

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LII – n. 4 – *Ottobre-Dicembre 2013*

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

- Maria Teresa Stile* - Le leggi nazionali di interpretazione autentica all'esame delle Corti europee Pag. 587
(*The National Laws of Authentic Interpretation before the European Courts*)

COMMENTI

- Federico Forni* - È la destinazione che rende "medico" il dispositivo » 615
(*The Destination Makes the Device «Medical»*)
- Nadia Di Lorenzo* - Il superiore interesse del minore sottratto prevale sull'applicazione della Convenzione dell'Aja 1980 » 659
(*The Best Interest of the Child Subtracted Exceeds the Application of the Hague Convention of 1980*)
- Paolo Stazi* - La Corte Suprema degli Stati Uniti si pronuncia sulla brevettabilità dei geni umani: considerazioni a margine del caso *Myriad Genetics* » 679
(*The Supreme Court of the United States Rules on the Patentability of Human Genes: Considerations On The Myriad Genetics Case*)

<i>Giuseppe Licastro</i> - Verso un «sistema integrato di gestione delle frontiere esterne»? (Towards an «Integrated Management System for External Borders»?)	Pag. 705
<i>Claudia Migliorati</i> - Il sito archeologico di Pompei a rischio di cancellazione dalla lista del patrimonio mondiale (The Archaeological site of Pompeii under the risk to be deleted from the World Heritage List)	» 723

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

<i>Fausto Capelli</i> - Come utilizzare le esperienze del passato per affrontare i problemi attuali e quelli futuri concernenti il conflitto tra palestinesi e israeliani (How to use Past Experiences to Address Current and Future Problems Concerning the Conflict between Palestinians and Israelis)	» 749
<i>Antonia Corini</i> - Cittadinanza europea: diritto alla libera circolazione in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (European Citizenship: Freedom of Movement in an Area of Freedom, Security and Justice)	» 761

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Libera circolazione dei dispositivi medici: la tutela della salute prevale sulle esigenze della libera circolazione delle merci Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-219/11 <i>Brain Products GmbH c. BioSemi VOF</i> (con commento di <i>Federico Forni</i>)	» 613
--	-------

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

La Corte di giustizia si pronuncia sulla validità dell'inserimento delle impronte digitali nel passaporto Sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 2013 in causa
--

n. C-291/12
Michael Schwarz c. Stadt Bochum Pag. 635

La responsabilità civile risultante dalla circolazione degli autoveicoli

Sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 2013 in causa
n. C-22/12
Katarína Haasová c. Rastislav Petrik, Blanka Holingová » 637

Sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 2013 in causa
n. C- 277/12
Vitālijs Drozdovs, rappresentato da *Valentīna Balakireva c. Baltikums AAS* » 638

La Corte di giustizia interpreta il Regolamento (Ce) n. 44/2001 con riferimento ai contratti conclusi con i consumatori

Sentenza della Corte di giustizia del 14 novembre 2013 in
causa n. C-478/12
Armin Maletic, Marianne Maletic c. lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH » 640

Sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 2013 in causa
n. C-218/12
Lokman Emrek c. Vlado Sabranovic » 641

La direttiva n. 93/13/Cee sulle clausole contrattuali abusive nell'interpretazione della Corte di giustizia

Ordinanza della Corte di giustizia del 14 novembre 2013 in
cause riunite n. C-537/12 e n. -116/13
Banco Popular Espanol SA c. Maria Teodolinda Rivas Quichimb, Wilmar Edgar Cun Pérez (in causa n. C-537/12)
e *Banco de Valencia SA c. Joaquín Valldeperas Tortosa, María Angeles Miret Jaume* (in causa n. C-116/13) » 644

Secondo la Corte di giustizia i farmaci soggetti a prescrizione medica non possono essere venduti nelle parafarmacie e la normativa italiana che lo vieta non contrasta con il diritto comunitario

Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2013 in cau-
se riunite da n. C-159/12 a n. C-161/12

Alessandra Venturini c. ASL Varese e altri (causa n. C-159/12), Maria Rosa Gramegna c. ASL Lodi e altri (causa n. C-160/12), Anna Muzzio c. ASL Pavia e altri (causa n. C-161/12); con l'intervento di: Federfarma - Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani

Pag. 647

Il patto civile tra persone dello stesso sesso secondo la Corte di giustizia

Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2013 in causa n. C-267/12

Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres

» 649

La legislazione inglese in tema di ripetizione delle imposte percepite in violazione del diritto dell'Unione contrasta con il diritto comunitario

Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2013 in causa n. C-362/12

Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue, Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs

» 650

Una nuova pronuncia della Corte di giustizia sulle pratiche commerciali sleali

Sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2013 in causa n. C-281/12

Trento Sviluppo srl, Centrale Adriatica Soc. coop. Arl c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

» 652

**GIURISPRUDENZA
ITALIANA E STRANIERA**

Sottrazione internazionale di minori: per la Corte di cassazione francese il preminente interesse del minore costituisce causa ostativa al suo rimpatrio

Sentenza della Corte di cassazione francese, prima camera civile, del 13 febbraio 2013 n. 107 (11-28.424)

M. Jelani X. c. Mme Isabelle Y.

(con commento di Nadia Di Lorenzo)

» 655

Il caso *Myriad* e la brevettabilità delle sequenze genetiche nell'ordinamento statunitense e dell'Unione europea

Decision of Supreme Court of the United States of 13 June, 2013 in case No. 12–398

Association for Molecular Pathology, et al., Petitioners v. Myriad Genetics, Inc., et al.

(con commento di *Paolo Stazi*)

Pag. 669

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

La nuova disciplina del «controllo di frontiera» per una efficace gestione delle frontiere esterne

Regolamento (Ue) n. 610/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che modifica il Regolamento (Ce) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, i Regolamenti (Ce) n. 1683/95 e (Ce) n. 539/2001 del Consiglio e i Regolamenti (Ce) n. 767/2008 e (Ce) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio

(con commento di *Giuseppe Licastro*)

» 701

Consiglio europeo

Conclusioni del Consiglio europeo, 19-20 dicembre 2013

» 711

DOCUMENTAZIONE

Occorre evitare altri danni al sito di Pompei

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage - Decisions adopted by the World Heritage Committee at its 37th session (Phnom Penh, 2013): 77. Archaeological Areas of Pompei, Herculaneum and Torre Annunziata (Italy) (C 829) - Decision 37 COM 7B.77

» 717

D.L. n. 34 del 31 marzo 2011 - Disposizioni urgenti in favore della cultura, in materia di incroci tra settori della stampa e della televisione, di razionalizzazione dello spettro radioelettrico, di abrogazione di disposizioni relative alla realizzazione di nuovi impianti nucleari, di partecipazioni della Cassa depositi e prestiti, nonché per gli enti del Servizio sanitario nazionale della regione Abruzzo (Art. 2)	Pag. 718
D.L. n. 91 dell'8 agosto 2013 - Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo (Art. 1) (con commento di <i>Claudia Migliorati</i>)	» 721

RECENSIONI

<i>Catherine Kessedjian</i> , Droit du commerce international	
<i>Hugues Kenfack</i> , Droit du commerce international ⁴ (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 783
Hanno collaborato a questo numero	» 787
Indice 2013	» 789

ARTICOLI

LE LEGGI NAZIONALI DI INTERPRETAZIONE AUTENTICA ALL'ESAME DELLE CORTI EUROPEE

Sommario: *Premessa - 1. La vicenda del personale A.T.A. - 2. La contribuzione previdenziale dei lavoratori migranti in Svizzera: il caso Maggio c. Italia - 3. La questione della perequazione del trattamento pensionistico dei dipendenti degli istituti di credito: il caso Arras ed altri c. Italia - 4. La prescrizione del compenso dei medici specializzandi - 5. La doppia contribuzione correlata all'iscrizione assicurativa per lo svolgimento di attività lavorative autonome. - 6. Sull'esonero dal versamento della contribuzione per malattia - 7. La "riforma Gelmini" e i lettori di lingua straniera - 8. "Collegato Lavoro" e contratti a tempo determinato - 9. Considerazioni conclusive.*

Premessa

Un nodo, tutt'altro che dipanato, espressione del coinvolgimento delle Corti supreme nazionali e di quelle europee nel meccanismo di tutela multilivello dei diritti fondamentali, concerne la questione della compatibilità delle leggi interne di interpretazione autentica con la normativa CEDU e dell'Unione, così come interpretata dai rispettivi organi giurisdizionali.

La questione ha interessato in maniera prevalente la Corte di Strasburgo, laddove l'intervento del legislatore interno ha riguardato situazioni giuridiche oggetto di procedimenti nei quali è parte lo Stato, la cui legge ad effetto retroattivo presenta elementi di possibile collisione con il principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU; collisione che, però, deve escludersi – secondo la stessa Corte – ove sussistano motivi imperativi di interesse generale, piuttosto rari a riscontrarsi nella pratica¹, non po-

¹ Tra i casi di avvenuto riconoscimento di validi motivi di interesse generale va ricordato quello incentrato sulla avvenuta riunificazione tedesca: sentenza della Corte EDU del 20 feb-

tendo certo giustificare l'intervento del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, in ipotesi – che sono le più frequenti – di mere esigenze di contenimento della spesa pubblica.

Accanto al caso più noto riguardante il pregiudizio subito, nel trattamento economico, dal personale amministrativo, tecnico e ausiliario (A.T.A.) delle scuole, in seguito al trasferimento dagli enti locali alle dipendenze dello Stato², vi sono numerosi altri casi, ove la difformità di giudizio tra Corti nazionali e Corti europee viene a prospettarsi in maniera altrettanto nitida. Così, come quello riguardante la contribuzione previdenziale in favore dei lavoratori migranti in Svizzera, o la perequazione del trattamento pensionistico dei dipendenti di istituti di credito, o ancora la doppia contribuzione INPS per i lavoratori autonomi che esercitano anche un'attività commerciale, oppure la prescrizione del trattamento retributivo dei medici specializzandi od anche il contributo previdenziale per l'assicurazione di malattia; a tanto è da aggiungere la questione correlata alla indennità risarcitoria nel contratto di lavoro a termine (art. 32, l. n. 183 del 4 novembre 2010) ed ancora quella riguardante i lettori di lingua straniera, i cui rapporti vengono ad essere intaccati da una specifica disposizione della c.d. "Riforma Gelmini".

La presenza di contrasti nei casi riportati, alcuni dei quali ancora potenziali, oltre a rilevare in termini pratici per il fatto stesso di riguardare i limiti di retroattività della legge con la connessa incidenza sui diritti in essa coinvolti, rischia di mettere in crisi i rapporti tra le Corti ed il "dialogo" da tempo instaurato tra le medesime; ciò rende opportuna qualche riflessione su di essi, tralasciando di considerare analoga problematica presentatasi anche nel settore penale.

braio 2003, *Forrer-Niedenthal c. Germania*, ricorso n. 47316/99; quello giustificato dalla necessità di rimediare ad un errore tecnico di diritto: sentenza della Corte EDU del 27 maggio 2004, *Affaires Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X et Blanche de Castille et Autres c. France*, ricorsi n. 42219/98 e n. 54563/00, in www.echr.coe.int.

² V., in argomento, M. MASSA, *La sostanza della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4679 ss.; R. CONTI, *La scala reale della Corte Costituzionale sul ruolo della Cedu nel nostro ordinamento*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1242; A. RUGGERI, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica, e domani?* (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, ricorsi n. 43549/08, 6107/09 e 5087/09, *Agrati e altri c. Italia*), in www.forumcostituzionale.it; O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, comma 1, Cost., e bilanciamento bidirezionale: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte Costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; G. BRONZINI, *Le Corti europee rimettono in gioco i diritti del personale Ata*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, p. 491 ss.; R. CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 348 ss.; V. DE MICHELE, *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei giudici nazionali*, in *Lav. giur.*, 2011, p. 707; C. CESTER, *Il trasferimento del personale «Ata» dagli enti locali allo Stato davanti alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 124 ss.

1. La vicenda del personale *A.T.A.*

La contrapposizione tra pronunce del giudice nazionale, comprese quelle della Corte costituzionale (n. 234/2007, n. 212/2008, n. 311/2009), e quelle della Corte di Strasburgo (sentenza *Agrati*) e Lussemburgo (sentenza *Scattolon*) è emersa, come accennato, in maniera netta nel caso *A.T.A.*, con riferimento alla problematica dell'inquadramento del personale e del riconoscimento dell'anzianità di servizio.

La vicenda ha avuto come momento iniziale il trasferimento, in base all'art. 8 della l. n. 124 del 3 maggio 1999, del personale scolastico, dipendente dagli enti locali, nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (*A.T.A.*) dello Stato.

Buona parte della giurisprudenza di merito, facendo leva su di un accordo della contrattazione collettiva del settore pubblico, recepito con decreto interministeriale 5 aprile 2001, aveva ritenuto legittimo, in favore di detto personale, il diritto al solo c.d. «maturato economico» computato in maniera riduttiva, riconoscendo a tale accordo la possibilità di derogare a norme di legge.

All'opposto nel 2005 la Cassazione³ riteneva che la norma di riferimento della legge del 1999 non fosse derogabile dalla contrattazione collettiva; conseguentemente al personale *A.T.A.* doveva attribuirsi il maturato economico sulla base dell'anzianità pregressa. Tale interpretazione veniva dapprima confermata da una serie di pronunce dello stesso giudice di legittimità e, quindi, modificata ma solo a seguito dell'emanazione della legge n. 266 del 23 dicembre 2005 (legge finanziaria per il 2006), il cui art. 1, comma 218, stabiliva, tra l'altro, che l'art. 8, comma 2, della legge n. 124 del 3 maggio 1999 andava interpretato nel senso che il personale *A.T.A.* doveva essere inquadrato nei ruoli statali «sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento, con l'attribuzione della posizione stipendiale di importo pari o immediatamente inferiore al trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999», disconoscendosi, in pratica, il diritto alla conservazione dell'anzianità pregressa⁴.

La norma interpretativa veniva ritenuta costituzionalmente legittima da una prima sentenza della Corte costituzionale⁵, sulla base della conside-

³ In particolare, Cass., sez. lav., n. 18829 del 27 settembre 2005, in www.italgiure.giustizia.it.

⁴ Ciò aveva comportato – volendo fare riferimento al caso concreto – che una lavoratrice, nella specie la signora Scattolon, pur avendo svolto le mansioni di bidella sia prima che dopo il trasferimento, si era vista riconosciuta un'anzianità di 9 anni anziché 20 (essendo stata assunta nel 1980) e quindi posposta a tutti i colleghi (statali fin dall'origine) con la medesima anzianità.

⁵ V. Corte cost., n. 234 del 26 giugno 2007, in www.cortecostituzionale.it.

razione che la disposizione censurata, ove considerata espressione di funzione di interpretazione autentica⁶, non potesse ritenersi lesiva dei principi costituzionali di ragionevolezza, di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, giacché essa si limitava ad assegnare alla disposizione interpretata un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario.

Una successiva sentenza della Cassazione⁷, in linea con la pronuncia della Corte costituzionale, riconosceva all'art. 1, comma 218, della l. n. 266 del 2005 effettiva natura di norma di interpretazione autentica, escludendo espressamente ogni contrasto anche con la direttiva del Consiglio n. 77/187/Cee sul trasferimento di azienda, non essendo riconducibile – a parere della Corte di legittimità – il passaggio del personale *A.T.A.* a tale nozione poiché non vi era stata alcuna cessione dell'attività, ma si era ceduto il solo contratto.

La Corte poi, d'ufficio, rilevava che la disciplina in questione non era neppure contrastante con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di limiti alla retroattività della legge civile, in quanto «pressanti ragioni di interesse pubblico» giustificavano gli effetti retroattivi della legge.

Da tale posizione dissentiva, però, la stessa sezione lavoro della Corte di cassazione, la quale, con ordinanza interlocutoria⁸, nuovamente rimetteva alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 1, comma 218, citato, ma questa volta per ipotizzato contrasto con l'art. 117, 1° comma, Cost. e, per suo tramite, con l'art. 6, par. 1, CEDU, ritenendo che la norma censurata violasse il divieto di ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 311 del 2009⁹, dichiarava, però, non fondata la questione, osservando che, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo stabiliti dall'art. 6 della CEDU non vietano in assoluto interventi retroattivi dei legislatori nazionali, consentendo interventi, come nella specie, giustificati, tra l'altro, dalla finalità di garantire una generale perequazione di tutti i lavoratori del comparto scuola, in coerenza con l'esigenza di armonizzare situazioni lavorative tra loro differenziate al-

⁶ Sulle leggi di interpretazione autentica v. R. DICKMANN, *La legge d'interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 CEDU?*, in *Federalismi.it*, 2009.

⁷ Cass., sez. lav., n. 677 del 16 gennaio 2008, in www.italgiure.giustizia.it.

⁸ Cass., n. 22260 del 4 settembre 2008, in www.italgiure.giustizia.it.

⁹ Corte cost., n. 113 del 26 novembre 2009, in *Giust. amm.*, 2009, 4, p. 130, con nota di A. CELOTTO.

l'origine, conformemente al principio di parità di trattamento di situazioni analoghe nei rapporti di lavoro pubblico.

A quest'orientamento prestava adesione anche la Cassazione, con la sentenza n. 22751 del 2010 della sezione lavoro¹⁰, che riteneva, inoltre, «l'estraneità della controversia a materia regolata in ambito comunitario» ed escludeva, quindi, l'incidenza diretta della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nel corso del 2011, tuttavia, quest'ultima, con la sentenza *Agrati e altri c. Italia*¹¹, ha ribaltato l'assetto da ultimo raggiunto, negando che l'intervento legislativo del 2005 fosse giustificato da ragioni imperative di interesse pubblico, così da violare l'art. 6 della Convenzione; al tempo stesso, la Corte ha riconosciuto che l'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005, nel regolamentare in maniera definitiva le controversie, comportasse un'ingerenza nei diritti patrimoniali dei singoli, tale da violare l'art. 1 del Protocollo n. 1, che consente l'ingerenza nel bene protetto se prevista dalla legge e proporzionata¹².

Nel dialogo tra le Corti si è inserita successivamente anche la Corte di giustizia UE, che – preceduta da appena tre mesi dalla citata decisione *Agrati* – con la sentenza *Scattolon* del 6 settembre 2011¹³ ha dato risposta alla questione pregiudiziale posta dal Tribunale di Venezia ritenendo che la riassunzione, da parte dello Stato italiano, del personale *A.T.A.* già alle dipendenze degli enti locali «costituisce un trasferimento di impresa ai sensi della direttiva 77/187/CEE»¹⁴, in considerazione del fatto che sussistono tutti i presupposti per operare tale qualificazione¹⁵.

¹⁰ In www.italgiure.giustizia.it.

¹¹ Sentenza della Corte EDU del 7 giugno 2011, *Agrati e a. c. Italia*, cit. *supra*, nota 2.

¹² In generale, la Corte EDU, nella sua giurisprudenza, ha riconosciuto che le leggi aventi effetto retroattivo e giudicate un'ingerenza legislativa, devono essere valutate sotto un duplice profilo, relativo da un lato alla compatibilità con l'art. 1 Prot. 1, cfr. sentenza del 6 ottobre 2005 [GC], *Maurice c. France*, ricorso n. 11810/03, CEDU 2005 IX, par. 81; sentenza del 6 ottobre 2005 [GC], *Draon c. France*, ricorso n. 1513/03, par. 73 e sentenza del 7 giugno 2007, *Kuznetsova c. Russia*, ricorso n. 67579/01, par. 50, dall'altro lato in relazione all'art. 6 della Convenzione, sotto l'angolo della protezione del giusto processo.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2011 in causa n. C-108/10, *Scattolon*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 7491 e in www.curia.eu.int.

¹⁴ Sentenza *Scattolon*, loc. cit., punto 66.

