - Riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive e alternative emesse nell'Unione europea: la procedura "passiva"

(Recognition to Judgments in Criminal Matters - Issued by Judicial Authorities in the EU - Imposing Custodial Sentences or Alternatives Sanctions)

Pag. 53

Maria Teresa Stile - Il demanio marittimo quale bene comune: la travagliata regolamentazione delle concessioni demaniali tra impulsi *praetorii* e "Tavoli Tecnici" Pag. 21
 (*Maritime State Land as like as Common Good: The Troubled Regulation of State Land Concessions between Praetorii Impulses and "Technical Tables"*)

Elisa Teti - Consumatori sempre più tutelati, dagli esordi della normativa al digitale: le imprese hanno adeguate tutele? » 313
 (*Ever More Protected Consumers, from the Inception of Consumer Legislation to the Digital Era: but do Undertakings Have an Adequate Protection?*)

COMMENTI

Enrica Adobati - In quali casi la Corte di giustizia può dichiarare l'irricevibilità delle questioni proposte dai giudici nazionali se la controversia presenta elementi che si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro » 335
 (*When the Court of Justice Can Declare Inadmissible the Questions Proposed by a National Court if the Proceeding Presents Elements That Are All Located Within a Single Member State*)

Carlo Baldi - Stabilità delle operazioni e vincolo di destinazione: dalle regole dei Fondi strutturali alla disciplina degli aiuti di Stato » 89
 (*Stability of Operations and Destination Constraint: from the Rules of the Structural Funds to the Regulation of State Aid*)

Maria Caterina Baruffi - *Ruggiero Cafari Panico* - Le risorse proprie dell'Unione nella prospettiva delle riforme istituzionali » 223
 (*Union's Own Resources in the Light of Institutional Reforms*)

Antonio Caiola - Eguaglianza di trattamento e condizioni per la non esecuzione facoltativa del mandato d'arresto europeo alla luce di una valutazione *in concreto* » 105
 (*Equal Treatment and Grounds for Optional Non-Execution of the European Arrest Warrant in the Light of an Assessment in concreto*)

- Marco Casini* - La disciplina sull'autocontrollo aziendale applicabile nel settore alimentare in base alla normativa europea è determinante per l'individuazione delle responsabilità che incombono sugli operatori del settore
(*The HACCP Self-Control Plan is Important for Identifying Those Truly Responsible for Non-Compliance in the Company*) Pag. 171
- Marco Casini* - Il venditore non ha responsabilità per la presenza di parassiti se le confezioni di pasta non presentano segni di alterazione
(*Parasites in Pasta Packages. The Store Manager is not Responsible if There Are no Signs of Alteration on the Packages*) » 415
- Salvatore D'Acunto* - Il Mercato interno dei servizi 1993-2023: 30 anni di evoluzione giurisprudenziale e legislativa
(*The Internal Market for Services 1993-2023: 30 Years of Jurisdictional and Legislative Evolution*) » 467
- Valerio Demontis* - Unione europea e politica energetica: la questione ambientale
(*European Union and Energy Policy: the Environmental Issue*) » 199
- Alice Pisapia* - Il trasferimento internazionale di dati personali dall'Unione verso gli Stati Uniti d'America. Sarà questa la base giuridica adeguata?
(*The Personal Data's Transfer from EU to USA. This Will Be Finally the Right Legal Basis?*) » 179
- Gian Franco Simonini* - Il Regolamento (Ue) n. 2023/2854 sui dati (*Data Act*) e la concorrenza nel mercato dei servizi: riflessioni nel settore automobilistico
(*Regulation (EU) n. 2023/2854 on Data (Data Act) and Competition in the Services Market: Impact on the Automotive Sector*) » 427
- Maria Teresa Stile* - I poteri dello Stato-Amministrazione nella individuazione dei criteri di valutazione della scarsità della risorsa naturale quale prerequisito della applicazione della direttiva *Bolkestein* tra letture innovative e ripensamenti giurisprudenziali
(*The Powers of State-Administration in the Identification of Criteria for Assessing the Scarcity of the Natural Resources as a Prerequisite for Bolkestein Directive's Application Between Innovative Readings and Jurisprudential Riconsiderations*) » 147

- Carlo Alberto Toffolon - Copyright and Geo-blocking Through the Lens of EU Competition Law* Pag. 355
(Diritto d'autore e geo-blocking esaminati attraverso la lente del diritto della concorrenza dell'UE)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