¹⁵ Ciò in quanto oltre a trattarsi di un'attività economica, la giurisprudenza UE non ritiene necessario un rapporto giuridico diretto tra cedente e cessionario (sentenza della Corte di giustizia del 19 maggio 1992 in causa n. C-29/91, *Redmond Stichting*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 3189 ss. e annotata in questa *Rivista*, 1993, p. 89) e ha considerato irrilevante la natura pubblica dei soggetti coinvolti quando, come nel caso di specie, l'attività prestata (servizi ausiliari) non rientri nell'esercizio di pubblici poteri (sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 2000 in causa n. C-343/98, *Collino*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6659 ss.). Entrambe le sentenze sono reperibili sul sito internet in www.curia.eu.int.

La Corte ha rilevato, inoltre, come il nuovo contratto collettivo applicato al personale *A.T.A.* prevede condizioni meno favorevoli di quelle applicate prima del trasferimento e ciò è in contrasto con i principi di tutela sociale espressi dalla direttiva. Sottolinea, infatti, la Corte che l'art. 3 della direttiva n. 77/187/Cee osta a che i lavoratori trasferiti subiscano, rispetto alla loro posizione antecedente al trasferimento un peggioramento retributivo sostanziale.

La Corte di giustizia ha, quindi, rinviato al giudice nazionale affinché esamini se si sia verificato effettivamente un complessivo peggioramento retributivo del personale trasferito.

In questo articolato contesto giurisprudenziale si inseriscono le seguenti sentenze della Sezione Lavoro della Corte di cassazione in materia¹⁶, le quali, cassando con rinvio la decisione impugnata, hanno affermato che, in tema di personale degli enti locali trasferito nel ruolo del personale *A.T.A.* (amministrativo, tecnico, ausiliario) dello Stato ai sensi dell'art. 8, comma 2, legge n. 124 del 3 maggio 1999 (autenticamente interpretato dall'art. 1, comma 218, legge n. 266 del 2005), il legislatore – come precisato dalla Corte di giustizia con la sentenza 6 settembre 2011¹⁷ – è tenuto ad attenersi allo scopo della direttiva n. 77/187/Cee consistente «nell'impedire che i lavoratori coinvolti in un trasferimento siano collocati in una posizione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento». Ne consegue che al giudice del rinvio è stato assegnato il compito di valutare se, all'atto del trasferimento, si sia verificato un peggioramento della condizione retributiva globalmente attribuita al lavoratore rispetto a quella goduta immediatamente prima del trasferimento stesso¹⁸. Resterà, quindi, escluso un contrasto della norma nazionale con la CEDU ove un simile danno non dovesse essersi verificato in concreto (sicché non viene in applicazione

¹⁶ Cass., sez. lav., n. 20980 del 12 ottobre 2011; conforme, Cass., sez. lav., n. 21282 del 14 ottobre 2011 e n. 12357 del 18 luglio 2012, in www.italgiure.giustizia.it.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2011 in causa n. C-108/10, *cit. supra*, nota 13.

¹⁸ La Cassazione, con le succitate pronunce, richiamando la sentenza *Scattolon*, ha indicato i criteri dell'accertamento che il giudice di rinvio deve compiere: 1. Quanto ai soggetti la cui posizione va comparata, il confronto è con le condizioni immediatamente antecedenti al trasferimento dello stesso lavoratore trasferito (così il punto 75 della sentenza *Scattolon*). Al contrario, non ostano eventuali disparità con i lavoratori che all'atto del trasferimento erano già in servizio presso il cessionario (punto 77). 2. Quanto alle modalità, si deve trattare di peggioramento retributivo sostanziale (così il dispositivo) ed il confronto tra le condizioni deve essere globale (punto 76: «condizioni globalmente meno favorevoli»; punto 82: «posizione globalmente sfavorevole»), quindi non limitato allo specifico istituto, ma considerando anche eventuali trattamenti più favorevoli su altri profili, nonché eventuali effetti negativi sul trattamento di fine rapporto e sulla posizione previdenziale. 3. Quanto al momento da prendere in considerazione, il confronto deve essere fatto all'atto del trasferimento (punti 82 e 84, oltre che nel dispositivo: «all'atto della determinazione della loro posizione retributiva di partenza»).

l'art. 1 del Protocollo 1, ma, al più, – benché anche in tale ambito siano prospettabili consistenti dubbi¹⁹ – solo l'art. 6 della Convenzione, con ben diverse conseguenze, come già sopra indicato). Si tratta, in altri termini, di un accertamento di fatto rimesso al giudice ordinario, che è, senza dubbio, essenziale per l'attribuzione della tutela che presuppone la disapplicazione della disciplina nazionale.

È il caso di segnalare che, dopo la decisione della Cassazione, il Tribunale di Treviso, con sentenza del 13 gennaio 2012, riconducendo la problematica al diritto UE, ha ritenuto di risolvere la questione "saltando" il contrasto tra Corte costituzionale e CEDU ed evitando la riproposizione della questione di costituzionalità. In tal modo ha direttamente disapplicato le disposizioni nazionali, senza procedere all'accertamento in concreto di un pregiudizio economico per i lavoratori. Si è così opportunamente osservato che la via primaria apertasi ora per rimuovere gli effetti della normativa interna stia nel richiederne al giudice la disapplicazione in quanto contrastante col diritto europeo-comunitario, previo accertamento della sussistenza degli effetti lesivi, svolto nei termini tracciati dalla Corte di giustizia; ed è ragionevole pensare che da questa via più piana e diretta potrà passare una buona parte del contenzioso presente e futuro, con conseguenze verosimilmente soddisfattive per gli interessi dei ricorrenti privati ma con l'effetto, non privo di rilievo, di estromettere dall'ulteriore corso della vicenda il circuito Corte di Strasburgo-Corte costituzionale, provvedendo così a depotenziare il conflitto che si era venuto creando sino al punto (quasi) di non ritorno costituito dalla sentenza *Agrati*²⁰.

Frattanto, è intervenuta la *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo²¹, che, nel ribadire l'accertata violazione dell'art. 6 CEDU, ha proceduto alla liquidazione dei danni patiti dai ricorrenti nella misura delle rivendicate differenze retributive.

La descritta vicenda è emblematica del disaccordo tra le tre Corti (Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte EDU), fermo restando alla Corte di cassazione il compito di ricondurre ad unità la tutela multilivello fornita dagli interventi delle menzionate Corti²².

¹⁹ La totale assenza di pregiudizio di carattere sostanziale pone il problema, invero, anche dell'applicabilità dell'art. 6 CEDU, posto che la norma presuppone pur sempre l'esistenza di un diritto sulla base dell'ordinamento nazionale. In altri termini, l'assenza di una situazione sostanziale specifica, tutelabile sulla base dell'ordinamento interno, esclude la tutela del giusto processo.

²⁰ Cfr. G. REPETTO, *Il triangolo andrà considerato. In margine al caso Scattolon*, in www.europeanrights.it.

²¹ Sentenza dell'8 novembre 2012 [GC], *Agrati e altri c. Italia*, ricorsi n. 43549/08, n. 6107/09 e n. 5087/09, in www.chr.coe.int.

²² V., in argomento, G. AMOROSO, *Corte di cassazione e tutela dei diritti fondamentali*

2. La contribuzione previdenziale dei lavoratori migranti in Svizzera: il caso *Maggio c. Italia*

Oltre che nella vicenda *Agrati*, anche in numerosi altri casi si è posta la questione della compatibilità di leggi nazionali d'interpretazione autentica con l'art. 6 CEDU e con l'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione.

Così è accaduto con la sentenza *Maggio c. Italia*²³, in riferimento alla disposizione che regola il calcolo della contribuzione previdenziale maturata in Svizzera dai lavoratori migranti e fatta valere in Italia nel regime dell'assicurazione generale obbligatoria sulla base della Convenzione tra Italia e Svizzera sulla sicurezza sociale del 14 dicembre 1962²⁴. La Corte di Strasburgo, pur non ritenendo violato il Protocollo n. 1, art. 1²⁵ – poiché lo Stato godeva di una discrezionalità nel regolare il trattamento pensionistico ed una limitazione della pensione appariva non irragionevole posta l'aliquota diversa vigente per il periodo in Svizzera – ha rilevato un contrasto dell'art. 1, comma 777, della legge n. 296 del 27 dicembre 2006 (Finanziaria per il 2007) con l'art. 6 CEDU (giusto processo), laddove interpreta autenticamente l'art. 5, comma 2, del dpr n. 488 del 27 aprile 1968 riducendo la retribuzione su cui calcolare la pensione dei lavoratori italiani che avevano chiesto il trasferimento all'Inps dei contributi da loro versati all'assicurazione sociale svizzera. Per la Corte di Strasburgo la

nella *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Roma, 14 novembre 2012 – Aula Magna della Corte di Cassazione.

²³ Sentenza della Corte EDU del 31 maggio 2011, *Maggio c. Italia*, ricorso n. 46286/09, in www.echr.coe.int.

²⁴ L'Accordo tra Italia e Svizzera concluso il 4 luglio 1969, reso esecutivo con la l. n. 283 del 18 maggio 1973, prevede che i cittadini italiani che abbiano lavorato in Svizzera possano chiedere, se non hanno ancora beneficiato di alcuna prestazione dell'assicurazione di vecchiaia, superstiti e di invalidità svizzera, il trasferimento alle assicurazioni sociali italiane dei contributi versati da loro e dai loro datori di lavoro all'assicurazione sociale svizzera. Nel 1968 in Italia era stato introdotto un sistema di calcolo della pensione che basava il suo importo sulla retribuzione percepita nell'ultimo periodo lavorativo (pensione retributiva). Poiché l'ordinamento pensionistico svizzero prevede aliquote contributive decisamente più basse di quelle vigenti nell'ordinamento italiano e correlative retribuzioni più alte, succedeva che i lavoratori che avevano lavorato in quella Confederazione e che avevano fatto ritorno in Italia, pur avendo versato una quantità di contributi più bassa, avrebbero dovuto percepire assegni di pensione più alti di quelli percepiti dai lavoratori rimasti sempre in Italia. L'Inps, facendo valere questa situazione, aveva iniziato a liquidare le pensioni in esame effettuando una riduzione delle retribuzioni svizzere di riferimento che compensasse i minori contributi versati. Nell'ambito del contenzioso che ne era nato, la Corte di cassazione ha sempre ritenuto illegittimo il calcolo effettuato dall'Inps, sino all'intervento della legge n. 296 del 27 dicembre 2006, il cui art. 1, comma 777, statuisce che la disciplina originaria va interpretata nel senso che la retribuzione «estera» deve essere riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati nel nostro Paese nello stesso periodo.

²⁵ Sul punto cfr. le interessanti osservazioni di F. BUFFA, *Il diritto del lavoro e della previdenza sociale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e nel dialogo "multilevel" tra le Corti*, Incontro di studi, CSM, Roma, 16-18 gennaio 2012.

norma in esame ha modificato definitivamente, a danno di una intera categoria di persone, l'esito dei giudizi pendenti nei quali lo Stato era parte in assenza di un motivo di interesse generale sufficientemente impellente da superare i pericoli inerenti all'utilizzo della legislazione retroattiva.

Ancor prima della sentenza *Maggio*, tuttavia, la Corte costituzionale²⁶ era già stata investita da una questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di cassazione²⁷ sulla medesima disposizione di interpretazione autentica – anche se non in riferimento all'art. 6, par. 1, CEDU – dichiarandola non fondata, in quanto la norma censurata non determinava alcuna lesione dell'affidamento del cittadino nella certezza dell'ordinamento giuridico, poiché attribuiva alla disposizione interpretata un significato rientrante nelle possibili letture del testo originario.

Ma, successivamente alla intervenuta pronuncia della Corte di Strasburgo²⁸, la Corte di cassazione²⁹ ha sollevato nuovamente la questione di legittimità costituzionale della norma di interpretazione autentica con riferimento, però, all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6, par. 1, CEDU, come già interpretato in specie dalla Corte di Strasburgo nella citata pronuncia.

Con sentenza n. 264 del 2012 la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione. In particolare, la Consulta, nel ritenere corretto il bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti, operato dal legislatore con la norma censurata, ha posto in luce che gli effetti di detta disposizione ricadono nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'art. 81, quarto comma, della Costituzione, ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso (sentenza n. 172 del 2008), impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali.

Ha, quindi, affermato, che è ispirata ai principi di uguaglianza e di proporzionalità una legge che tenga conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera siano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia e operi, quindi, una riparametrazione diretta a rendere i contributi propor-

²⁶ Corte cost., n. 172 del 23 maggio 2008, in www.cortecostituzionale.it.

²⁷ Cass., sez. lav., n. 5048 del 5 marzo 2007, in www.italgiure.giustizia.it.

²⁸ Sentenza della Corte EDU del 31 maggio 2011, *Maggio e altri c. Italia*, cit. *supra*, nota 23.

²⁹ Cass., sez. lav., n. 23834 del 15 novembre 2011, in www.italgiure.giustizia.it.

zionati alle prestazioni, a parificare i trattamenti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni.

3. La questione della perequazione del trattamento pensionistico dei dipendenti degli istituti di credito: il caso *Arras ed altri c. Italia*

Analoga la questione nel caso *Arras ed altri c. Italia*³⁰, incentrato anch'esso sulla violazione dell'art. 6 della CEDU in relazione alle norme italiane di interpretazione autentica (dlgvo n. 503 del 30 dicembre 1992 e l. n. 421 del 23 ottobre 1992) che avevano eliminato il sistema di perequazione aziendale con legge retroattiva mentre erano in corso numerose controversie in materia.

La questione prende le mosse dal passaggio all'INPS dei dipendenti dell'ex Banco di Napoli – a seguito della privatizzazione operata dalla riforma Amato (l. n. 218 del 30 luglio 1990) – che aveva determinato la soppressione del più favorevole meccanismo perequativo delle pensioni previsto dalla l. n. 486 dell'8 agosto 1895 e il passaggio a quello applicato alla generalità dei lavoratori dipendenti (l. n. 357 del 20 novembre 1990; l. n. 421/1992; dlgs n. 503/1992).

Ne era seguito un vasto contenzioso giudiziario, il cui esito era stato, prevalentemente, favorevole ai lavoratori, avendo la giurisprudenza di legittimità³¹ riconosciuto il diritto al mantenimento della più favorevole disciplina aziendale di perequazione automatica in favore di chi fosse già pensionato alla data del 31 dicembre 1990.

La Corte di cassazione³² ha allora sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 55, l. n. 243 del 23 agosto 2004, deducendo la violazione degli artt. 3, 102 e 111 Cost., nella parte in cui, con norma di interpretazione autentica ed effetti retroattivi, aveva previsto che «al fine di estinguere il contenzioso giudiziario relativo ai trattamenti corrisposti a talune categorie di pensionati già iscritti a regimi previdenziali sostitutivi», la perequazione automatica delle pensioni doveva intendersi

³⁰ Sentenza della Corte EDU del 14 febbraio 2012, *Arras e a. c. Italia*, ricorso n. 17972/07, in www.echr.coe.int. Per un commento ai casi *Arras e Maggio*, v. R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in R. COSIO e R. FOGLIA, (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo tra le Corti*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 225 ss.

³¹ Cass., sez. un., n. 9023 del 3 luglio 2001, in *Foro it.*, 2002, I, c. 470; seguita da Cass., sez. un., n. 9024 del 3 luglio 2001, Cass. n. 734 del 23 gennaio 2002 e Cass. n. 14981 del 7 ottobre 2003, tutte reperibili in www.italgiure.giustizia.it.

³² Cass., sez. lav., n. 21439 del 12 ottobre 2007, in www.italgiure.giustizia.it.

applicabile al complessivo trattamento percepito dai pensionati senza eccezioni.

La Corte costituzionale – richiamando le proprie pronunce che riconoscono la legittimità delle norme di interpretazione autentica ove attribuiscono alla disposizione interpretata uno dei significati ricompresi nell'area semantica della disposizione stessa – ha dichiarato non fondata la questione³³.

La giurisprudenza di legittimità³⁴ si è conformata, precisando come il legislatore, con l'art. 1, comma 55, della citata l. n. 243 del 2004, avesse inteso sopperire alle aporie del sistema, così avvalorando l'orientamento giurisprudenziale favorevole a ravvisare la *ratio legis* del citato dlgs n. 503 del 1992 nella necessità di regole uniformi per la perequazione di tutte le pensioni in atto alla data della sua entrata in vigore, senza esentare da tale riassetto gli ex dipendenti degli enti creditizi già pensionati alla data del 31 dicembre 1990, onde evitare il deprecabile fenomeno delle "pensioni d'annata".

Ha, inoltre, aggiunto che la disposizione non era censurabile neppure sotto il profilo di un contrasto con l'art. 117 Cost., per violazione dell'art. 6, comma 1, CEDU, posto che il principio (a quella norma riconducibile) di non ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia allo scopo d'influire sulla singola causa o su una determinata categoria di controversie non opera ove l'ingerenza della norma retroattiva sia giustificata da ragioni imperative di carattere generale (in specie il programma di razionalizzazione del nuovo sistema previdenziale conseguente alla privatizzazione degli enti pubblici creditizi ed al trasferimento dei regimi esclusivi o esonerativi al regime speciale INPS, con fissazione di regole uniformi per la perequazione di tutte le pensioni in atto alla data della sua entrata in vigore).

Di diverso avviso si è mostrata, invece, la Corte di Strasburgo³⁵, che, con riferimento alle fattispecie in oggetto, ha escluso che vi fossero ragioni di interesse generale in grado di giustificare l'intervento legislativo di interpretazione autentica con applicazione retroattiva tale da incidere sull'esito dei procedimenti pendenti tra privati, condannando lo Stato italiano al pagamento di somme, specificatamente determinate, per ciascuno dei ricorrenti.

La nuova sentenza di condanna dell'Italia, riguardando un provvedimento legislativo incidente su controversie tra privati – enti creditizi e propri dipendenti – assume peculiare rilievo in quanto, sganciando il tema

³³ Corte cost. n. 362 del 7 novembre 2008, in www.cortecostituzionale.it.

³⁴ Cass., sez. lav., n. 16206 del 10 luglio 2009, in www.italgiure.giustizia.it.

³⁵ Sentenza della Corte EDU del 14 febbraio 2012, *Arras ed altri c. Italia*, cit. *supra*, nota 30.

della retroattività/irretroattività della legge civile dallo schema classico delle controversie tra Stato e cittadino, afferma un principio di portata generale applicabile anche ai rapporti interprivati.

4. La prescrizione del compenso dei medici specializzandi

Una questione, anch'essa incentrata sul carattere retroattivo o meno di una norma e sulla sua applicazione ai giudizi in corso, ha riguardato l'art. 4, comma 43, della l. n. 183 del 12 novembre 2011³⁶, a tenore del quale la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, «in ogni caso», alla disciplina di cui all'art. 2947 c.c. (prescrizione quinquennale), e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato.

La questione ha assunto peculiare rilievo nei confronti delle pretese risarcitorie, vantate dai medici per l'attività da loro svolta durante i corsi di specializzazione, fondate sulla responsabilità dello Stato per inadempimento agli obblighi comunitari e sulla conseguente perdita dei diritti spettante per detta attività.

La Corte di cassazione, investita da una molteplicità di controversie aventi ad oggetto tali pretese, ha ritenuto, quanto al regime di prescrizione applicabile, che il diritto al risarcimento del danno da inadempimento della direttiva n. 82/76/Cee, riassuntiva delle direttive n. 75/362/Cee e n. 75/363/Cee³⁷, si prescrive nel termine di dieci anni decorrente dal 27 ottobre 1999, data di entrata in vigore dell'art. 11 della l. n. 370 del 19 ottobre 1999. Ha aggiunto che, in riferimento a detta situazione, nessuna influenza può avere la sopravvenuta disposizione di cui all'art. 4, comma 43, della l. n. 183 del 12 novembre 2011, trattandosi di norma che, in difetto di espressa previsione, ai sensi del criterio generale fissato dall'art. 12 preleggi, non può che spiegare la sua efficacia rispetto a fatti verificatisi successivamente alla sua entrata in vigore (1° gennaio 2012)³⁸.

Tale orientamento, avallato, del resto, da altre recenti pronunce della Corte nella medesima materia³⁹, merita piena adesione, mostrandosi con-

³⁶ Legge di stabilità 2012, ex legge finanziaria, in *Guri* n. 265 del 14 novembre 2011, ed entrata in vigore, ai sensi dell'art. 36 della stessa legge, l'1 gennaio 2012.

³⁷ La problematica ha interessato, all'inizio, prevalentemente il diritto dei soggetti che avevano seguito corsi di specializzazione medica iniziati negli anni dal 1° gennaio 1983 all'anno accademico 1990-1991.

³⁸ Cfr. Cass., n. 1850 dell'8 febbraio 2012, in www.italgiure.giustizia.it.

³⁹ Cfr.: Cass., n. 1917 del 9 febbraio 2012; n. 1156 del 19 gennaio 2013; n. 3279 del 12

forme alla Convenzione (art. 6 CEDU), che osta all'emanazione, nella materia civile, di norme con effetti retroattivi incidenti sui processi già in corso, salvo che per ragioni imperative d'interesse generale, in violazione del principio del giusto processo sotto il profilo della parità delle parti, da ritenere leso a causa di un intervento del legislatore diretto ad imporre una determinata soluzione ad una circoscritta e specifica categoria di controversie⁴⁰.

Si è così superato, sul piano interpretativo, un possibile contrasto con un principio più volte affermato dalla Corte EDU, non essendo di certo dirimente per accogliere la tesi contraria, l'uso dell'inciso «in ogni caso», giacché non può da esso inferirsi la volontà legislativa derogatoria del principio per cui la legge provvede per l'avvenire, se il legislatore non dispone diversamente, e ancor meno una volontà interpretativa.

5. La doppia contribuzione correlata all'iscrizione assicurativa per lo svolgimento di attività lavorative autonome

Questione, largamente dibattuta ed oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali, nelle quali, si assiste peraltro ad una piena consonanza tra le Corti, riguarda quei lavoratori autonomi che esercitano contemporaneamente due attività: una soggetta alla gestione separata e un'altra alla gestione artigiani e commercianti. I casi più frequenti hanno riguardato i soci di società ai quali l'Inps ha sempre chiesto due contributi: come commercianti e come amministratori (gestione separata). I soci hanno sempre sostenuto di dover pagare un solo contributo, invocando il «principio dell'attività prevalente».

La giurisprudenza di legittimità, dopo una fase di incertezze interpretative, si era attestata nel senso di ritenere che al socio di una società a responsabilità limitata che eserciti attività commerciale nell'ambito della medesima e, contemporaneamente, svolga attività di amministratore, anche unico, dovesse applicarsi la regola dettata dall'art. 1, comma 208, della l. n. 662 del 23 dicembre 1996, secondo la quale i soggetti che esercitano contemporaneamente, in una o più imprese commerciali, varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, sono iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in misura prevalente; con l'ulteriore precisazione che la scelta dell'iscrizione nella ge-

febbraio 2013; n. 16104 del 26 giugno 2013, in www.italgiure.giustizia.it e v. *Foro it.* n. 9, 2003, c. 2538 ss., con nota redazionale.

⁴⁰ V., al riguardo, Corte cost. n. 257 del 30 settembre 2011 in tema di legge interpretativa.

stione di cui all'art. 2, comma 26, della legge n. 335 del 1995, o nella gestione degli esercenti attività commerciali, ai sensi dell'art. 1, comma 203, della legge n. 662 del 1996, spetta all'INPS, secondo il carattere di prevalenza, e la contribuzione si commisura esclusivamente ai redditi percepiti dall'attività prevalente e con le regole vigenti nella gestione di competenza⁴¹. È poi intervenuto il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, art. 12, comma 11, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. n. 122 del 30 luglio 2010, art. 1, comma 1, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica, la cui disposizione, con norma dichiaratamente di interpretazione autentica, si è discostata dall'ormai acquisito orientamento, stabilendo che le attività autonome, soggette a comparazione in termini di prevalenza, sono solo le attività aventi natura imprenditoriale ex art. 2195 c.c., quali quelle esercitate in forma d'impresa dai commercianti, dagli artigiani e dai coltivatori diretti, i quali vengono iscritti in una delle corrispondenti Gestioni dell'INPS (si pensi, ad esempio, ai commercianti che svolgano anche attività di artigiano); restano, invece, escluse dall'applicazione di tale principio le attività autonome non imprenditoriali o di collaborazione coordinata e continuativa per le quali sia obbligatoria l'iscrizione alla Gestione separata di cui all'art. 2, comma 26 della l. n. 335 dell'8 agosto 1995 (co.co.co. quali gli amministratori di società, lavoratori a progetto, professionisti senza Cassa, ecc.). Pertanto, in caso di contemporaneo esercizio di due attività, l'una di natura imprenditoriale e l'altra compresa tra quelle iscrivibili alla Gestione separata – il caso più ricorrente è quello dei soci lavoratori di srl commerciali che, al contempo, siano anche amministratori – non opera l'unificazione della contribuzione sulla base del criterio dell'«attività prevalente», ma le due attività rimangono, anche sotto il profilo previdenziale, distinte ed autonome, con conseguente possibile soggezione al prelievo contributivo nell'ambito di entrambe le Gestioni (Gestione INPS dei commercianti/artigiani/coltivatori diretti e Gestione separata), ove, naturalmente, ne sussistano i rispettivi presupposti.

A tale regola espressa dalla norma risultante dalla disposizione interpretata e dalla disposizione di interpretazione autentica, si è uniformata la successiva giurisprudenza di legittimità⁴², facendosi carico di puntualizzare che costituisce una disposizione dichiaratamente ed effettivamente di interpretazione autentica, diretta a chiarire la portata della disposizione interpretata, e pertanto, non è lesiva del principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU, quanto al mutamento delle "regole del gioco" nel corso

⁴¹ V., per tutte, Cass., sez. un., n. 3240 del 12 febbraio 2010, in www.italgiure.giustizia.it.

⁴² V. Cass., sez. un., n. 17076 dell'8 agosto 2011; e Cass., n. 8666 del 9 aprile 2013, in www.italgiure.giustizia.it.

del processo, trattandosi di legittimo esercizio della funzione legislativa garantita dall'art. 70 Cost.

Il ricorso del legislatore all'interpretazione autentica, in specie, non lede, infatti, il principio del giusto processo ex art. 6 CEDU perché la regola che il giudice, in quanto soggetto alla legge, è chiamato ad applicare nel significato espresso dalla disposizione di interpretazione autentica, era fin dall'inizio ricompresa nell'ambito dei significati plausibili che potenzialmente esprimeva la disposizione interpretata⁴³.

Sollevata successivamente questione di legittimità costituzionale della norma di interpretazione autentica, la Corte costituzionale ha escluso la dedotta violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU, in quanto «la norma censurata si è limitata ad enucleare una delle possibili opzioni ermeneutiche dell'originario testo normativo, peraltro già fatta propria da parte consistente della giurisprudenza di merito e di quella della Corte di cassazione che, secondo l'orientamento più recente, si è uniformata alla soluzione prescelta dal legislatore, soluzione che ha superato una situazione di oggettiva incertezza, contribuendo così a realizzare principi d'indubbio interesse generale e di rilievo costituzionale, quali sono la certezza del diritto e l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge»⁴⁴.

6. Sull'esonero dal versamento della contribuzione per malattia

Un altro caso che ha comportato il richiamo dell'art. 6, par. 1, CEDU, sotto il profilo di una possibile sua violazione, ha riguardato la questione della esenzione dall'obbligo contributivo di malattia per quelle imprese che, per legge o per contratto collettivo, hanno corrisposto il trattamento di malattia ai propri dipendenti.

Il dato normativo di riferimento è l'art. 6, secondo comma, della legge n. 138 dell'11 gennaio 1943 (Costituzione dell'Ente Mutualità Fascista Istituto per l'Assistenza di malattia ai lavoratori), il quale prevede che l'indennità di malattia non è dovuta quando il relativo trattamento economico è corrisposto, per legge o per contratto collettivo, dal datore di lavoro o da altri enti.

È intervenuto poi, il d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, convertito con modificazione dalla l. n. 133 del 6 agosto 2008, il cui art. 20, comma 1, ha stabilito che il menzionato comma 2 dell'art. 6 si interpreta nel senso che

⁴³ Cfr. Cass., sez. un., n. 17076 dell'8 agosto 2011, *loc. cit.*

⁴⁴ Corte cost., n. 32 del 6 marzo 2013, in www.cortecostituzionale.it.

«i datori di lavoro che hanno corrisposto per legge o per contratto collettivo, anche di diritto comune, il trattamento economico di malattia, con conseguente esonero dell'Istituto nazionale della previdenza sociale dall'erogazione della predetta indennità, non sono tenuti al versamento della relativa contribuzione all'Istituto medesimo».

Tale norma, applicabile come *jus superveniens* anche nei giudizi in corso, ha finito per capovolgere la precedente pronuncia giurisprudenziale orientata nel senso della permanenza dell'obbligo contributivo del datore di lavoro⁴⁵.

Dal punto di vista esegetico la giurisprudenza di legittimità⁴⁶ ha chiarito che la disposizione in parola ha attribuito all'art. 6, secondo comma, della legge n. 138 del 1943, il significato di escludere, nel caso in cui il trattamento di malattia venga corrisposto, per legge o per contratto collettivo, direttamente dal datore di lavoro – con conseguente esonero dell'INPS dall'erogazione dell'indennità – l'obbligo del medesimo del versamento della relativa contribuzione all'istituto.

Si è affermato, inoltre, che la disposizione è volta a riconoscere l'esonero dalla contribuzione in conseguenza della effettiva corresponsione da parte dei datori di lavoro del trattamento economico malattia, piuttosto che della semplice previsione legale o contrattuale dell'obbligo.

La stessa giurisprudenza ha tenuto anche a puntualizzare come sia da escludersi che la disposizione – pure a prescindere dalla sua esatta qualificazione, quale norma di interpretazione autentica, di per sé intrinsecamente retroattiva, ovvero quale norma innovativa dotata di efficacia retroattiva – si ponga in contrasto con il principio costituzionale di ragionevolezza e con l'art. 117, primo comma, Cost. e, per suo tramite, con l'art. 6, par. 1, della CEDU, trovando la diversa distribuzione degli oneri di contribuzione tra datore di lavoro e istituto previdenziale giustificazione nel principio di solidarietà, la cui attuazione costituisce motivo imperativo di interesse generale ed è idonea, nella materia civile, a legittimare, secondo la stessa giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo⁴⁷, anche interventi retroattivi, tanto più ove l'ingerenza della norma investa processi pendenti contro soggetti diversi dallo Stato (in specie l'INPS), imponendone un esito favorevole per la parte privata.

⁴⁵ Cass., sez. un., n. 10232 del 27 giugno 2003, in www.italgiure.giustizia.it.

⁴⁶ Cass., sez. lav., n. 25047 del 13 ottobre 2008, in www.italgiure.giustizia.it.

⁴⁷ V. sentenze della Corte EDU del 29 marzo 2006 [GC], *Scordino c. Italia*, ricorso n. 36813/1997; del 21 giugno 2007, *Scm Scanner de l'Ouest Lyonnais e a. c. Francia*, ricorso n. 12106/03; del 10 giugno 2008, *Bortesi e a. c. Italia*, ricorso n. 71399/01, tutte reperibili sul sito internet www.echr.coe.int.

Successivamente la Corte costituzionale⁴⁸, investita della questione di costituzionalità della norma, l'ha dichiarata non fondata, introducendo tale disposizione una nuova disciplina del contributo previdenziale relativo all'assicurazione contro le malattie, espressione della discrezionalità di cui gode il legislatore nella conformazione dell'obbligazione contributiva.

Ma la questione di costituzionalità della stessa disposizione è tornata nuovamente in discussione, ad opera della Corte di cassazione⁴⁹, nella parte in cui, applicandosi retroattivamente ai rapporti pregressi non consente la ripetizione di somme versate dai datori di lavoro a titolo di contributo previdenziale di malattia in ottemperanza ad un obbligo ritenuto sussistente sulla base della precedente giurisprudenza di legittimità, ma superato dalla disposizione menzionata che, pur esonerando il datore dall'obbligo con efficacia retroattiva, contempla comunque l'irripetibilità di quanto versato. Ed è innegabile che la norma prevedendo che «restano comunque acquisite alla gestione e conservano la loro efficacia le contribuzioni comunque versate per periodi anteriori alla data dell'1.1.2009», susciti perplessità, perché sembrerebbe applicabile ai datori di lavoro che non abbiano mai versato alcuna contribuzione per malattia, precludendo la possibilità per le aziende che hanno versato tale contribuzione, sia in via spontanea che coattiva (la norma parla di contribuzione «comunque versata»), unitamente alla retribuzione, di chiedere il rimborso della contribuzione indebita.

7. La "riforma Gelmini" e i lettori di lingua straniera

Altra questione, implicante possibili contrasti analoghi a quelli sopra esposti, riguarda i lettori di madre lingua straniera, inizialmente assunti dalle Università con contratti a termine ai sensi del dpr n. 382 dell'11 luglio 1980, art. 28, quindi destinatari – come collaboratori esperti linguistici – di contratti ai sensi del d.l. n. 530 del 1993, reiterato con successivi decreti sino al d.l. n. 120 del 1995, convertito nella l. n. 236 del 21 giugno 1995 (che aveva fatto salvi gli effetti dei decreti legge precedenti), i quali, sul presupposto di aver svolto *ab initio* mansioni implicanti vera e propria attività di insegnamento, previa declaratoria dell'esistenza di un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato a far data dalla prima assunzione, reclamano dinanzi all'autorità giudiziaria il diritto a percepire, ai sensi dell'art. 36 Cost., una retribuzione adeguata all'attività svolta e la regola-

⁴⁸ V. Corte cost., n. 48 del 12 febbraio 2010, in www.cortecostituzionale.it.

⁴⁹ Cass., sez. lav., n. 14307 del 28 giugno 2011, in www.italgiure.giustizia.it.

rizzazione della loro posizione previdenziale ed assistenziale. Al richiamato intervento legislativo del 1995 si è pervenuti a seguito di due sentenze della Corte di giustizia⁵⁰ con cui si è affermato che la disciplina contenuta nel dpr n. 382 del 1980, art. 28, comma 3 (nella parte in cui stabiliva che i contratti tra università e lettori di lingua straniera non potessero protrarsi oltre l'anno) era contraria all'art. 48 del Trattato CEE.

Successivamente la Corte di giustizia ha, però, nuovamente censurato il nostro Paese per non aver assicurato il riconoscimento dei diritti quesiti agli ex lettori di lingua straniera, divenuti collaboratori linguistici, riconoscimento invece garantito alla generalità dei lavoratori nazionali⁵¹. Si è avuto, quindi, un nuovo intervento del legislatore nazionale⁵², che al fine di dare esecuzione a questa sentenza – e con riferimento alle Università italiane *ivi* considerate – ha attribuito ai collaboratori linguistici, ex lettori di lingua straniera, un trattamento economico corrispondente a quello del ricercatore confermato a tempo definito, con effetto dalla data di prima assunzione, fatti salvi eventuali trattamenti più favorevoli.

Ciò nonostante, nei confronti della Repubblica italiana è stata avviata⁵³ altra procedura per l'irrogazione di sanzioni per l'inosservanza di obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, avendo la Commissione delle Comunità europee ritenuto che l'Italia non avesse dato piena esecuzione alla citata sentenza del 26 giugno 2001. Tale procedura si è conclusa con una pronuncia di accertamento dell'inadempimento dei pre-

⁵⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 30 maggio 1989 in causa n. 33/88, *Pilar Allué e Carmel Mary Coonan c. Università degli Studi di Venezia*, in *Raccolta*, 1989, I, p. 1591 ss., annotata in questa *Rivista*, 1989, p. 390, e 2 agosto 1993 in cause riunite n. C-259/91, n. C-331/91 e n. C-332/91, in *Raccolta*, 1993, I, p. 4309 ss., massimata in questa *Rivista*, 1993, p. 630, con nota di A. GRATANI, *La Corte di giustizia a favore dei lettori di lingua madre straniera*, 1993, p. 631 ss. Le sentenze sono reperibili sul sito internet www.curia.eu.int.

⁵¹ Si tratta della sentenza 26 giugno 2001 in causa n. C-212/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4945 ss. e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 516, la quale trae origine da un procedimento di infrazione avviato dalla Commissione in relazione al mancato riconoscimento ai collaboratori linguistici, presso sei università italiane, dei diritti connessi alla anzianità di servizio acquisita come lettori di lingua straniera prima dell'entrata in vigore della l. n. 236 del 1995.

⁵² Questo è il testo integrale del d.l. n. 2 del 14 gennaio 2004, art. 1 convertito con modificazioni nella l. n. 63 del 5 marzo 2004: «Ai collaboratori linguistici, ex lettori di madre lingua straniera delle Università degli Studi della Basilicata, di Milano, di Palermo, di Pisa, di Roma "La Sapienza" e "l'Orientale" di Napoli, già destinatari di contratti stipulati ai sensi del D.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, art. 28, abrogato dal D.L. 21 aprile 1995, n. 120, art. 4, comma 5, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 giugno 1995, n. 236, è attribuito, proporzionalmente all'impegno orario assolto, tenendo conto che l'impegno pieno corrisponde a 500 ore, un trattamento economico corrispondente a quello del ricercatore confermato a tempo definito, con effetto dalla data di prima assunzione, fatti salvi eventuali trattamenti più favorevoli; tale equiparazione è disposta ai soli fini economici ed esclude l'esercizio da parte dei predetti collaboratori linguistici, ex lettori di madre lingua straniera, di qualsiasi funzione docente».

⁵³ Con ricorso della Commissione in data 4 marzo 2004.

detti obblighi⁵⁴. La pronuncia ha, tuttavia, escluso la permanenza del suddetto inadempimento, alla data dell'esame dei fatti da parte della stessa Corte di giustizia europea, nel quadro normativo stabilito dal decreto legge n. 2 del 2004.

È accaduto, poi, che il legislatore è nuovamente intervenuto con la l. n. 240 del 30 dicembre 2010, art. 26, comma 3, norma di interpretazione autentica del citato d.l. n. 2 del 2004, art. 1, comma 1, rimettendo in discussione la linearità del comportamento dello Stato italiano rispetto agli impegni presi⁵⁵.

Prescindendo da prospettabili profili di incostituzionalità, non sembra dubitabile che l'art. 26 in questione si ponga in aperto contrasto con i principi enunciati dalla Corte di giustizia europea⁵⁶, conformi, del resto, agli effetti previsti sia dagli artt. 1 e 2 della l. n. 230 del 30 aprile 1962 (che regolava, all'epoca delle sentenze della Corte di giustizia del 1993 e del 2001, la conversione a tempo indeterminato di contratti di lavoro a termine di cui si accertasse la nullità) sia dai successivi interventi legisla-

⁵⁴ In particolare, con sentenza 18 luglio 2006 in causa C-119/04, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6885 e in questa *Rivista*, 2006, p. 507 con nota di E. ADOBATI, *L'annosa questione concernente i lettori di lingua straniera. L'ultima sentenza della Corte di giustizia*, p. 511 e commento di M. BORRACCETTI, *La sentenza ex art. 228 CE: il persistente inadempimento di uno Stato membro può non essere sanzionato*, p. 513, la Corte di giustizia ha accertato – con riferimento alla situazione esistente prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 2 del 2004 – la mancata attuazione, da parte dell'Italia dei provvedimenti richiesti dalla esecuzione della pronuncia 26 giugno 2001, nel termine di due mesi assegnato dal parere motivato della Commissione del 30 aprile 2003.