- Giovanni Ballarini - La nebbia ("la Fumära") della bassa parmense spiega come accudisce, da vera madre, il re dei salumi: il Culatello di Zibello* » 483
(The fog ("la Fumära") of the Lower Parma Area Explains how it Looks After, Like a True Mother, the King of Cured Meats: Culatello di Zibello)
- Matteo Ianni - L'adesione dell'Ucraina all'Unione europea: pericoli, svantaggi e ruolo dell'Accordo di Associazione Ucraina-UE* » 257
(Ukraine Accession to the European Union: Dangers, Disadvantages and Role of the Ukraine-EU Association Agreement)
- Alessandra Quarta - Lo sviluppo del marchio del patrimonio europeo* » 275
(The Development of the European Heritage Label)

RECENSIONI

- Daron Acemoglu - Simon Johnson, Power and Progress - Our Thousand-Year Struggle Over Technology and Prosperity* » 487
(Fausto Capelli)
- Carlo Eugenio Baldi, Così è... (se vi pare). Gli aiuti di Stato tra concorrenza e competitività* » 306
(Giulia Toraldo)
- Enrico Adriano Raffaelli (a cura di), XV Antitrust between Eu Law and National Law - Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea, XV Conference - XV Convegno* » 305
(Fausto Capelli)

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Quando la controversia che presenta aspetti puramente interni ad un solo Stato membro non consente alla Corte di giustizia di pronunciarsi

Sentenza della Corte di giustizia del 18 gennaio 2022 in causa n. C-261/20

Thelen Technopark Berlin GmbH c. MN

(con commento di *Enrica Adobati*)

Pag. 331

La Corte di giustizia interpreta l'art. 4, punto 6, della Decisione Quadro 2002/584/GAI in combinato disposto con l'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dichiara che la non esecuzione facoltativa del mandato d'arresto europeo, affinché la pena sia eseguita nello Stato membro di residenza, deve applicarsi anche ai cittadini di Paesi terzi

Sentenza della Corte di giustizia del 6 giugno 2023 in causa n. C-700/21

Procedimento a carico di O.G., con l'intervento di Presidente del Consiglio dei Ministri

(con commento di *Antonio Caiola*)

» 103

Progetti cofinanziati dai Fondi strutturali: la Corte di giustizia fornisce indicazioni per l'interpretazione del principio della «stabilità delle operazioni» il cui scopo è garantire che i finanziamenti concessi per una certa finalità non vengano utilizzati per scopi diversi

Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2023 in causa n. C-313/22

Achilleion Anonymi Xenodocheiaki Etaireia c. Elliniko Dimosio

(con commento di *Carlo Eugenio Baldi*)

» 87

Sentenza *Valve* del Tribunale dell'UE e "geo-blocking" di videogiochi per PC: un punto a favore del mercato unico digitale?

Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 27 settembre 2023 in causa n. T-172/21

Valve Corporation c. European Commission

(con commento di *Carlo Alberto Toffolon*)

» 343

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

Aggiornamento dei sistemi di calcolo per stabilire somme forfettarie e penalità nell'ambito dei ricorsi per inadempimento ex art. 260 TFUE

Sentenza della Corte di giustizia del 20 gennaio 2022 in causa n. C-51/20

Commissione europea c. Repubblica ellenica

Pag. 389

Trasporto aereo e compensazione pecuniaria imposta dall'autorità amministrativa

Sentenza della Corte di giustizia del 29 settembre 2022 in causa n. C-597/20

Polskie Linie Lotnicze «LOT» S.A. c. Budapest Főváros Kormányhivatala

» 123

Tutela giurisdizionale effettiva nell'ambito di un giudizio nazionale

Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 2022 in causa n. C-289/21

IG c. Varhoven administrativen sad

» 124

Pacchetti turistici nel periodo di pandemia da Covid-19

Sentenza della Corte di giustizia del 12 gennaio 2023 in causa n. C-396/21

KT, NS c. FTI Touristik GmbH

» 126

La Corte di giustizia si pronuncia sulle questioni di giurisdizione nell'ambito di un'azione di contraffazione

Sentenza della Corte di giustizia del 27 aprile 2023 in causa n. C-104/22

Lännen MCE Oy c. Berky GmbH, Senwatec GmbH & Co KG

» 391

Interpretazione del Regolamento (Ue) n. 2016/679 sulla protezione dei dati personali

Sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 2023 in causa n. C-300/21

UI c. Österreichische Post AG

» 130

Sospensione del procedimento principale da parte di un giudice nazionale che sottopone alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE

Sentenza della Corte di giustizia del 17 maggio 2023 in causa

- n. C-176/22
BK, ZhP, con l'intervento di: *Spetsializirana prokuratura* Pag. 134
- La limitazione del numero di autorizzazioni per i veicoli a noleggio con conducente nell'area metropolitana di Barcellona viola la libertà di stabilimento**
Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2023 in causa C-50/21
Prestige and Limousine SL c. Área Metropolitana de Barcelona, Asociación Nacional del Taxi (Antaxi), Asociación Profesional Élite Taxi, Sindicat del Taxi de Catalunya (STAC), Tapoca VTC1 SL, Agrupació Taxis Companys » 393
- Pacchetti turistici nel periodo di pandemia da Covid-19**
Sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 2023 in causa n. C-407/21
Union fédérale des consommateurs - Que choisir (UFC - Que choisir), Consommation, logement et cadre de vie (CLCV) c. Premier ministre, Ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance » 127
- Brexit e perdita della cittadinanza europea: la Corte rigetta i ricorsi dei cittadini britannici**
Sentenza della Corte di giustizia del 15 giugno 2023 in causa n. C-502/21 P
David Price c. Consiglio dell'Unione europea » 136
- Interpretazione del Regolamento (Ue) n. 2016/679 sulla protezione dei dati personali**
Sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2023 in causa n. C-579/21
J. M., con l'intervento di: *Apulaistietosuojavaltuutettu, Pankki S* » 131
- Accordi verticali tra imprese basati su prezzi minimi di rivendita fissati ai distributori**
Sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 2023 in causa n. C-211/22
Super Bock Bebidas SA AN, BQ c. Autoridade da Concorrência » 137

- Il diritto del consumatore di recedere da un abbonamento sottoscritto a distanza, inizialmente gratuito e rinnovato automaticamente, è garantito una sola volta, purché sia stato informato**
Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2023 in causa n. C-565/22
Verein für Konsumenteninformation c. Sofatutor GmbH Pag. 396
- La Corte di giustizia si pronuncia sulla lotta contro i contenuti illeciti su internet**
Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2023 in causa n. C-376/22
Google Ireland Limited, Meta Platforms Ireland Limited, Tik Tok Technology Limited c. Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria), con l'intervento di: *Bundesministerin für Frauen, Familie, Integration und Medien im Bundeskanzleramt* » 397
- Un viticoltore può indicare in etichetta la propria azienda anche se la pressatura avviene nei locali di un altro viticoltore purché l'affittuario assuma la direzione effettiva, il controllo stretto e permanente nonché la responsabilità di tale operazione**
Sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 2023 in causa n. C-354/22
Weingut A c. Land Rheinland - Pfalz » 399
- La Corte di giustizia si pronuncia sui segni religiosi sul luogo di lavoro statuendo che una pubblica amministrazione può vietare ai dipendenti di ostentare segni religiosi**
Sentenza della Corte di giustizia del 28 novembre 2023 in causa n. C-148/22
OP c. Commune d'Ans » 401
- La Corte di giustizia interpreta il Regolamento (Ue) n. 2016/679 nell'ambito dell'irrogazione delle sanzioni *privacy*: nuovi criteri per stabilire la gravità delle infrazioni e le relative sanzioni?**
Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2023 in causa n. C-683/21
Nacionalinis visuomenės sveikatos centras prie Sveikatos apsaugos ministerijos (Centro nazionale per la sanità pubblica presso il Ministero della Sanità, Lituania) c. Valstybinė

- duomenų apsaugos inspekcija* (Ispettorato nazionale per la protezione dei dati, Lituania), con l'intervento di: *UAB «IT sprendimai sėkmei»*, *Lietuvos Respublikos sveikatos apsaugos ministerija* Pag. 403
- Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2023 in causa n. C-807/21
Deutsche Wohnen SE c. Staatsanwaltschaft Berlin » 405

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

- Presenza di parassiti in confezioni di pasta: esclusa la responsabilità del direttore del supermercato in assenza di segni di alterazione sulla confezione**
Sentenza della Corte di cassazione del 26 aprile-19 giugno 2023, III sezione penale, n. 26278/23 » 409
(con commento di *Marco Casini*)
- Non sussiste la responsabilità del direttore del supermercato per la cattiva conservazione di alimenti provocata dal mancato rispetto della temperatura nei banchi frigo in assenza di prova scritta od orale della delega agli addetti o ai responsabili di reparto**
Sentenza della Corte di cassazione, terza sezione penale, n. 32103 del 25 luglio 2023 » 167
(con commento di *Marco Casini*)
- Concessioni balneari: l'ultima giurisprudenza della Corte di cassazione**
Sentenza della Corte di cassazione, Sezioni unite civili, del 24 ottobre-23 novembre 2023 n. 32559
Sindacato Italiano Balneari Sib e altri c. Comune di Lecce e P.e.m. S.a.s. di Bonaldo Stella & C. e altri » 165
(con annotazione di *Fausto Capelli*)
- Concessioni demaniali marittime e criteri di valutazione della scarsità delle risorse**
Sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia-Lecce, sezione prima, n. 1223 del 2 novembre 2023

- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Comune di Ginosa* Pag. 141
(con commento di *Maria Teresa Stile*)

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Sull'adeguatezza del livello di protezione dei dati personali soggetti a trasferimento internazionale dall'UE verso gli Stati Uniti

- Decisione di esecuzione (Ue) n. 2023/1795 della Commissione del 10 luglio 2023 a norma del Regolamento (Ue) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio sul livello di protezione adeguato dei dati personali nell'ambito del quadro UE-USA per la protezione dei dati personali » 175
(con contributo di *Alice Pisapia*)

Come affrontare e risolvere i problemi energetici nell'Unione europea

- Direttiva (Ue) n. 2023/1791 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 settembre 2023 sull'efficienza energetica e che modifica il Regolamento (Ue) n. 2023/955 (rifusione) » 193
(con contributo di *Valerio Demontis*)

Una svolta epocale per il futuro dell'economia digitale in Europa: il *Data Act* introduce regole armonizzate che disciplinano l'accesso, l'utilizzo e la cessione dei dati industriali e consentono agli utenti dei prodotti connessi (IoT – AI) di accedere, utilizzare e condividere i dati generati da questi dispositivi

- Regolamento (Ue) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (Ue) 2017/2394 e la direttiva (Ue) 2020/1828 (regolamento sui dati) » 419
(con commento di *Gian Franco Simonini*)

DOCUMENTAZIONE**La riforma delle risorse proprie dell'Unione europea**

Art. 21 del Decreto-legge n. 183 del 31 dicembre 2020 – Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi, di realizzazione di collegamenti digitali, di esecuzione della decisione (UE, EURATOM) 2020/2053 del Consiglio, del 14 dicembre 2020

(con contributo di *Maria Caterina Baruffi* e *Ruggiero Cafari Panico*)

Pag. 221

Il Mercato unico, pietra miliare dell'integrazione europea, a trent'anni dalla sua istituzione: risultati conseguiti e nuove sfide

30 anni di mercato unico - Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Com(2023)162 final del 16 marzo 2023

(con commento di *Salvatore D'Acunto*)

» 461

Atti del Convegno tenutosi a Napoli il 27 ottobre 2023 sul tema: «La Procura europea e i controlli sull'impiego dei fondi PNRR»
--

Presentazione di *Fabio Ferraro*

» 507

Enrico Traversa - La Procura europea ("EPPO"): struttura, competenze e problemi istituzionali relativi alla legge applicabile

» 511

(*The European Public Prosecutor Office (EPPO): Structure, Powers and Institutional Problems Related to the Applicable Law*)

Vania Maffeo - Procura europea e Pubblico Ministero nazionale: relazioni investigative e di coordinamento

» 537

(*European Prosecutor's and National Prosecutor's Office: Coordinating and Investigating Relationships*)

Lorenzo Salazar - I reati di competenza della Procura europea e prospettive di eventuale estensione

» 555

(Crimes Within the Powers of the European Public Prosecutor's Office and Perspectives for their Possible Extension)

Benedetta Minucci - Le competenze dell'EPPO verso possibili sviluppi? Pag. 563
(Eppo Skills Toward Potential Developments?)

Valeria Sico - Valutazione dell'operatività della Procura europea alla luce delle prime prassi applicative e criticità » 575
(Evaluation of the Activity of the European Public Prosecutor's Office in the Light of the First Application Practices and Critical Issues)

Fausto Capelli - Per impiegare correttamente i fondi PNRR: le indagini e i controlli che la Procura europea può eseguire sull'impiego dei fondi PNRR in Italia e nell'Unione europea in base al Regolamento Ue n. 2021/241 » 591
(To Use PNRR Funds Correctly: The Investigations and Controls that the European Prosecutor (EPPO) Can Carry Out on the Use of PNRR Funds in Italy and in the European Union According to Regulation (EU) n. 2021/241)

Daniela Marrani - La tutela degli interessi finanziari dell'UE nella disciplina dei controlli sul PNRR: verso (nuove) forme di partecipazione della società civile? » 617
(The Protection of the EU Financial Interests in Italy's NRRP Controls: Towards (New) Forms of Civil Society Participation?)

Adriano Giannola - L'impiego dei fondi del NGEU e il PNRR nel Meridione d'Italia » 631
(On the Implementation of the NGEU in the Italian Mezzogiorno, the Case of the Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR))

Ugo Liberatore - Il sistema di rendicontazione e controllo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) » 643
(The Reporting and Control System of the National Recovery and Resilience Plan)

Hanno collaborato a questo numero » **311**
Hanno collaborato a questo numero » **669**

Indice 2023 » 671