⁵⁵ Il richiamato art. 26, comma 3, ha così disposto: «Il D.L. 14 gennaio 2004, n. 2, art. 1, comma 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 5 marzo 2004, n. 63, si interpreta nel senso che, in esecuzione della sentenza della Corte di giustizia 26 giugno 2001, nella causa C-212/99, ai collaboratori esperti linguistici, assunti dalle università interessate quali lettori di madrelingua straniera, il trattamento economico corrispondente a quello del ricercatore confermato a tempo definito, in misura proporzionata all'impegno orario effettivamente assolto, deve essere attribuito con effetto dalla data di prima assunzione quali lettori di madrelingua straniera a norma del D.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, art. 28 sino alla data di instaurazione del nuovo rapporto quali collaboratori esperti linguistici, a norma del D.L. 21 aprile 1995, n. 120, art. 4 convertito, con modificazioni, dalla L. 21 giugno 1995, n. 236. A decorrere da quest'ultima data, a tutela dei diritti maturati nel rapporto di lavoro precedente, i collaboratori esperti linguistici hanno diritto a conservare, quale trattamento retributivo individuale, l'importo corrispondente alla differenza tra l'ultima retribuzione percepita come lettori di madrelingua straniera, computata secondo i criteri dettati dal citato D.L. n. 2 del 2004, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 63 del 2004, e, ove inferiore, la retribuzione complessiva loro spettante secondo le previsioni della contrattazione collettiva di comparto e decentrata applicabile a norma del D.L. 21 aprile 1995, n. 120, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 giugno 1995, n. 236. Sono estinti i giudizi in materia, in corso alla data di entrata in vigore della presente legge».

⁵⁶ Cfr., anche, sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 2008 in causa n. C-276/07, *Delay*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 3635 ss. e in www.curia.eu.int, ove si è esplicitamente statuito che: «l'applicazione della legge 230/62 ai lavoratori nazionali presuppone il proseguimento dei rapporti di lavoro intercorrenti tra il datore di lavoro ed i lavoratori stessi» (par. 24), consentendo alla lettrice Delay di dare fondamento alla sua pretesa volta ad ottenere la unitaria ricostruzione di carriera, sotto il profilo della progressione stipendiale e contributiva, dalla data di prima assunzione all'attualità.

tivi in materia, che, ribadendo analoghi principi sul punto, sanciscono, a fronte della declaratoria di nullità dei termini apposti ai contratti di lavoro, come nel caso di quelli dei lettori sorti ex art. 28 dpr n. 382 del 1980, la conversione degli stessi contratti in un unitario rapporto a tempo indeterminato fin dalla prima assunzione.

Viceversa la nuova disposizione dell'art. 26, comma 3, l. n. 240 del 2010, stabilisce che questo effetto opera solo per il «rapporto precedente», vale a dire dall'assunzione fino alla stipula dei nuovi contratti come collaboratori esperti linguistici (CEL), introdotti dalla disciplina di cui ai numerosi decreti legge susseguitisi dal dicembre 1993 fino all'ultimo convertito dalla l. n. 236 del 1995, bloccando la progressione di carriera per il periodo successivo.

Ne consegue che la previsione dell'ultima parte dell'art. 26, comma 3, l. n. 240 del 2010, la quale stabilisce l'estinzione «di tutti i giudizi in corso», cristallizzando la situazione secondo la configurazione offerta dalla professata «interpretazione autentica», costituisce – prescindendo, come accennato, da prospettabili profili di incostituzionalità – palese violazione del diritto dell'Unione da parte dello Stato italiano: per tale ragione la norma dovrà essere direttamente ed obbligatoriamente disapplicata dal giudice nazionale, perché in contrasto con i principi dell'Unione europea.

Il richiamato art. 26, comma, 3, negando l'unitarietà del rapporto di lavoro dei lettori ex art. 28 dpr n. 382 del 1980, in violazione delle vincolanti pronunce della Corte di giustizia, impone di applicare il regime di ricostruzione della carriera quale posto dalla l. n. 63 del 5 marzo 2004 solo alla parte del vincolo precedente alla stipulazione del contratto CEL, ponendosi, nella fattispecie concreta, altresì in contrasto con quanto statuito circa l'unitarietà del rapporto.

8. "Collegato Lavoro" e contratti a tempo determinato

Un altro esempio di dialogo *multilevel*, in relazione al diritto della Convenzione e a quello dell'Unione, si è avuto in materia di contratto a termine, compresa nel c.d. Collegato Lavoro, l. n. 183 del 4 novembre 2010, il cui art. 32, commi 5 e 6, ha introdotto una nuova disciplina sanzionatoria. È stato, infatti, disposto che, in caso di illegittima apposizione del termine, il danno risarcibile è limitato ad una indennità «onnicomprensiva», inclusa tra un minimo ed un massimo, venendosi, in tal modo, a sostituire all'ordinario risarcimento del danno un importo forfetizzato.

A tale nuova disciplina, il comma 7 ha attribuito portata retroattiva, statuendo che essa trova applicazione «per tutti i giudizi, ivi compresi quelli

pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge ...», con l'aggiunta che, in relazione a tali ultimi giudizi, ove necessario, ai soli fini della determinazione della indennità, il giudice fissa alle parti un termine per l'eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni ed esercita i poteri istruttori ai sensi dell' art. 421 c.p.c.

Sul presupposto che la retroattività della nuova norma sul danno risarcibile non fosse limitata ai giudizi di primo grado – come pure era possibile ricavare dal riferimento alla integrazione della domanda e dal richiamo all'art. 421 c.p.c. – ma si estendesse a tutti i giudizi in corso, e quindi anche a quelli pendenti in sede di legittimità, la Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale sotto vari profili⁵⁷. Accanto al prospettato mancato rispetto degli artt. 3, 4, 24 e 111 Cost., si è aggiunta, per l'asserita indebita interferenza del legislatore nei processi in corso, la dedotta violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost., come riflesso di quella dell'art. 6 CEDU.

Ma l'ordinanza ha tenuto anche a rimarcare la non aderenza delle disposizioni legislative in questione alla normativa e alla «giurisprudenza comunitaria». In essa si afferma che la sproporzione fra la modesta indennità ed il danno, che aumenta con la permanenza del comportamento illecito del datore di lavoro, sembra contravvenire all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 ed allegato alla direttiva n. 1999/70/Ce, che impone agli Stati membri di «prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato ... ossia misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma anche sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro»⁵⁸.

«Ne consegue che, qualora si sia verificato un ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavorato-

⁵⁷ V. Cass., ordinanza n. 2112 del 28 gennaio 2011, con nota di M. ALTIMARI, *Onnicomprensività dell'indennità: la Cassazione rimette alla Consulta le norme sul contratto a termine del Collegato lavoro*, in *Riv. Critica dir. lav.*, 2010, p. 1019; N. DE ANGELIS, *La Cassazione solleva la questione di legittimità costituzionale dei commi 5 e 6 dell'art. 32 del Collegato Lavoro: un verdetto annunciato*, NGCC, 2011, p. 545; G. FALASCA, *Contratto a termine: il Collegato lavoro finisce in Corte Costituzionale*, in *Guida al Lav.*, 2011, 10; M. TATARELLI, *L'abusiva reiterazione di contratti a termine non deve finire per penalizzare il dipendente*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 7, p. 65.

⁵⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 4 luglio 2006 in causa n. C-212/04, *Adeneler*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6057 ss. e in *www.curia.eu.int.*, e in *Foro it.*, 2007, IV, c. 72, annotata da G. RICCI e A. M. PERRINO.

ri al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario»⁵⁹.

È da osservarsi in proposito che l'ordinanza sembra dare per scontato che si tratti di questione di diritto dell'Unione visto che richiama la direttiva e, che, quindi, oltre alla CEDU sarebbe stata applicabile la Carta di Nizza e, con essa, immediatamente, la giurisprudenza di Strasburgo. Pertanto, coerentemente, ben si sarebbe potuto optare per il rinvio pregiudiziale per contrasto con la direttiva e/o con la Carta (art. 47) o addirittura procedere alla disapplicazione della norma nazionale in contrasto.

La soluzione adottata nell'ordinanza della sezione lavoro di investire invece la Corte costituzionale, ha portato alla pronuncia della Consulta⁶⁰, che ha escluso la prospettata violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost., integrato dall'art. 6 CEDU, ricorrendo tutte le condizioni in presenza delle quali la Corte di Strasburgo ritiene compatibili con l'art. 6 CEDU nuove disposizioni dalla portata retroattiva volte a regolare, in materia civile, diritti già risultanti da leggi in vigore.

Ciò in quanto l'innovativa disciplina in questione è di carattere generale, sicché, essa non favorisce selettivamente lo Stato o altro ente pubblico (o in mano pubblica), perché le controversie su cui essa è destinata ad incidere non hanno specificatamente ad oggetto i rapporti di lavoro precario alle dipendenze di soggetti pubblici, ma tutti i rapporti di lavoro subordinato a termine.

Inoltre, sussistono in ogni caso, secondo la Corte «motivi imperativi di interesse generale», che giustificano l'efficacia retroattiva della scrutinata normativa.

In specie, le ragioni di interesse generale sono ricondotte «all'avvertita esigenza di una tutela economica dei lavoratori a tempo determinato più adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici tra tutte le parti coinvolte nei processi produttivi, anche al fine di superare le inevitabili divergenze applicative cui aveva dato luogo il sistema previgente. Donde l'esigenza – stavolta pienamente realizzata seguendo un criterio più equilibrato di omogeneità di disciplina – di parificare situazioni di fatto identiche, a prescindere dalla data d'introduzione del giudizio».

Non sono mancati, pur dopo tale intervento legislativo, questioni riguardanti la portata del "risarcimento forfetizzato", se, cioè, onnicomprensivo o meno di ogni danno subito dal lavoratore per effetto della nullità

⁵⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 2009 in cause riunite da n. C- 378/07 a n. C-380/07, *Angelidaki*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 3071 e in www.curia.eu.int e in *Riv. Giur. lav.*, 2009, II, p. 501, con nota di L. MENGHINI.

⁶⁰ Corte cost., n. 303 del 10 ottobre 2011, in www.cortecostituzionale.it.

del termine, nel periodo compreso dalla scadenza dello stesso fino alla sentenza che ne accerta la nullità e dichiara la conversione del rapporto⁶¹. Ciò ha indotto il legislatore ad un ulteriore intervento, introducendo, con l'art. 1, comma 13, della legge n. 92 del 28 giugno 2012, una disposizione di interpretazione autentica, così formulata: «La disposizione di cui al comma 5 dell'art. 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, si interpreta nel senso che l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro».

La disposizione intende, in tal modo, dissipare ogni dubbio ermeneutico circa la portata della norma, chiarendo che l'indennità ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore comprendendovi le conseguenze retributive e contributive, e che il periodo da essa coperto va dalla scadenza del termine all'ordine di ricostituzione del rapporto.

9. Considerazioni conclusive

Emerge da quanto appena sinteticamente esposto, come non solo possano verificarsi contrasti tra Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo e, ancora e più in generale, tra pronunce di giudici nazionali e della Corte di giustizia, ma anche – ed è emblematico il caso del personale A.T.A. – come sia possibile che entrambe le Corti europee siano chiamate a pronunciarsi su questioni analoghe, fornendo responsi, che, anche se confluenti nella medesima direzione, si basano su presupposti diversi. E, così, può accadere – ed è accaduto nel caso A.T.A. – che sul fronte di Strasburgo si determinino valutazioni, circa gli interventi interpretativi del legislatore italiano, di contrarietà all'art. 6 CEDU perché non giustificati da «ragioni imperative di interesse generale»; valutazioni divergenti rispetto a quelle proprie della Corte costituzionale, che ha escluso ogni contrasto proprio sul presupposto della presenza di dette ragioni. Da parte sua, la Corte di Lussemburgo, senza lasciarsi coinvolgere dalla prospettiva legata alla natura retroattiva dell'intervento legislativo statale (nonostante la questione pregiudiziale sollevata in tal senso dal giudice del rinvio), ha incentrato il *decisum* sulla necessità del mantenimento, in favore dei lavora-

⁶¹ Sul punto, v. Cass., n. 5241 del 2 aprile 2012; n. 267 del 2 febbraio 2012, in www.italgiure.giustizia.it.

tori, dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro in presenza – come nella specie (sentenza *Scattolon*) – di trasferimento d'impresa.

Se non può dubitarsi che, in tal modo, si è tracciata la strada per rimuovere gli effetti della normativa interna mediante la disapplicazione della stessa in quanto contrastante col diritto europeo-comunitario, previo accertamento, in concreto, della sussistenza degli effetti lesivi, deve, al contempo, rimarcarsi che la sostanziale estromissione dalla vicenda del circuito Corte di Strasburgo-Corte costituzionale finisce con l'emarginare, nel caso di specie, il conflitto delineatosi con la sentenza *Agrati*. Ma, al di là della fattispecie concreta, è agevole comprendere come simili casi di sovrapposizione di piani e modelli di tutela valgano a prospettare differenti possibilità di azione a livello interno.

Maria Teresa Stile*

SINTESI

Il coinvolgimento delle Corti supreme nazionali e di quelle europee nel meccanismo di tutela multilivello dei diritti fondamentali ha mostrato interessanti profili problematici allorquando si è trattato di valutare la compatibilità delle leggi interne d'interpretazione autentica con la normativa CEDU e dell'Unione, così come interpretata dagli organi giurisdizionali, propri dei rispettivi ordinamenti.

In particolare la Corte di Strasburgo, pur affermando che, in linea di principio, ben può il legislatore intervenire con disposizioni retroattive su situazioni giuridiche oggetto di procedimenti nei quali è parte lo Stato, esclude questa possibilità quando l'intervento viene a collidere con il principio del giusto processo di cui all'art. 6 CEDU; eventualità che, però, non è ravvisabile – secondo la stessa Corte – ove sussistano motivi imperativi di interesse generale.

Non mancano casi ove la censura viene mossa dalla Corte di giustizia per inosservanza, mediante la legge interpretativa, degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, a causa della sua efficacia retroattiva.

La presenza di contrasti reali o potenziali nei casi esaminati ha indotto l'Autore a svolgere talune considerazioni sulla incidenza di tali forme di intervento legislativo sull'equilibrio dei rapporti tra le Corti e sulla stabilità del «dialogo» da tempo instaurato tra le medesime.

* Docente incaricata di «Diritto dell'Unione europea» / Università Telematica Pegaso; Avvocato in Napoli

ABSTRACT

The involvement of national and European Supreme Courts in the mechanism of multi-level protection of fundamental rights has shown interesting problematic profiles when it came to assessing the compatibility of the national authentic interpretation laws with the ECHR and EU law, as interpreted by the respective courts. In particular, the Strasbourg Court, while stating that, in principle, the legislature may well intervene with retroactive provisions on legal situations the subject of proceedings in which the State is a party, exclude this possibility when the intervention collides with the principle of due process ex art. 6 ECHR; – collision which, however, must be excluded in accordance with – the same Court, where there are overriding reasons of general interest.

There are also cases where the censorship is moved by the Court of Justice for failure to comply with EU obligations, through the law of interpretation, because of its retroactive effect.

The presence of actual or potential conflicts in the cases examined has led the Author to carry out certain considerations on the impact of these forms of legislative intervention on the balance of the relationship between the courts and on the stability of the "dialogue" long established between the same.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

LIBERA CIRCOLAZIONE DEI DISPOSITIVI MEDICI: LA TUTELA DELLA SALUTE PREVALE SULLE ESIGENZE DELLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI

Corte di giustizia

Sentenza del 22 novembre 2012 in causa n. C-219/11*

Brain Products GmbH c. BioSemi VOF

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/42/Cee, art. 1, par. 2, lett. a., terzo trattino - Commercializzazione di prodotto utilizzato sull'uomo non destinato a scopi medici - Nozione di dispositivo medico - Interpretazione letterale e teleologica - Esclusione dalla nozione dei prodotti non destinati a fini medici.

L'art. 1, par. 2, lett. a., terzo trattino, della direttiva n. 93/42/Cee del Consiglio, del 14 giugno 1993, concernente i dispositivi medici, come modificata dalla direttiva n. 2007/47/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 settembre 2007, va interpretato nel senso che la nozione di «dispositivo medico» ricomprende un oggetto concepito dal suo fabbricante per essere utilizzato sull'uomo a fini di studio di un processo fisiologico solo se sia destinato ad uno scopo medico.

* Inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento, v. *infra*, p. 615 ss., il commento di *FEDERICO FORNI*.

(*Omissis*) **In diritto**

Sulla questione pregiudiziale

11. Con la sua questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 1, par. 2, lettera a., terzo trattino, della direttiva n. 93/42 vada interpretato nel senso che la nozione di «dispositivo medico» ricomprenda un oggetto concepito dal suo fabbricante per essere utilizzato sull'uomo a fini di studio di un processo fisiologico senza essere destinato a scopi medici.

12. Quanto al tenore letterale dell'art. 1, par. 2, lett. a., terzo trattino, della direttiva n. 93/42, si deve rilevare che, dall'espressione «studio di un processo fisiologico», non risulta lo scopo medico, contrariamente al primo e secondo trattino della disposizione medesima, in cui, segnatamente, i termini «malattia», «ferita», «handicap» e «trattamento» facciano riferimento a tale scopo.

13. Secondo costante giurisprudenza della Corte, tuttavia, ai fini dell'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione, si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (...).

14. In primo luogo, per quanto riguarda il contesto dell'art. 1, par. 2, lett. a., terzo trattino, della direttiva n. 93/42, occorre sottolineare che, come indicato dalla sua rubrica, tale direttiva concerne i dispositivi «medici». (*Omissis*)

20. Occorre infine rilevare che, ai sensi dell'art. 1, par. 2, lett. a., quarto trattino, della direttiva n. 93/42, i dispositivi destinati ad essere utilizzati sull'uomo a fini di intervento sul concepimento ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva stessa, indipendentemente dall'esistenza o meno di una finalità medica.

21. Dal *considerando* n. 18 della direttiva n. 93/42 risulta che è in ragione di obiettivi specifici connessi alla lotta contro l'AIDS che il legislatore dell'Unione ha deciso di includere dispositivi intesi alla contraccezione nell'ambito di applicazione di tale direttiva, al fine di poter garantire un efficace controllo della loro qualità. (*Omissis*)

27. Come rilevato dall'Avvocato Generale al par. 44 delle conclusioni, nell'ambito dei dispositivi medici occorre prendere in considerazione non solo la tutela della salute, ma anche le esigenze di libera circolazione delle merci.

28. In tale contesto, la direttiva n. 93/42 deve conciliare la libera circolazione dei dispositivi medici con la protezione della salute dei pazienti (...). (*Omissis*)

30. Pertanto, in situazioni nelle quali un prodotto non sia concepito dal suo fabbricante per essere utilizzato a fini medici, non può essere imposta la sua certificazione quale dispositivo medico. (*Omissis*)

32. Conseguentemente, nell'interpretazione della nozione di cui all'art. 1, par. 2, lett. a., della direttiva n. 93/42, alla luce del contesto di tale disposizione e degli obiettivi della direttiva stessa, la finalità medica va ritenuta inerente alla nozione medesima.

(*Omissis*)

È LA DESTINAZIONE CHE RENDE "MEDICO" IL DISPOSITIVO

Sommario: *Introduzione - 1. L'interpretazione letterale - 2. Le scelte lessicali del legislatore - 3. La destinazione del prodotto - 4. La libera circolazione delle merci - 5. Le prassi nazionali e la prassi dell'Unione - 6. L'analogia con il software - 7. Conclusioni.*

Introduzione

Come recentemente evidenziato dalla Commissione¹ «[l']attuale quadro normativo dell'UE sui dispositivi medici diversi dai dispositivi medico-diagnostici in vitro² è costituito dalla direttiva n. 90/385/Cee del Consiglio relativa ai dispositivi medici impiantabili attivi³ e dalla direttiva n. 93/42/Cee del Consiglio relativa ai dispositivi medici⁴». L'art. 1, par. 2, lett. *a.*, di quest'ultimo atto di diritto derivato, come modificato dalla di-

¹ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai dispositivi medici e recante modifica della direttiva n. 2001/83/Ce, del Regolamento (Ce) n. 178/2002 e del Regolamento (Ce) n. 1223/2009, Com(2012)542 final, Bruxelles, 26 settembre 2012, p. 2.

² Direttiva n. 98/79/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 ottobre 1998 relativa ai dispositivi medico-diagnostici in vitro, in *Guce* n. L 331 del 7 dicembre 1998, p. 1 ss. L'art. 1, par. 2, lett. *b.*, di questa direttiva definisce «"dispositivo medico-diagnostico in vitro": qualsiasi dispositivo medico composto da un reagente, da un prodotto reattivo, da un calibratore, da un materiale di controllo, da un kit, da uno strumento, da un apparecchio, un'attrezzatura o un sistema, utilizzato da solo o in combinazione, destinato dal fabbricante ad essere impiegato in vitro per l'esame di campioni provenienti dal corpo umano, inclusi sangue e tessuti donati, unicamente o principalmente allo scopo di fornire informazioni: - su uno stato fisiologico o patologico, o - su un'anomalia congenita, oppure - che consentano di determinare la sicurezza e la compatibilità con potenziali soggetti riceventi, o - che consentano di controllare le misure terapeutiche».

³ Direttiva n. 90/385/Cee del Consiglio, del 20 giugno 1990, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai dispositivi medici impiantabili attivi, in *Guce* n. L 189 del 20 luglio 1990, p. 17 ss. L'art. 2, par. 2, lett. *b.*, di questa direttiva definisce «"dispositivo medico attivo": qualsiasi dispositivo medico legato per il suo funzionamento a una fonte di energia elettrica o a qualsiasi altra fonte di energia diversa da quella prodotta direttamente dal corpo umano o dalla gravità».

⁴ Direttiva n. 93/42/Cee del Consiglio, del 14 giugno 1993, concernente i dispositivi medici, in *Guce* n. L 169 del 12 luglio 1993, p. 1 ss.

rettiva n. 2007/47/Ce⁵, definisce il dispositivo medico come un «qualunque strumento, apparecchio, impianto, *software*, sostanza o altro prodotto, utilizzato da solo o in combinazione, compresi gli accessori tra cui il *software* destinato dal fabbricante ad essere impiegato specificatamente con finalità diagnostiche e/o terapeutiche e necessario al corretto funzionamento del dispositivo stesso, destinato dal fabbricante ad essere impiegato sull'uomo» specificando al terzo trattino che una delle finalità di utilizzo è rappresentata dallo «studio, sostituzione o modifica dell'anatomia oppure di un processo fisiologico». La definizione, facendo esplicito riferimento all'uso umano, non comprende i dispositivi medici veterinari i quali, dopo l'abrogazione della direttiva n. 84/539/Cee⁶ sugli apparecchi elettrici utilizzati in medicina veterinaria ad opera della direttiva n. 2008/13/Ce⁷, non sono disciplinati da nessuna specifica disposizione dell'Unione.

La nozione di «dispositivo medico» risulta poco delineata in quanto non identifica una specifica tipologia di prodotti, ma descrive un coacervo di articoli a loro volta distinti in quattro classi a rischio differente (Classe I: termometri, sedie a rotelle, bendaggi, strumenti chirurgici, ecc.; Classe IIa: strumenti diagnostici, sterilizzatori a vapore, ecc.; Classe IIb: strumenti per raggi X, *pacemaker* esterni, ecc., e Classe III: *stent* coronarici, pompe impiantabili, ecc.) sulla base dell'invasività e del tempo di permanenza nel corpo umano⁸.

D'altra parte, le direttive sui dispositivi medici sono l'espressione del «nuovo approccio» [... di] armonizzazione legislativa (...) limitata ai "re-

⁵ Direttiva n. 2007/47/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 settembre 2007, che modifica la direttiva n. 90/385/Cee del Consiglio per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai dispositivi medici impiantabili attivi, la direttiva n. 93/42/Cee del Consiglio concernente i dispositivi medici, e la direttiva n. 98/8/Ce relativa all'immissione sul mercato dei biocidi, in *Gu-Ue* n. L 247 del 21 settembre 2007, p. 21 ss.

⁶ Direttiva n. 84/539/Cee del Consiglio del 17 settembre 1984 per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative agli apparecchi elettrici utilizzati in medicina umana e veterinaria, in *Guce* n. L 300 del 19 novembre 1984, p. 179 ss.

⁷ Direttiva n. 2008/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2008, che abroga la direttiva n. 84/539/Cee del Consiglio per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative agli apparecchi elettrici utilizzati in medicina veterinaria, in *Gu-Ue* n. L 76 del 19 marzo 2008, p. 41.

⁸ Le definizioni e i criteri di classificazione dei dispositivi medici nei quattro gruppi sono riportati nell'Allegato IX della direttiva n. 93/42/Cee, *cit. supra*, nota 4. Si veda anche European Commission, DG Health and Consumer, Directorate B, Unit B2 «Cosmetics and medical devices», Guidelines relating to the application of the Council directive n. 93/42/Eec on medical devices, MEDDEV 2.4/1 Rev. 9, June 2010, p. 7 ss. Si noti che «[l]a valutazione scientifica dei rischi è comunemente definita, tanto a livello internazionale (...) quanto a livello comunitario (...), come un processo scientifico che consiste nell'identificare e nel caratterizzare un pericolo, nel valutare l'esposizione e nel connotare il rischio» (sentenza del Tribunale di primo grado dell'11 settembre 2002 in causa n. T-13/99, *Pfizer Animal Health SA c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 3305, par. 156).

⁹ I principi del «nuovo approccio» sono riassunti in COMMISSIONE EUROPEA, *Guida all'attuazione delle direttive fondate sul nuovo approccio e sull'approccio globale*, (<http://ec.europa>

quisiti essenziali"»¹⁰ che trae origine dall'orientamento annunciato dalla risoluzione con la quale il Consiglio aveva identificato nell'implementazione di norme tecniche comuni uno dei mezzi in grado di favorire la libera circolazione delle merci tutelando nel contempo la salute dei consumatori¹¹. L'approvazione di *standard* comuni è infatti il presupposto indispensabile affinché «[g]li Stati membri non pong[a]no ostacoli all'immissione sul mercato e alla messa in servizio nel loro territorio dei dispositivi conformi alle disposizioni della (...) direttiva e recanti la marcatura Ce»¹². Come conseguenza di tale considerazione, la mancanza dell'apposito contrassegno impedisce al dispositivo medico di circolare liberamente nell'Unione non essendo garantito il possesso dei requisiti fissati dalla normativa europea¹³.

pa.eu/enterprise/policies/single-market-goods/files/blue-guide/guidepublic_it.pdf) nel modo seguente: «[l]'armonizzazione legislativa si limita ai requisiti essenziali che i prodotti immessi nel mercato nella Comunità devono rispettare per poter circolare liberamente all'interno della Comunità stessa - Le specifiche tecniche dei prodotti che rispondono ai requisiti essenziali fissati nelle direttive vengono definite in norme armonizzate - L'applicazione di norme armonizzate o di altro genere rimane volontaria e il fabbricante può sempre applicare altre specifiche tecniche per soddisfare i requisiti previsti - I prodotti fabbricati nel rispetto delle norme armonizzate sono ritenuti conformi ai corrispondenti requisiti essenziali». Il richiamo al nuovo approccio è presente nel *considerando* n. 8 della direttiva n. 93/42/Cee il quale ricorda che «in conformità dei principi fissati nella risoluzione del Consiglio, del 7 maggio 1985, relativa ad una nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione (...), le norme che disciplinano l'elaborazione e la fabbricazione dei dispositivi medici si devono limitare alle disposizioni necessarie a soddisfare i requisiti essenziali».

¹⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 15 maggio 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, par. 5.

¹¹ Risoluzione del Consiglio, del 7 maggio 1985, relativa ad una nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione, in *Guce* n. C 136 del 4 giugno 1985, p. 1 ss.

¹² Art. 4, par. 1, della direttiva n. 90/385/Cee, *cit. supra*, nota 3, come modificato dall'art. 1, par. 4, della direttiva n. 2007/47/Ce, *cit. supra*, nota 5. Il fabbricante può apporre direttamente la marcatura Ce sui dispositivi medici di Classe I attestando in questo modo la conformità del prodotto con gli *standard* fissati dalla direttiva n. 93/42/Cee, *cit. supra*, nota 4. Per le Classi I sterile, IIa e IIb la marcatura è subordinata all'approvazione dei competenti enti di certificazione, mentre per la Classe III oltre a tale approvazione è altresì necessario il «*Design Examination Certificate*» il quale testimonia la conformità del *dossier* di progettazione con la normativa sui dispositivi medici.

¹³ La risoluzione del Consiglio del 21 dicembre 1989 concernente un approccio globale in materia di valutazione della conformità, in *Guce* n. C 10 del 16 gennaio 1990, p. 1 ss., ha già da tempo stabilito il principio che «il regime del riconoscimento reciproco sia limitato ai rapporti, ai certificati e ai marchi direttamente eseguiti e rilasciati dagli organismi designati negli accordi». Le diverse fasi delle procedure di valutazione della conformità, da utilizzare nelle direttive di armonizzazione tecnica sono state definite attraverso alcune decisioni l'ultima della quali è la decisione n. 768/2008/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, relativa a un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti e che abroga la decisione n. 93/465/Cee, in *Gu-Ue* n. L 218 del 13 agosto 2008, p. 82 ss. Il *considerando* n. 12 di tale decisione ricorda che «il positivo completamento della procedura di valutazione della conformità richiesta consente agli operatori economici di dimostrare e alle autorità pubbliche responsabili di garantire che i prodotti messi a disposizione sul mercato siano conformi alle prescrizioni applicabili».

Allo scopo di rafforzare il mercato unico di questi prodotti, a partire dall'1 maggio 2011 gli Stati membri devono immettere nella banca dati EUDAMED (*European Data Bank on Medical Devices*) ogni informazione in loro possesso sulla certificazione, sulle indagini cliniche e sulla vigilanza *post-market* dei dispositivi medici presenti sul loro mercato¹⁴. Tale strumento informatico, consentendo alle autorità nazionali e alla Commissione europea di accedere a tutte le notizie rilevanti su tali prodotti della salute, ha consentito di rimuovere la disposizione transitoria contenuta nell'art. 10, par. 6, della direttiva n. 98/79/Ce¹⁵, la quale imponeva ai produttori di notificare agli enti competenti degli Stati membri ogni dispositivo medico che essi intendevano immettere sul mercato nazionale.

Tuttavia, nonostante questa semplificazione e alcune altre modifiche successivamente apportate¹⁶, il nucleo normativo costituito dalle tre direttive (n. 90/385/Cee, n. 93/42/Cee e n. 98/79/Ce)¹⁷ può essere ancora definito «fragmented and difficult to follow»¹⁸ a causa della modesta azione di

¹⁴ Decisione n. 2010/227 della Commissione, del 19 aprile 2010, relativa alla banca dati europea dei dispositivi medici (Eudamed), in *Gu-UE* n. L 102 del 23 aprile 2010, p. 45 ss. Come stabilito dall'art. 1, tale decisione «istituisce la banca dati europea dei dispositivi medici (Eudamed) come banca dati ai fini dell'articolo 10 ter, paragrafo 3, della direttiva n. 90/385/Cee, dell'articolo 14 bis, paragrafo 3, della direttiva n. 93/42/Cee e dell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva n. 98/79/Ce».

¹⁵ Direttiva n. 98/79/Ce, *cit. supra*, nota 2, art. 10, par. 6: «A titolo transitorio, in attesa della creazione di una banca dati europea accessibile alle autorità competenti degli Stati membri e che riunisca i dati relativi a tutti i dispositivi in circolazione nel territorio della Comunità, la notifica è effettuata dal fabbricante presso le autorità competenti di ciascuno Stato membro interessato dall'immissione in commercio».

¹⁶ Si possono citare le direttive n. 2000/70/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2000, che modifica la direttiva n. 93/42/Cee del Consiglio per quanto riguarda i dispositivi medici che incorporano derivati stabili del sangue o del plasma umano, in *Guce* n. L 313 del 13 dicembre 2000, p. 22 ss.; n. 2001/104/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 dicembre 2001, che modifica la direttiva n. 93/42/Cee del Consiglio relativa ai dispositivi medici, in *Guce* n. L 6 del 10 gennaio 2002, p. 50 ss.; n. 2003/12/Ce della Commissione, del 3 febbraio 2003, riguardante la riclassificazione delle protesi mammarie nel quadro della direttiva n. 93/42/Cee concernente i dispositivi medici, in *Gu-UE* n. L 28 del 4 febbraio 2003, p. 43 ss.; n. 2003/32/Ce della Commissione, del 23 aprile 2003, recante modalità specifiche relative ai requisiti previsti dalla direttiva n. 93/42/Cee per i dispositivi medici fabbricati con tessuti d'origine animale, in *Guce* n. L 105 del 26 aprile 2003, p. 18 ss.; il Regolamento (Ue) n. 722/2012 della Commissione, dell'8 agosto 2012, relativo ai requisiti particolari per quanto riguarda i requisiti di cui alle direttive n. 90/385/Cee e n. 93/42/Cee del Consiglio per i dispositivi medici impiantabili attivi e i dispositivi medici fabbricati con tessuti d'origine animale, in *Gu-UE* n. L 212 del 9 agosto 2012, p. 3 ss.

¹⁷ La relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla questione del ricondizionamento dei dispositivi medici nell'Unione europea, in conformità all'art. 12 bis della direttiva n. 93/42/Cee, Com(2010)443 def., Bruxelles, 27 agosto 2010, p. 3, par. 1.2.2, afferma che «[q]uesti tre atti giuridici costituiscono il nucleo del quadro giuridico per i dispositivi medici. Il loro obiettivo è garantire sia un alto livello di protezione della salute umana e della sicurezza sia il funzionamento del mercato interno».

¹⁸ Press release n. IP/08/723, Commission launches public consultation on medical devices, 8 May 2008.

coordinamento tra gli Stati membri e della conseguente scarsa coerenza delle diverse politiche nazionali in materia¹⁹.

Allo scopo di eliminare questi inconvenienti, la Commissione ha indetto due consultazioni pubbliche²⁰ i cui risultati sono stati la base delle recenti proposte di modifica presentate per rendere la normativa più coerente ed idonea a soddisfare il bisogno di salute della società moderna²¹. Tali azioni rispondono alla richiesta «di adeguare la legislazione Ue in materia di dispositivi medici alle esigenze del futuro, in modo da predisporre un quadro regolamentare appropriato, solido, trasparente e sostenibile, elemento centrale per la promozione dello sviluppo di dispositivi medici sicuri, efficaci ed innovativi a beneficio dei pazienti e degli operatori sanitari europei»²².

L'impianto nel suo complesso lascia quindi trasparire l'intento di realizzare il mercato unico anche nel campo dei dispositivi medici. Tuttavia, nonostante l'impegno profuso dalla Commissione e dalla Corte di giustizia per eliminare le possibili barriere frapposte dalle normative nazionali²³, tale proposito trova a volte ostacoli impreveduti nelle azioni promosse da alcuni produttori per conquistare nuove quote di mercato o per difendere le proprie posizioni dalla concorrenza. Il caso oggetto di questo commento sembra rappresentare un tipico esempio di tale situazione in quanto si presenta come una disputa sollevata davanti ad un giudice nazionale al fine di contrastare la commercializzazione di un prodotto proveniente da un se-

¹⁹ J. R. MANTHEI - C. HATHAWAY e E. RICHARDS, *Future Medical Device Regulation in the European Union: Prospects for Reform*, in *Medical Device and Diagnostic Industry*, vol. 33, 2011 (http://www.mddionline.com/article/future-regulation-medical-devices-european-union-prospects-reform#_ftnref).

²⁰ European Commission, Enterprise and Industry Directorate-General, Consumer goods «Cosmetics and Medical Devices», Recast of the Medical Devices Directives. Summary of responses to the public consultation, 5 December 2008, ENTR/F/3/D(2008) 39582 e European Commission, Health and Consumer Directorate-General, Consumer Affairs «Cosmetics and Medical Devices», Revision of Directive 98/79/EC of European Parliament and of the Council of 27 October 1998 on in vitro diagnostic medical devices. Summary of responses to the public consultation, 23 February 2011.

²¹ Com(2012)542 final, *cit. supra*, nota 1, e Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai dispositivi medico-diagnostici in vitro, Com(2012)541 final, Bruxelles, 26 settembre 2012.

²² Conclusioni del Consiglio sull'innovazione nel settore dei dispositivi medici, in *Gu-Ue* n. C 202 dell'8 luglio 2011, p. 7.

²³ A questo proposito si pensi, ad esempio, alla normativa tedesca che consentiva di apporre sulle confezioni degli strumenti medici sterili monouso solo le date di scadenza del 30 giugno e del 31 dicembre (sentenza della Corte di giustizia dell'1 giugno 1994 in causa n. C-317/92, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 2039) o alla normativa belga che fissava regole troppo rigide per il rimborso delle sedie a rotelle (sentenza della Corte di giustizia del 13 gennaio 2005 in causa C-38/03, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, in *Gu-Ue* n. C 57 del 5 marzo 2005, p. 6 ss.).

condo Stato membro. Tale valutazione dipende anche dal fatto che le due ditte coinvolte (*Brain Products* e *BioSemi*) sono entrambe attive nella progettazione e nella commercializzazione di apparecchiature per la ricerca neurofisiologica.

Come schematizzato nella sentenza²⁴ e nelle conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi²⁵, la controversia traeva origine dall'esportazione in Germania di un'apparecchiatura (*ActiveTwo*) progettata da un'azienda olandese (*BioSemi*) per registrare i tracciati elettrocardiografici, elettroencefalografici ed elettromiografici di individui sani che si sottoponevano volontariamente a tali indagini per scopi esclusivamente di ricerca. Secondo una ditta tedesca concorrente (*Brain Products*), la commercializzazione di *ActiveTwo* doveva essere subordinata al possesso dell'apposita marcatura di conformità Ce prescritta dall'art. 17 della direttiva n. 93/42/Cee anche se le istruzioni del produttore limitavano l'utilizzo dell'apparecchiatura ai soli fini scientifici escludendone l'impiego in trattamenti aventi finalità assistenziali. La *Brain Products* contestava in pratica la tesi secondo la quale solo uno strumento avente una funzione medica può essere classificato come dispositivo medico sostenendo che la registrazione di alcuni parametri vitali dell'uomo costituisce lo «studio (...) di un processo fisiologico» previsto nell'art. 1, par. 2, lett. a., terzo trattino, della direttiva n. 93/42/Cee.

I giudici tedeschi di prima e di seconda istanza avevano «escluso la necessità di una conformità alla direttiva [n. 93/42/Cee] per un dispositivo esplicitamente non destinato ad un uso medico»²⁶. In particolare la sentenza di appello aveva stabilito che il sistema *ActiveTwo*, pur rientrando a pieno titolo nella definizione dell'art. 1, par. 2, lett. a., terzo trattino, della direttiva n. 93/42/Cee, non poteva essere considerato un dispositivo medico dal momento che il produttore non ne aveva previsto un impiego in tale ambito²⁷.

In seguito al ricorso davanti al *Bundesgerichtshof*, i giudici si erano dimostrati perplessi sulla fondatezza di questa argomentazione ritenendo che l'uso medico fosse un requisito essenzialmente limitato ai dispositivi di cui al primo («diagnosi, prevenzione, controllo, terapia o attenuazione di una malattia») e al secondo («diagnosi, controllo, terapia, attenuazione

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, par. 6 ss.

²⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 15 maggio 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, cit. *supra*, nota 10, par. 16 ss.

²⁶ *Ivi*, par. 19. Per approfondimenti sulle motivazioni delle sentenze di prima e di seconda istanza si vedano LG (*Landgericht*) Hamburg dell'8 marzo 2005, n. 407 O 223/04 e OLG (*Hanseatisches Oberlandesgericht*) Hamburg del 26 febbraio 2009, n. 3 U 162/05.

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, loc. cit., par. 8.

o compensazione di una ferita o di un handicap») trattino dell'art. 1, par. 2, lett. *a.*, della direttiva n. 93/42/Cee, mentre i dispositivi definiti al terzo («studio, sostituzione o modifica dell'anatomia o di un processo fisiologico») e al quarto («intervento sul concepimento») trattino dello stesso articolo non erano caratterizzati da nessuna finalità sanitaria²⁸. Al fine di risolvere tale incertezza, il tribunale tedesco di ultima istanza si era rivolto alla Corte di giustizia invitando i giudici di Lussemburgo a pronunciarsi in via pregiudiziale sul quesito «[s]e un prodotto destinato dal fabbricante ad essere utilizzato sull'uomo a fini di studio di un processo fisiologico costituisca un dispositivo medico, ai sensi dell'art. 1, par. 2, lettera *a.*, terzo trattino, della direttiva n. 93/42/Cee, solo qualora sia indirizzato a uno scopo medico»²⁹.

La richiesta della Corte tedesca è sembrata in un primo momento suscitare lo stupore dell'Avvocato Generale, il quale si è soffermato ad osservare che le linee guida della Commissione, la prassi e la giurisprudenza nazionale erano state fino a quel momento costantemente orientate a ritenere che il campo di applicazione della direttiva n. 93/42/Cee fosse esclusivamente limitato ai prodotti finalizzati all'utilizzo medico³⁰. La sorpresa potrebbe tuttavia costituire un artificio retorico avente lo scopo di consentire l'immediata emersione di una maggior propensione per un approccio sistematico e teleologico piuttosto che per la «attraente semplicità di un'interpretazione letterale del terzo trattino della lettera *a.* del paragrafo 2 dell'articolo 1 della direttiva»³¹ n. 93/42/Cee.

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, cit. *supra*, nota 24, par. 9.

²⁹ *Ivi*, par. 10 e conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 15 maggio 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, cit. *supra*, nota 10, par. 19. La decisione con cui il *Bundesgerichtshof* ha richiesto l'intervento della Corte di giustizia (BGH del 7 aprile 2011, n. I ZR 53/09) è reperibile sul sito internet <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=55972&pos=0&anz=1>.

³⁰ *Ivi*, par. 20. In effetti, lo stupore dell'Avvocato Generale può essere giustificato in quanto, in quasi trent'anni dall'entrata in vigore della direttiva n. 93/42/Cee, cit. *supra*, nota 4, la Corte di giustizia si era dovuta pronunciare solo in pochi casi riguardanti le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e di salvaguardia previste dagli artt. 8 e 18 [sentenze della Corte di giustizia del 14 giugno 2007 in causa n. C-6/05, *Medipac-Kazantzidis AE c. Venizeleio-Pananeio (P.E.S.Y. KRITIS)*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 4557 e del 19 marzo 2009 in causa n. C-489/06, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 1797] e il divieto di esportazione di amalgami per uso dentistico recanti la marcatura di conformità Ce (sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 2009 in causa n. C-288/08, *Kemikalieinspektionen c. Nordiska Dental AB*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 11031) oltre che sull'omessa attuazione della direttiva stessa da parte di uno Stato membro (sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 1997 in causa n. C-294/96, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1781).

³¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 15 maggio 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, cit. *supra*, nota 10, par. 21.

L'orientamento verso una lettura non testuale è coerente con la giurisprudenza consolidata della Corte secondo la quale, «ai fini dell'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione, si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte»³².

1. L'interpretazione letterale

Il rispetto della formulazione letterale dell'art. 1, par. 2, lett. *a.*, terzo trattino, della direttiva n. 93/42/Cee consente di inserire tra i dispositivi medici anche strumenti utilizzati allo scopo di acquisire informazioni sui processi fisiologici propri degli individui sani. La locuzione «studio (...) di un processo fisiologico» prevista al terzo trattino dell'art. 1, par. 2, lett. *a.*, non specifica in alcun modo se un prodotto debba essere classificato come dispositivo medico solo nel caso in cui il suo uso sia riservato ad uno «studio» con finalità esclusivamente diagnostico-terapeutiche oppure se il termine sia da estendere anche agli strumenti, come *ActiveTwo*, in grado di registrare i fenomeni fisiologici dell'essere vivente, tra i quali si devono annoverare anche i segnali di natura elettrica provenienti dal cuore, dal cervello o dai muscoli di un soggetto sano. La mancanza di ogni specificazione sulle finalità dell'accertamento o dell'utilizzo dell'apparecchiatura costituisce un valido motivo che non consente di escludere prodotti privi di impieghi in campo medico dal campo di applicazione della direttiva n. 93/42/Cee.

La lettura testuale della norma potrebbe essere sostenuta anche in base a considerazioni estranee alla sfera giuridica. Ogni rilevazione di fenomeni fisiologici dell'uomo contiene al suo interno anche un aspetto «medico» in quanto le informazioni ricavabili dalle osservazioni su un individuo sano, consentendo di individuare parametri atti a definire meglio lo stato di

³² Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a., cit. supra*, nota 24, par. 13, in cui i giudici ricordano analoghe pronunce (sentenze della Corte di giustizia del 3 dicembre 2009 in causa n. C-433/08, *Yaesu Europe BV c. Bundeszentralamt für Steuern*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 11487, par. 24 e del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, par. 12, e annotata in questa *Rivista* da F. FORNI, *L'assicurazione contro l'annullamento del viaggio non è necessaria per volare*, 2012, p. 681). Si vedano anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 24 ottobre 2012 in causa n. C-409/11, *Gábor Csonka, Tibor Isztli, Dávid Juhász, János Kiss, Csaba Szontág c. Magyar Allam*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, par. 24.

salute, sono potenzialmente funzionali allo sviluppo di più efficienti mezzi di prevenzione, indagine e cura della patologia da cui è affetto un paziente.

Inoltre, tale logica è confortata dalla scarsa razionalità insita nell'eventuale comportamento di un produttore che certificasse come dispositivo medico uno strumento destinato ad accertamenti sanitari e non ritenesse opportuno garantire il rispetto della norma per un prodotto praticamente identico anche se riservato a finalità diverse. Motivazioni di ragionevolezza ed economicità impediscono di accogliere tale impostazione in quanto la sua accettazione equivarrebbe ad imporre, per assurdo, una diversa classificazione a due strumenti molto simili per concezione e funzionalità, cioè un dispositivo certificato per accertamenti di natura sanitaria e uno strumento non certificato da riservare all'osservazione dei parametri fisiologici di individui sani.

Prima di condividere tale ragionamento è, tuttavia, necessario considerare anche le situazioni «abnormi» che potrebbero scaturire dall'estensione del campo di applicazione della direttiva n. 93/42/Cee a prodotti non destinati ad un uso medico come è stato evidenziato negli esempi riportati nelle conclusioni dell'Avvocato Generale³³.

Ad esempio, l'accettazione dell'interpretazione letterale dell'espressione «sostituzione o modifica dell'anatomia» presente nella formulazione dell'art. 1, par. 2, terzo trattino, della direttiva n. 93/42/Cee imporrebbe di classificare come dispositivi medici anche le parrucche e le unghie finte, la cui applicazione è puramente estetica, assimilando tali prodotti alle diverse protesi (dentarie, mammarie, oculari, ortopediche) le quali consentono il ripristino della funzionalità di un organo o sono di ausilio nella risoluzione di particolari situazioni psicologiche. Inoltre, l'estensione dell'obbligo di conformità non collegato alle finalità d'uso prescriverebbe la marcatura Ce anche per prodotti «casalinghi» («balance pesapersone, cardiodispositivi, contapassi in grado di indicare il consumo calorico, etc.»³⁴) che, pur simili agli stessi articoli utilizzati in ambito medico, hanno prestazioni inferiori e un prezzo di vendita più economico. In ultimo, una lettura acritica della norma renderebbe inevitabile l'inserimento tra i dispositivi medici di comuni strumenti di igiene quotidiana come ad esempio gli spazzolini da denti di indiscutibile utilità nella profilassi della carie. L'esperienza quotidiana e il ragionamento rendono condivisibile l'opinione che «[a]rticoli di tal genere, se dovessero essere qualificati co-

³³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 15 maggio 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a., cit. supra*, nota 10, par. 57 ss.

³⁴ *Ivi*, par. 58.

me dispositivi medici, sarebbero assoggettati ad una procedura di certificazione senza che tale esigenza sia giustificata»³⁵.

Alla luce di queste considerazioni, l'attraente semplicità dell'interpretazione letterale perde di fascino e di consistenza. Nonostante la logica delle obiezioni nei confronti della lettera della norma possa risultare indubbiamente convincente per escludere strumenti non utilizzabili per scopi medici, l'Avvocato Generale rafforza la sua visione esternando attraverso un'elegante ed incisiva analisi anche le ragioni che inducono a privilegiare l'interpretazione sistematica e teleologica³⁶.

2. Le scelte lessicali del legislatore

Il fatto che i soggetti sottoposti ad indagine con *ActiveTwo* non siano affetti da una patologia permette di dedurre che nella registrazione dei meri parametri fisiologici è palese l'assenza di un qualsiasi beneficio immediato per la salute dell'individuo. Tale osservazione costituisce un valido argomento da opporre all'interpretazione letterale della norma e alla pretesa di assoggettare alla marcatura Ce uno strumento esclusivamente riservato alla sperimentazione su persone sane.

L'attuale normativa, infatti, dispone che il marchio di conformità sia concesso solo nel momento in cui «gli eventuali rischi associati all'uso previsto [...] siano] di livello accettabile in rapporto ai benefici apportati al paziente e compatibili con un elevato livello di protezione della salute e della sicurezza»³⁷. Tale condizione traspone nella normativa dell'Unione sui dispositivi medici il principio etico generale che impedisce di sottoporre il paziente ad un trattamento medico prima di aver valutato l'incidenza e la gravità degli eventuali effetti indesiderati in rapporto all'esito finale prevedibile in caso di mancato intervento. È infatti evidente che nessun rischio può essere accettato in mancanza di un reale vantaggio dal momento che la decisione di non sottoporre un soggetto sano ad un trattamento non

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, cit. *supra*, nota 24, par. 31.

³⁶ L'autorità italiana di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha sintetizzato questo modo di procedere ricordando che «l'interpretazione di una norma si realizza in due fasi: la prima, volta a valutare il significato proprio delle parole secondo la loro connessione (interpretazione letterale della norma); la seconda volta a stabilire l'intenzione del legislatore, ossia l'intento obiettivo della legge, c.d. *ratio legis* (interpretazione logica della norma)» (Atto n. AG 17/12 del 13 settembre 2012).

³⁷ Direttiva n. 93/42/Cee, cit. *supra*, nota 4, come modificata dalla direttiva n. 2007/47/Ce, cit. *supra*, nota 5, allegato I, punto I.1.

preventivo non comporta la minima conseguenza per la sua salute o per il suo benessere.

Da questa considerazione deriva che solo un'indagine medica, soprattutto se sperimentale, deve essere condotta con strumenti certificati che garantiscano di «non compromett[ere] lo stato clinico e la sicurezza dei pazienti, né la sicurezza e la salute degli utilizzatori ed eventualmente di terzi»³⁸. Il termine «paziente» presente nella citazione indica infatti chiaramente che la norma, anche nei casi di studio scientifico, si riferisce esclusivamente ad indagini che si concretizzano in attività mediche i cui fruitori sono individui affetti da una malattia, cioè pazienti da cui è stato acquisito il consenso informato a sottoporsi alla terapia o all'accertamento³⁹.

In sintesi, nella definizione il sostantivo «pazienti», collegato con la parola «studio», implica l'analisi di una situazione patologica che non rappresenta la condizione che caratterizza l'individuo sano sottoposto ad una rilevazione di parametri fisiologici. L'estensione delle disposizioni della direttiva n. 93/42/Cee ad articoli destinati ad un uso diverso da quello medico rappresenta quindi una fattispecie che il legislatore ha inteso evitare anche attraverso la scelta di termini chiaramente ed esclusivamente riferibili a soggetti sottoposti a trattamenti di natura sanitaria, cioè ai pazienti⁴⁰.

La validità di tale ragionamento non è compromessa dalla constatazione che l'art. 1, par. 2, lett. a., quarto trattino, della direttiva n. 93/42/Cee si riferisce a dispositivi aventi lo scopo di intervenire sul concepimento. Infatti, i mezzi meccanici anticoncezionali sono solo in parte privi di finalità medica. La loro utilità nel prevenire la trasmissione dell'HIV⁴¹ e il rischio che donne affette da patologie particolarmente gravi possano incorrere in gravidanze non desiderate⁴² giustifica la prescrizione dei requisiti di sicurezza e di efficacia cui sono assoggettati i dispositivi medici⁴³. Di conseguenza,

³⁸ Direttiva n. 93/42/Cee, *cit. supra*, nota 4, come modificata dalla direttiva n. 2007/47/Ce, *cit. supra*, nota 5, allegato I, punto I.1.

³⁹ Sulla problematica relativa al consenso informato nella sperimentazione clinica si veda F. FORNI, *Consenso informato e sperimentazione clinica nella normativa dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2012, p. 215 ss.

⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 15 maggio 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, *cit. supra*, nota 10, par. 31.

⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, *cit. supra*, nota 24, par. 21. In tale paragrafo la Corte ricorda che, secondo il diciottesimo considerando della direttiva n. 93/42/Cee, *cit. supra*, nota 4, «è in ragione di obiettivi specifici connessi alla lotta contro l'AIDS che il legislatore dell'Unione ha deciso di includere dispositivi intesi alla contraccezione nell'ambito di applicazione di tale direttiva».

⁴² Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 15 maggio 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, *cit. supra*, nota 10, par. 32 ss.

⁴³ L'analogia tra i dispositivi medici usati per la contraccezione e quelli per la prevenzione della trasmissione di malattie trasmissibili per contatto sessuale è desumibile dall'allegato IX,

la scelta del legislatore di specificare le finalità mediche dei mezzi di intervento sul concepimento senza introdurre un analogo chiarimento relativamente agli strumenti destinati allo studio di un processo fisiologico è dettata dalla convinzione che la finalità medica sia una caratteristica insita nei prodotti definiti all'art. 1, par. 2, lett. a., quarto trattino, della direttiva n. 93/42/Cee⁴⁴.

In conclusione, la direttiva n. 93/42/Cee si propone di tutelare il personale sanitario (medici, infermieri, ecc.) che utilizza i dispositivi per trattamenti terapeutici, diagnostici, riabilitativi o di prevenzione, i pazienti oggetto di dette azioni e chiunque possa subire «conseguenze, nel caso in cui i dispositivi siano difettosi o inaffidabili»⁴⁵ come ad esempio gli utilizzatori di dispositivi meccanici per il controllo del concepimento.

3. La destinazione del prodotto

Nelle controversie sull'applicazione delle tariffe doganali, una giurisprudenza costante della Corte si è orientata a considerare le finalità per le quali un prodotto è stato costruito un criterio atto a consentire la sua classificazione oggettiva⁴⁶. Tale concetto non è stato tuttavia riconosciuto per alcuni prodotti della salute per i quali la Corte ha stabilito che «la funzione

par. 4 (Regole speciali), punto 4.2. (Regola n. 14), della direttiva n. 93/42/Cee, *cit. supra*, nota 4, secondo il quale «[t]utti i dispositivi [tranne i dispositivi impiantabili o quelli invasivi a lungo termine] usati per la contraccezione o per la prevenzione della trasmissione di malattie trasmissibili per contatto sessuale rientrano nella classe IIb». Si noti anche che dal momento che il «profilattico è considerat[o] uno dei mezzi per contrastare il contagio da HIV», la direttiva n. 93/42/Cee «permette (...) l'immissione e la libera circolazione nel mercato comunitario dei preservativi, purché essi rispondano ad alcuni requisiti essenziali di sicurezza e di efficacia» (risposta comune data il 9 aprile 1996 dal signor *Bangemann* in nome della Commissione alle interrogazioni scritte n. E-0498/96 e n. E-0558/96 di *S. Belleré* e *A. Amadeo* dell'11 marzo 1996, avente per oggetto: «Prevenzione dell'Aids ed uso dei profilattici», in *Guce* n. C 217 del 26 luglio 1996, p. 57).

⁴⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, *cit. supra*, nota 24, par. 23.

⁴⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 15 maggio 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, *loc. cit.*, par. 39.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in cause riunite n. C-320/11, n. C-330/11, n. C-382/11 e n. C-383/11, *Digitalnet OOD, Tsifrova kompania OOD e M SAT CABLE AD c. Nachalnik na Mitnicheski punkt - Varna Zapad pri Mitnitsa Varna*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, par. 43, in cui si richiamano le sentenze della Corte di giustizia del 28 marzo 2000 in causa n. C-309/98, *Holz Geenen GmbH c. Oberfinanzdirektion München*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1975, par. 15; del 15 febbraio 2007 in causa n. C-183/06, *RUMA GmbH c. Oberfinanzdirektion Nürnberg*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 1559, par. 36, e del 14 aprile 2011 in cause riunite n. C-288/09 e n. C-289/09, *British Sky Broadcasting Group plc e Pace plc c. The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, par. 76.

medica (...) non può essere dedotta soltanto dalla loro presentazione»⁴⁷ paventando, tra l'altro, il timore che l'accettazione di tale principio potesse consentire di modificare le accise di tali articoli mediante cambiamenti di strategia del *marketing*.

Nella sentenza *Brain Products*, la Corte, non essendo chiamata ad esprimere pareri su aspetti di natura fiscale, ha riconosciuto senza esitazioni che «la nozione di "dispositivo medico" ricomprende un oggetto concepito dal suo fabbricante per essere utilizzato sull'uomo a fini di studio di un processo fisiologico solo se (...) destinato ad uno scopo medico»⁴⁸. In questo modo i giudici di Lussemburgo introducono in modo indiscutibile la destinazione⁴⁹ come utile strumento di classificazione anche in una fattispecie non connessa con il sistema impositivo. La decisione della Corte pertanto conferisce validità giuridica ad una risposta ad un'interrogazione del Parlamento europeo in cui la Commissione aveva dichiarato che «[i]l fabbricante di un dispositivo medico ne stabilisce la destinazione»⁵⁰.

Il ruolo fondamentale riservato all'uso cui è destinato lo strumento è evidenziato anche dall'osservazione dell'Avvocato Generale sul fatto che l'aggettivo «medico» spicca inequivocabile già nel titolo della direttiva n. 93/42/Cee. L'utilizzo di questo attributo mette esplicitamente in luce la volontà del legislatore di normare solo i dispositivi attraverso i quali viene erogata l'assistenza sanitaria. La dizione abbraccia gli strumenti con finalità diagnostiche o di ausilio alla terapia utilizzati in soggetti affetti da patologie (pazienti) o aventi lo scopo di scongiurare l'insorgere di situazioni morbose nei soggetti sani. Il titolo della direttiva non rappresenta comunque l'unico accenno alla destinazione. Infatti, l'intento per il quale il fabbricante ha progettato e messo in commercio il prodotto costituisce una parte fondamentale della definizione contenuta nell'art. 1, par. 2, lett. a., della direttiva n. 93/42/Cee⁵¹.

⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 30 marzo 2006 in causa n. C-495/04, *A. C. Smits-Koolhoven c. Staatssecretaris van Financiën*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 3129, par. 28.

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, *cit. supra*, nota 24, par. 33.

⁴⁹ L'art. 1, par. 2, lett. f., della direttiva n. 90/385/Cee, *cit. supra*, nota 3, come modificata dalla direttiva n. 2007/47/Ce, *cit. supra*, nota 5, definisce la destinazione come «l'utilizzazione alla quale è destinato il dispositivo secondo le indicazioni fornite dal fabbricante sull'etichetta, nelle istruzioni per l'uso e/o nei materiali pubblicitari».

⁵⁰ Risposta data l'8 febbraio 1999 dal signor Bangemann a nome della Commissione all'interrogazione scritta P-3964/98 di R. Chanterie del 21 dicembre 1998 avente per oggetto: «Incertezza giuridica in materia di utilizzazione o riutilizzo di materiale monouso», in *Guce* n. C 320 del 6 novembre 1999, p. 97.

⁵¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 15 maggio 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, *cit. supra*, nota 10, par. 40.

L'importanza delle finalità di utilizzo è messa in evidenza dal fatto che «la professione medica usa (...) molti prodotti che sono in una certa misura "funzionalmente" equivalenti a prodotti usati in altri settori»⁵². Tale concetto è stato esemplificato dall'Avvocato Generale sottolineando le notevoli somiglianze nella struttura e nel funzionamento rilevabili tra alcuni strumenti chirurgici ed utensili di uso artigianale. Queste analogie «strutturali» non costituiscono una ragione logica per esigere la marcatura Ce prescritta per i dispositivi medici anche ad arnesi per i quali è inconcepibile il minimo riferimento ad un interesse sanitario, quali ad esempio martelli o seghe da falegname.

4. La libera circolazione delle merci

Gli artt. 34 e 35 TFUE stabiliscono il divieto di imporre «fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione [e all'esportazione] nonché qualsiasi misura di effetto equivalente». Il successivo art. 36 TFUE mitiga tali norme consentendo l'introduzione di barriere al commercio interno nel caso in cui gli ostacoli ai traffici siano giustificati da «motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone» e non costituiscano «una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri». Il combinato disposto di queste norme prevede quindi «un bilanciamento tra i principi, potenzialmente opposti, della tutela della salute e della libera circolazione»⁵³.

Il trasferimento di tale principio ai mezzi attraverso i quali viene erogata l'assistenza sanitaria consente la libera circolazione solo agli strumenti che soddisfano i rigorosi criteri previsti dalla legislazione dell'Unione. Come evidenziato dalla Corte⁵⁴, l'intento di creare il mercato interno di questi prodotti, già presente nelle motivazioni della proposta di direttiva del Consiglio concernente i dispositivi medici⁵⁵, è stato esplicitato dal legislatore nei *considerando* n. 2⁵⁶ e n. 3⁵⁷ della direttiva n. 93/42/Cee.

⁵² Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 15 maggio 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, cit. *supra*, nota 10, par. 42.

⁵³ *Ivi*, par. 44.

⁵⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, cit. *supra*, nota 24, par. 26. «[L]a necessità di conciliare la libera circolazione dei dispositivi (...) con la protezione della salute dei pazienti» è stata discussa anche nella sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2007 in causa n. C-6/05, *Medipac-Kazantzidis AE c. Venizeleio-Pananeio (P.E.S.Y. KRITIS)*, cit. *supra*, nota 30, par. 52.

⁵⁵ Proposta di direttiva del Consiglio concernente i dispositivi medici, Com(91)287 def., in *Guce* n. C 237 del 12 settembre 1991, p. 3 ss.

⁵⁶ Direttiva n. 93/42/Cee, cit. *supra*, nota 4, *considerando* n. 2: «considerando che le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative vigenti negli Stati membri sulle

La prescrizione di consentire la libera circolazione solo agli strumenti provvisti di marchio Ce è giustificata da esigenze di tutela della salute pubblica insite con la destinazione di ausilio nella malattia da cui i pazienti sono affetti. Al contrario, l'utilizzo in ricerche condotte su volontari sani, e quindi senza finalità mediche, non costituisce una motivazione valida per l'imposizione di una restrizione alla libera circolazione prescrivendo che ogni strumento sia in possesso della marcatura Ce indipendentemente dalla sua destinazione⁵⁸.

La mancata estensione della direttiva n. 93/42/Cee agli strumenti per usi scientifici non deve tuttavia essere interpretata come un disinteresse dell'Unione per l'incolumità di volontari e ricercatori in quanto tali apparecchi devono essere conformi a «tutte le altre disposizioni generali a tutela della sicurezza dei prodotti»⁵⁹. A titolo di esempio, l'Avvocato Generale cita le direttive n. 2006/95/Ce⁶⁰ sulle apparecchiature elettriche e n. 2004/108/Ce⁶¹ sulla compatibilità elettromagnetica ricordando che tali atti di diritto derivato impongono requisiti più stringenti di quelli prescritti per i dispositivi medici in conformità con il principio secondo il quale la mancanza di benefici per il consumatore impone di ridurre al minimo il rischio connesso con l'utilizzo di ogni apparecchiatura⁶².

caratteristiche di sicurezza, di protezione della salute e di funzionamento dei dispositivi medici hanno contenuto e campo di applicazione diverso in ciascuno Stato; che le procedure di certificazione e di controllo di detti dispositivi differiscono da uno Stato membro all'altro; che siffatte divergenze rappresentano un ostacolo agli scambi all'interno della Comunità».

⁵⁷ *Ivi*, considerando n. 3: «considerando che occorre armonizzare le disposizioni nazionali in materia di sicurezza e protezione della salute dei pazienti, degli utilizzatori ed eventualmente dei terzi nell'uso dei dispositivi medici in modo da garantire la libera circolazione dei dispositivi stessi nel mercato interno».

⁵⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 15 maggio 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a.*, cit. *supra*, nota 10, par. 45.

⁵⁹ *Ivi*, par. 64.

⁶⁰ Direttiva n. 2006/95/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al materiale elettrico destinato ad essere adoperato entro taluni limiti di tensione, in *Gu-Ue* n. L 374 del 27 dicembre 2006, p. 10 ss.

⁶¹ Direttiva n. 2004/108/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2004, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla compatibilità elettromagnetica e che abroga la direttiva n. 89/336/Cee, in *Guce* n. L 390 del 31 dicembre 2004, p. 24 ss.

⁶² Oltre alle direttive citate a titolo di esempio dall'Avvocato Generale, gli strumenti scientifici devono rispettare anche altri atti dell'Unione tra i quali si possono ricordare la direttiva n. 2006/42/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2006, relativa alle macchine e che modifica la direttiva n. 95/16/Ce, in *Gu-Ue* n. L 157 del 9 giugno 2006, p. 24 ss. e la direttiva n. 85/374/Cee del Consiglio 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, in *Guce* n. L 210 del 7 agosto 1985, p. 29 ss.

5. Le prassi nazionali e la prassi dell'Unione

La prassi costituisce un ulteriore motivo a favore dell'interpretazione di limitare il campo di applicazione della direttiva n. 93/42/Cee ai soli dispositivi medici escludendo tutti gli strumenti non destinati a tale finalità. Infatti, la prassi e la giurisprudenza nazionale hanno sempre stabilito che solo i prodotti destinati all'uso medico dovessero essere considerati dispositivi medici⁶³. A favore di questa tesi depone anche la circostanza che le prassi amministrative tedesca e olandese, cioè dei due Stati membri interessati alla controversia, siano sempre state concordi nell'escludere gli strumenti con finalità non mediche dalle disposizioni sui dispositivi medici. Tale interpretazione è condivisa dalla Commissione la quale nelle linee guida sui dispositivi medici ha infatti indicato che «[m]edical devices are defined as articles which are intended to be used for a medical purpose»⁶⁴. La specificazione dell'uso medico assume una notevole importanza in considerazione della fonte. Infatti, sebbene non legalmente vincolanti, tali documenti sono autorevoli in quanto, riassumendo i risultati di approfondite discussioni tra tutti gli attori del sistema, assicurano la corretta applicazione della normativa.

Questa circostanza non rappresenta, tuttavia, un fattore decisivo avendo la Corte sancito che «una prassi non p[uò] costituire una fonte di diritto comunitario»⁶⁵ e che «une simple pratique, aussi courante soit-elle, n'équivaut pas à des renseignements précis, inconditionnels et concordants»⁶⁶. Nonostante queste osservazioni giurisprudenziali, la consuetudine rappresenta un elemento in grado di sostenere la tesi dell'imprescindibilità del requisito della destinazione medica in quanto essa consente di dedurre che «i soggetti coinvolti nel processo legislativo (la Commissione e gli Stati membri) non hanno avuto dubbi sul modo in cui la direttiva deve essere interpretata»⁶⁷.

⁶³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 15 maggio 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a., cit. supra*, nota 10, par. 46.

⁶⁴ European Commission, DG Enterprise, Directorate G, Unit 4 – Pressure Equipment, Medical Devices, Metrology, Medical Devices: Guidance document, MEDDEV 2.1/1, April 1994, Guidelines relating to the application of: the Council Directive 90/385/EEC on active implantable medical devices - the Council Directive 93/42/EEC on medical devices, p. 3, par. 1.1, lett. a. Si veda anche la sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a., cit. supra*, nota 24, par. 24.

⁶⁵ Sentenza del Tribunale di primo grado del 13 settembre 2010 in cause riunite n. T-166/07 e n. T-285/07, *Repubblica italiana c. Commissione europea*, in *Raccolta*, 2010, II, p. 193, par. 113.

⁶⁶ Sentenza del Tribunale di primo grado del 29 novembre 2006 in causa n. T-135/05, *Franco Campoli c. Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta della giurisprudenza - Funzione pubblica*, 2006, I, p. A-2-297; II, p. A-2-1527.

⁶⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 15 maggio 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a., cit. supra*, nota 10, par. 47.

6. L'analogia con il software

Nel momento attuale in cui l'informatica ha invaso la vita quotidiana personale e professionale di ogni individuo, l'ambito medico non poteva restare escluso da tale rivoluzione. La considerazione ha indotto il legislatore ad intervenire modificando l'art. 1 della direttiva n. 93/42/Cee con la previsione, introdotta dalla direttiva n. 2007/47/Ce, che solo il *software* «destinato dal fabbricante ad essere impiegato specificamente con finalità diagnostiche e/o terapeutiche» sia da considerare un dispositivo medico. La disposizione sottrae di conseguenza altri programmi informatici utilizzati in ambiente medico, ma con finalità diverse da quelle sanitarie, dall'obbligo di ottemperare alle prescrizioni della normativa sui dispositivi medici. Tale evidenza rafforza il concetto di destinazione come elemento fondamentale per la classificazione di un prodotto tra i dispositivi medici ponendo in secondo piano le caratteristiche sostanziali dello strumento stesso⁶⁸.

7. Conclusioni

Le recenti proposte di regolamento sui dispositivi medici hanno apportato alcuni cambiamenti alla nozione suggerendo di applicare il concetto a «qualunque strumento, apparecchio, apparecchiatura, *software*, impianto, reagente, materiale o altro articolo, destinato dal fabbricante ad essere impiegato sull'uomo, da solo o in combinazione, per una o più delle seguenti finalità mediche specifiche: - diagnosi, prevenzione, monitoraggio, trattamento o attenuazione di malattie, - diagnosi, monitoraggio, trattamento, attenuazione o compensazione di una lesione o di una disabilità, - studio, sostituzione o modifica dell'anatomia oppure di un processo o stato fisiologico, - controllo del concepimento o supporto al concepimento, - disinfezione o sterilizzazione di qualsiasi prodotto citato sopra»⁶⁹.

Il mantenimento nella definizione dell'espressione vaga di «studio (...) dell'anatomia oppure di un processo o stato fisiologico» non appare una scelta derivante dal fatto che la controversia *Brain Products*, oggetto di questo commento, non fosse conosciuta dal momento che solo la sentenza è posteriore alla proposta di revisione della normativa, mentre la

⁶⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi del 15 maggio 2012 in causa n. C-219/11, *Brain Products GmbH c. BioSemi V.O.F. e a., cit. supra*, nota 10, par. 48-50.

⁶⁹ Com(2012)541 final, art. 2, par. 1, e Com(2012)542 final, art. 2, par. 2.

domanda di pronuncia pregiudiziale⁷⁰ e le conclusioni dell'Avvocato Generale erano al tempo già di dominio pubblico.

Questa scelta potrebbe quindi essere stata dettata dalla certezza che la decisione della Corte, dedotta dalle conclusioni dell'Avvocato Generale, avrebbe definitivamente chiarito che il termine «studio», come tutte le espressioni riferite ad attività ed utilizzi collegati ai dispositivi medici, dovesse esser attribuito solo ad atti con finalità mediche. Pur consci dell'importanza dell'interpretazione giurisprudenziale, motivi di chiarezza e trasparenza suggerirebbero di esplicitare il parere della Corte anche eliminando semplicemente la parola «studio» nell'articolato definitivo. Infatti, risulta difficile per un profano distinguere la differenza pratica tra «studio (...) dell'anatomia oppure di un processo o stato fisiologico» finalizzato ad uno scopo medico e le stesse tipologie di «studio» aventi scopi non medici e concretizzare il concetto teorico in esempi pratici.

Di conseguenza, una persona che non sia in grado di analizzare la definizione sotto un profilo sistematico e teleologico sarebbe indotta a ritenere che lo «studio (...) dell'anatomia oppure di un processo o stato fisiologico» è sempre un'attività medica. La deduzione è suggerita anche dal fatto che l'espressione è inserita tra le finalità mediche specifiche elencate nella nuova definizione dopo i due punti di punteggiatura dalle quali è divisa da una semplice virgola la quale fornisce continuità ortografica alla lista da cui è visivamente evidenziata dall'andare a capo e dal trattino.

L'eliminazione della parola «studio» trasformerebbe la frase in «sostituzione o modifica dell'anatomia oppure di un processo o stato fisiologico». Tuttavia, se il termine «studio» fosse considerato indispensabile dal punto di vista tecnico, sarebbe forse opportuno specificare le sue finalità mediche facendolo seguire dall'appropriato aggettivo qualificativo o specificando che lo studio, la sostituzione o la modifica devono essere dettati da finalità mediche.

Questa proposta appare vaga anche a colui che l'avanza dal momento che, come già riportato, la sue scarse conoscenze non gli consentono di portare esempi pratici di studi medici e non medici «dell'anatomia e di un processo o stato fisiologico». Motivo di conforto per chi scrive è la constatazione che anche l'Avvocato Generale e la Corte sembrano avere incontrato la stessa difficoltà dal momento che, nella loro pur approfondita ed elegante analisi, non hanno riportato casi atti a portare esempi concreti

⁷⁰ Causa C-219/11: Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof (Germania) l'11 maggio 2011 - *BrainProducts GmbH/BioSemi V.O.F. e a.*, in *Gu-Ue* n. C 232 del 6 agosto 2011, p. 15.

in grado di rimarcare la differenza esistente tra la rilevazioni di un processo fisiologico con finalità mediche da indagini aventi scopi diversi.

Federico Forni*

SINTESI

La lettera dell'espressione «studio (...) di un processo fisiologico» prevista dall'art. 1, par. 2, lett. a., terzo trattino, della direttiva n. 93/42/Cee sembrava imporre la classificazione tra i dispositivi medici anche degli strumenti utilizzati per la rilevazione dei dati fisiologici di individui sani. L'interpretazione sistematica e teleologica della norma ha tuttavia consentito di raggiungere un risultato diametralmente opposto. L'analisi della Corte di giustizia nella sentenza *Brain Products* (causa n. C-219/11) ha stabilito che nessuno strumento può essere definito «dispositivo medico» in mancanza di un suo utilizzo nella diagnosi, prevenzione, monitoraggio, trattamento o attenuazione di malattie in quanto la nozione di «dispositivo medico» comprende solo gli strumenti destinati a scopi medici. Nonostante questa sentenza, l'Autore ritiene che motivi di chiarezza suggeriscano di eliminare il termine «studio» dall'art. 1, par. 2, lett. a., terzo trattino, della direttiva n. 93/42/Cee in sede di revisione della stessa.

ABSTRACT

The literal interpretation of the third indent of Article 1(2)(a) of Directive 93/42/Eec [«study (...) of a physiological process»] seemed to impose the obligation to classify as medical devices also the tools used to collect physiological data of healthy individuals. However, the systematic and teleological interpretation of this rule carried out by the Court of Justice (Brain Products judgment, case No. C-219/11) allowed to reach an opposite result. The analysis showed that no instrument can be defined as a medical device in the absence of its medical use as the concept of «medical device» includes only instruments intended by the manufacturer for medical purposes. Despite this ruling, the author believes that for reasons of clarity the word «study» should be deleted from the third indent of Article 1(2)(a) of Council Directive No. 93/42/Eec during the review of this Directive.

* Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLA VALIDITÀ DELL'INSERIMENTO DELLE IMPRONTE DIGITALI NEL PASSAPORTO

Corte di giustizia

Sentenza del 17 ottobre 2013 in causa n. C-291/12

Michael Schwarz c. Stadt Bochum

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri - Passaporto biometrico – Impronte digitali - Regolamento (Ce) n. 2252/2004 - Art. 1, par. 2, del Regolamento (Ce) n. 2252/2004 - Validità - Artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE - Diritto al rispetto della vita privata e familiare - Diritto alla protezione dei dati personali - Proporzionalità.

Dall'esame della questione sollevata non sono emersi elementi atti ad inficiare la validità dell'art. 1, par. 2, del Regolamento (Ce) n. 2252/2004 del Consiglio del 13 dicembre 2004 relativo alle norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri, come modificato dal Regolamento (Ce) n. 444/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 maggio 2009¹.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

¹ Con la questione pregiudiziale dalla quale è scaturita la sentenza sopra massimata, è stato chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla validità, alla luce in particolare del diritto fondamentale alla protezione dei dati di carattere personale contenuto nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (in *Gu-Ue* n. C 83 del 389 del 30 marzo 2010), dell'obbligo imposto agli Stati membri dal Regolamento (Ce) n. 2252/2004 relativo alle norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri (come modificato dal Regolamento (Ce) n. 444/2009,

in *Gu-Ue* n. L 142/2009, p. 1), di rilasciare passaporti ai propri cittadini soltanto quando questi ultimi, la cui immagine è già memorizzata nello stesso passaporto, si siano sottoposti al rilevamento obbligatorio delle loro impronte digitali.

L'Avvocato Generale Mengozzi, nelle proprie conclusioni presentate in data 13 giugno 2013 – nelle quali non ha riscontrato alcun elemento atto a inficiare la validità dell'art. 1, par. 2, del Regolamento (Ce) n. 2252/2004 (in *Gu-Ue* n. L 385 del 2004, p. 1) – ha richiamato quanto ha statuito il Garante europeo della protezione dei dati nel proprio parere del 23 marzo 2005 sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al sistema di informazione visti (VIS) e allo scambio di dati tra gli Stati membri sui visti per soggiorni di breve durata (in *Gu-Ue* n. C 181 del 2005, p. 13). Il Garante ha precisato che «L'utilizzazione della biometria nei sistemi d'informazione non è mai una scelta irrilevante, specie allorché il sistema in questione riguarda un numero così elevato di persone. (...) [E]ssa modifica in maniera irrevocabile la relazione tra corpo e identità, in quanto le caratteristiche del corpo umano possono essere "lette" da una macchina e sottoposte a un successivo trattamento. Le caratteristiche biometriche, benché non possano essere lette dall'occhio umano, sono leggibili e utilizzabili mediante strumenti appropriati, in qualsiasi circostanza e ovunque si rechi la persona in questione».

Ai sensi del Regolamento (Ce) n. 2252/2004 i passaporti e i documenti di viaggio sono costituiti da un supporto di memorizzazione altamente protetto contenente, oltre l'immagine del volto anche due impronte digitali in formato interoperativo. I dati sono protetti e il supporto di memorizzazione è in grado di garantire l'integrità, l'autenticità e la riservatezza dei dati (cfr. art. 1, par. 2, del Regolamento (Ce) n. 2252/2004). La normativa tedesca in materia di passaporti, adeguandosi al Regolamento in questione, prevede che i passaporti siano dotati di un supporto di memorizzazione elettronico sul quale occorre inserire la fotografia, le impronte digitali, l'indicazione delle dita soggette a scansione, le informazioni sulla qualità delle impronte, etc. Il ricorrente, il signor Schwarz, cittadino tedesco, chiedeva alle competenti autorità di Bochum il rilascio di un passaporto opponendosi però al rilevamento obbligatorio delle proprie impronte digitali. Il passaporto è stato negato per il fatto che esso non può essere emesso senza il rilevamento obbligatorio delle impronte digitali. Il Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, dinanzi al quale il signor Schwarz ha presentato un ricorso, ha sospeso il procedimento e ha presentato alla Corte di giustizia una questione sulla validità dell'art. 1, par. 2, del Regolamento (Ce) n. 2252/2004 alla luce della Carta dei diritti fondamentali.

Lo scopo del Regolamento è quello di stabilire norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti rilasciati dagli Stati membri. L'inserimento nei passaporti delle impronte digitali persegue l'obiettivo di rendere più affidabile il collegamento tra il passaporto e il suo titolare e di contrastarne la falsificazione e il suo uso fraudolento, obiettivo che, secondo la Corte, è stato riconosciuto essere lo scopo del Regolamento (Ce) n. 2252/2004.

L'art. 8, par. 1, della Carta contiene il diritto di ogni persona «alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano». Le impronte digitali sono certamente dati di carattere personale. Il par. 2 di tale articolo prevede, in particolare, che «[t]ali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica».

La Corte di giustizia ha precisato che il rispetto del diritto alla vita privata con riferimento al trattamento dei dati personali comprende qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile (cfr. sentenze del 9 novembre 2010 in causa n. C-92/09 e n. C-93/09, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 11063 e del 24 novembre 2011 in causa n. C-468/10 e n. C-469/10, *ASNEF e FECEDM*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 12181). Le impronte digitali rientrano all'interno di questo concetto quando oggettivamente contengono informazioni uniche sulle persone e permettono una loro precisa identificazione (cfr. Corte europea diritti dell'uomo, sentenza del 4 dicembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, *Recueil des arrêts et décisions*, 2008-V, p. 213).

A parere della Corte, il rilevamento obbligatorio delle impronte digitali in vista della loro registrazione e della loro memorizzazione nei passaporti costituisce un pregiudizio al diritto al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali. Esso, però, persegue

l'obiettivo di interesse generale, riconosciuto dall'UE, di impedire l'ingresso illegale di persone nel territorio dell'Unione. La limitazione, pertanto, è proporzionata all'obiettivo perseguito che è un obiettivo d'interesse generale riconosciuto dall'Unione.

LA RESPONSABILITÀ CIVILE RISULTANTE DALLA CIRCOLAZIONE DEGLI AUTOVEICOLI

I

Corte di giustizia

Sentenza del 24 ottobre 2013 in causa n. C-22/12

Katarína Haasová c. Rastislav Petřík, Blanka Holingová

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli - Danni coperti da tale assicurazione - Direttiva n. 72/166/Cee- Art. 3, par. 1 - Seconda direttiva n. 84/5/Cee - Terza direttiva n. 90/232/Cee - Incidente stradale - Decesso di un passeggero - Diritto al risarcimento del coniuge e del figlio minore di età - Danno immateriale – Risarcimento - Copertura fornita dall'assicurazione obbligatoria - Nozione di «danni alle persone» - Inclusione di un danno immateriale – Risarcimento del danno immateriale causato dal decesso di un congiunto in un incidente stradale - Importi minimi garantiti.

L'art. 3, par. 1, della direttiva n. 72/166/Cee del Consiglio del 24 aprile 1972 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e di controllo dell'obbligo di assicurare tale responsabilità, l'art. 1, par. 1 e 2, della seconda direttiva n. 84/5/Cee del Consiglio del 30 dicembre 1983, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, quale modificata dalla direttiva n. 2005/14/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2000 e l'art. 1, 1° comma, della terza direttiva n. 90/232/Cee del Consiglio del 14 maggio 1990 relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, devono essere interpretati nel senso che l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile

risultante dalla circolazione di autoveicoli deve garantire il risarcimento dei danni immateriali subiti dai congiunti di vittime, decedute, di incidenti stradali, qualora tale risarcimento sia previsto, in forza della responsabilità civile dell'assicurato, dalla normativa nazionale applicabile alla controversia nel procedimento principale¹.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 24 ottobre 2013 in causa n. C- 277/12

Vitālijs Drozdovs, rappresentato da Valentīna Balakireva c. Baltikums AAS

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Assicurazione obbligatoria della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli – Direttiva n. 72/166/Cee - Art. 3, par. 1 - Terza direttiva n. 90/232/Cee - Art. 1 - Incidente stradale - Morte dei genitori del soggetto minorenne richiedente - Diritto al risarcimento dei danni - Richiesta di risarcimento del danno immateriale - Copertura da parte dell'assicurazione obbligatoria.

Gli artt. 3, par. 1, della direttiva n. 72/166/Cee del Consiglio del 24 aprile 1972 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e di controllo dell'obbligo di assicurare tale responsabilità, e 1, par. 1 e 2, della seconda direttiva n. 84/5/Cee del Consiglio del 30 dicembre 1983 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, devono essere interpretati nel senso che l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli deve coprire il risarcimento dei danni immateriali subiti dai congiunti di vittime decedute in un incidente stradale nei limiti in cui tale risarcimento sia previsto a titolo di responsabilità civile dell'assicurato dalla normativa nazionale applicabile alla controversia oggetto del procedimento principale².

Gli artt. 3, par. 1, della direttiva n. 72/166/Cee e 1, par. 1 e 2, della seconda direttiva n. 84/5/Cee devono essere interpretati nel senso che essi ostano a disposizioni nazionali ai sensi delle quali l'assicurazione obbli-

gatoria della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli copre il risarcimento dei danni immateriali dovuto, secondo la normativa nazionale sulla responsabilità civile, per il decesso di un prossimo congiunto in un incidente stradale solo sino a concorrenza di un massimale inferiore agli importi fissati all'art. 1, par. 2, della direttiva n. 84/5/Cee³.

¹⁻³ Nelle sentenze, sopra massimate, la Corte di giustizia si è interrogata sul problema del risarcimento, in presenza di un'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, del danno causato, in un incidente stradale, dal decesso di un congiunto.

Nella causa Haasová (n. C-22/12) la Corte di giustizia è stata chiamata ad interpretare l'art. 3, par. 1, della direttiva n. 72/166/Cee (la prima direttiva) (in *Guce* n. L 103 del 72, p. 1) in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e di controllo dell'obbligo di assicurare tale responsabilità e dell'art. 1, 1° comma, della terza direttiva n. 90/232/Cee relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli (in *Guce* n. L 129 del 1990, p. 33) nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la signora Haasová, che agisce anche in nome della figlia minore Kristina Haasová e, dall'altro lato, il signor Petrik e la signora Holingová, concernente il risarcimento da parte di questi ultimi, per responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, del danno conseguente al decesso del signor Haas, marito della ricorrente, in un incidente stradale avvenuto in territorio ceco.

Nella causa Drozdovs (n. C-277/12), la questione pregiudiziale concernente l'interpretazione della prima e della seconda direttiva (direttiva n. 84/5/Cee sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, in *Guce* L 8 del 1984, p. 17) è stata presentata da un giudice della Lettonia nell'ambito di una controversia tra il signor Drozdovs (nato il 25 agosto 1995), rappresentato dalla signora Balakireva (in qualità di tutrice) e una società di assicurazioni, la Baltikums AAS (in prosieguo: la «Baltikums»), relativa al risarcimento da parte di quest'ultima, a titolo di responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, dei danni morali subiti dal signor Drozdovs per la morte dei propri genitori in un incidente stradale.

Comune ad entrambe le cause, sulle quali, peraltro, l'Avvocato Generale Niilo Jääskinen ha presentato le proprie conclusioni congiunte in data 11 luglio 2013, è la questione se un danno non patrimoniale o morale come quello derivante dalla morte di un congiunto (parente o coniuge) in un incidente stradale, possa rientrare tra i danni che devono essere coperti dall'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli.

Nel caso Haasová, le ricorrenti, madre e figlia, hanno chiesto la condanna del signor Petrik e della signora Holingová al risarcimento del danno morale derivante dalla perdita del marito/padre. Il codice civile ceco consente alla persona fisica di chiedere un risarcimento per il danno morale risultante da una lesione all'integrità personale. Ottenuta in primo grado la condanna dei convenuti al risarcimento dei danni, il giudice di appello investito della controversia (il giudice regionale di Prešov) ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia affinché chiarisse se l'assicurazione obbligatoria per gli autoveicoli garantisca il risarcimento dei danni immateriali patiti dai congiunti delle vittime decedute in seguito ad un incidente stradale.

La Corte di giustizia ha, innanzitutto, precisato che le direttive comunitarie obbligano gli Stati membri ad assicurare che la responsabilità civile risultante dalla circolazione degli autoveicoli, che sono situati normalmente sul loro territorio, sia coperta da un'assicurazione precisandone i tipi di danni nonché i soggetti terzi vittime che l'assicurazione deve coprire (cfr. sentenze del 23 ottobre 2012 in causa n. C-300/10, *Marques Almeida*, inedita in *Raccolta*, e del 28 marzo 1996 in causa n. C-129/94, *Ruis Bernaldex*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1829). Ed inoltre, mentre l'obbligo di copertura è garantito dalla normativa comunitaria, la

questione dell'entità dei danni risarcibili a titolo di responsabilità civile dell'assicurato è disciplinata dai singoli Stati membri.

La Corte di giustizia ha, peraltro, precisato che, al fine di ridurre le disparità tra le legislazioni degli Stati membri riferite alla portata dell'obbligo di assicurazione, l'UE ha imposto la copertura assicurativa obbligatoria dei danni alle cose e dei danni alle persone (comprensiva di ogni danno arrecato all'integrità della persona incluse le sofferenze fisiche e psicologiche) a concorrenza di importi stabiliti nella seconda direttiva. Ne consegue che tra i danni che devono essere risarciti troviamo anche i danni immateriali il cui risarcimento è previsto a titolo di responsabilità civile dell'assicurato dalla normativa nazionale applicabile alla controversia.

Con riferimento ai soggetti che possono agire per ottenere il risarcimento dei danni immateriali, la Corte di giustizia ha precisato come il codice civile ceco riconosca alle ricorrenti tale risarcimento a causa del decesso del loro congiunto.

Nel caso *Drozdovs* i genitori del ricorrente erano deceduti in un incidente stradale avvenuto in Lettonia e il signor *Drozdovs*, in quanto minore all'epoca dei fatti, veniva sottoposto a tutela. In seguito, la tutrice ha invitato la *Baltikums*, la compagnia assicurativa della controparte a corrispondere al ricorrente un indennizzo a titolo di danno morale subito a causa della perdita dei propri genitori. Il ricorso e l'impugnazione proposti dalla tutrice sono stati respinti e il Senato della Corte suprema (Lettonia), investito della controversia, dopo aver chiesto alla Corte di giustizia i medesimi chiarimenti di cui alla sentenza *Haasová* (ossia se il risarcimento obbligatorio del danno alle persone, previsto all'art. 3 della prima direttiva e all'art. 1, par. 2, della seconda direttiva include anche il danno morale), ha chiesto pure se la limitazione dell'importo massimo del risarcimento del danno derivante da un incidente stradale, stabilita dalla normativa nazionale (relativa all'importo e alle modalità di calcolo dei risarcimenti assicurativi per i danni morali cagionati alle persone) contrasti con il diritto dell'UE.

La Corte di giustizia ha precisato che un soggetto che si trovi nella situazione del signor *Drozdovs* ha diritto, ai sensi della normativa nazionale lettone sulla responsabilità civile, al risarcimento dei danni morali derivanti dalla morte dei genitori.

Infine, e così ha concluso la Corte di giustizia, una normativa nazionale che prevede massimali di garanzia inferiori agli importi minimi di garanzia previsti dalla seconda direttiva (art. 1, par. 2) contrasta con il diritto comunitario (cfr., sull'argomento, sentenza del 14 settembre 2000 in causa n. C-348/98, *Mendes Ferreira e Delgado Correia Ferreira*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6711, nonché ordinanza del 24 luglio 2003 in causa n. C-166/02, *Messejana Viegas*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 7871). L'unica distinzione operata dall'articolo succitato è quella tra danni alle cose e danni alle persone: «L'assicurazione di cui all'articolo 3, paragrafo 1, della [prima direttiva] copre obbligatoriamente i danni alle cose e i danni alle persone».

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA IL REGOLAMENTO (CE) N. 44/2001 CON RIFERIMENTO AI CONTRATTI CONCLUSI CON I CONSUMATORI

I

Corte di giustizia

Sentenza del 14 novembre 2013 in causa n. C-478/12

Armin Maletic, Marianne Maletic c. lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale - Interpretazione dell'art. 16, par. 1 - Contratto di viaggio stipulato tra un consumatore domiciliato in uno Stato membro e un'agenzia di viaggi stabilita in un altro Stato membro - Prestatore di servizi stabilito nello Stato membro del domicilio del consumatore – Diritto del consumatore di citare in giudizio le due imprese dinanzi al giudice del luogo del suo domicilio.

La nozione di «altra parte del contratto» di cui all'art. 16, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, dev'essere interpretata nel senso che essa designa, in circostanze come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, anche la controparte contrattuale dell'operatore presso il quale il consumatore ha stipulato tale contratto e che ha la propria sede nel territorio dello Stato membro del domicilio di tale consumatore¹.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 17 ottobre 2013 in causa n. C-218/12

Lokman Emrek c. Vlado Sabranovic

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale - Art. 15, par. 1, lett. c. - Contratti conclusi dai consumatori – Contratti conclusi a distanza - Attività diretta verso un altro Stato membro - Necessità dell'esistenza di un nesso causale tra le attività del venditore dirette verso lo Stato membro del consumatore e la conclusione del contratto - Internet.

L'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, dev'essere interpretato nel senso che non postula la sussistenza di un nesso di causalità tra il mezzo, vale a dire un sito internet, utilizzato per dirigere l'attività commerciale o professionale verso lo Stato membro

di domicilio del consumatore e la conclusione del contratto con il consumatore medesimo. Tuttavia, la sussistenza di un simile nesso di causalità costituisce un indizio di riconducibilità del contratto ad un'attività di tal genere².

¹⁻² Una questione pregiudiziale sull'interpretazione del Regolamento (Ce) n. 44/2001 (in *Guce* n. L 12 del 2001, p. 1) è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, i signori Maletic e, dall'altro lato, lastminute.com GmbH e TUI Österreich GmbH (di seguito denominata: «TUI») avente ad oggetto il pagamento di un importo pari a EUR 1201,38, a causa della prenotazione da parte dei ricorrenti, presso lastminute.com, di un viaggio «tutto compreso» organizzato dalla TUI. I coniugi Maletic, residenti in Austria, prenotavano e pagavano utilizzando il sito internet di lastminute.com, un viaggio «tutto compreso» in Egitto al prezzo di EUR 1 858. L'organizzazione del viaggio era demandata alla TUI e ciò veniva precisato nel sito internet di lastminute.com. Essendo insorta una controversia, i signori Maletic hanno introdotto un'azione giudiziaria davanti al giudice austriaco per il risarcimento dei danni.

Nella sentenza che ha risolto il caso *Maletic*, la Corte di giustizia ha affermato che un'azione di risarcimento del danno derivante dall'acquisto di un pacchetto di viaggio può essere proposta davanti al giudice nazionale dove il turista ha la propria residenza. La questione pregiudiziale ha riguardato l'interpretazione dell'art. 16, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 44/2001 (in *Guce* n. L 12 del 2001, p. 1) ai sensi del quale: «L'azione del consumatore contro l'altra parte del contratto può essere proposta o davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliata tale parte, o davanti ai giudici del luogo in cui è domiciliato il consumatore». In particolare, la controversia dalla quale è scaturita la questione pregiudiziale ha visto contrapposti, da un lato, i signori Maletic residenti in un comune dell'Austria, e, dall'altro lato, la TUI Österreich GmbH (di seguito denominata TUI) con sede a Vienna (Austria), avente ad oggetto il pagamento di un importo pari a EUR 1 201,38, derivante dalla prenotazione da parte dei ricorrenti presso il sito internet www.lastminute.com di un viaggio tutto compreso organizzato dalla TUI. I ricorrenti nel dicembre 2011 prenotavano e pagavano, accedendo al sito internet www.lastminute.com, il viaggio in Egitto. Sul proprio sito internet, lastminute.com, società con sede a Monaco (Germania), si presentava in qualità di agente di viaggi e precisava che il viaggio sarebbe stato organizzato dalla TUI, società con sede a Vienna (Austria).

La prenotazione effettuata dai ricorrenti riguardava un determinato hotel, mentre nella conferma/fattura della TUI, che riprendeva i dati del viaggio prenotato presso lastminute, veniva riportato il nome di un altro hotel. Al momento del loro arrivo ad Hurgada i coniugi hanno dovuto versare un supplemento di prezzo per poter soggiornare presso l'hotel inizialmente prenotato sul sito internet di lastminute. I ricorrenti, decisi a recuperare quanto versato a titolo di risarcimento dei danni subiti, proponevano ricorso dinanzi al giudice austriaco che respingeva il ricorso per la parte riguardante la TUI. A parere del giudice adito il Regolamento (Ce) n. 44/2001 non sarebbe stato applicabile trattandosi di una fattispecie interna dello Stato austriaco come pure sarebbe stato competente il giudice del foro del domicilio del convenuto (di Vienna), dove aveva sede la TUI e non quello dove risiedevano i ricorrenti.

Con riferimento alla domanda nei confronti di lastminute.com, con sede in Germania, il giudice austriaco ha ritenuto di essere competente ai sensi dell'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001. I ricorrenti proponevano appello sostenendo che il contratto concluso coinvolgeva entrambe le società, TUI e lastminute.com. Il giudice di appello adito ha sospeso il procedimento principale e ha chiesto alla Corte di chiarire se per «altra parte del contratto» possa intendersi anche la controparte contrattuale dell'operatore presso il quale il consumatore ha stipulato il contratto e che ha la sede nel territorio dello Stato membro del domicilio del consumatore.

A parere della Corte di giustizia, il Regolamento comunitario si applica alla fattispecie in esame in quanto l'elemento di estraneità è presente sia per lastminute.com, sia per TUI. I contratti, infatti, erano legati fra di loro. Il rapporto con l'organizzatore (TUI) non si sarebbe

perfezionato senza l'intervento, quale intermediario, dell'agenzia viaggi (lastminute.com) presente in un altro Stato membro. Tale conclusione rispecchia l'obiettivo del Regolamento n. 44/2001 per quanto riguarda la tutela del consumatore, quale parte più debole del rapporto, per evitare che debbano essere iniziate due azioni simili contro due operatori coinvolti entrambi nella prenotazione del medesimo viaggio «tutto compreso».

L'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001 è ancora una volta oggetto di interpretazione (cfr. sentenze del 7 dicembre 2010 in cause riunite n. C-585/08 e n. C-144/09, *Pammer e Hotel Alpenhof*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 12527, annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 714, e del 6 settembre 2012 in causa n. C-190/11, *Mühlleitner*, inedita in *Raccolta*, in questa *Rivista*, 2013, p. 123 con commento di C. CAMUSSI, *I contratti conclusi via web dai consumatori: nuovi spunti di riflessione sui presupposti applicativi*, p. 127 ss.) nella seconda sentenza sopra massimata, riferita ad una causa avente ad oggetto un'azione in materia di garanzia a seguito della conclusione di un contratto di compravendita di un autoveicolo usato. In particolare, la Corte di giustizia è stata chiamata a chiarire la portata del requisito secondo cui le attività del venditore devono essere dirette verso lo Stato in cui è domiciliato il consumatore, affinché si possa applicare la regola del foro speciale in materia di contratti conclusi dai consumatori.

Nella relativa causa, il Landgericht Saarbrücken vuole sapere se il citato criterio di collegamento esiga, come requisito ulteriore non scritto, l'esistenza di un nesso causale tra l'attività «diretta» verso lo Stato in cui è domiciliato il consumatore e la decisione di quest'ultimo di stipulare il contratto.

Il signor Sabranovic gestiva a Spichenen, un paesino in prossimità del confine con la Germania, un'impresa di commercializzazione di veicoli usati, la Vlado Automobiles Import-Export. Un sito internet conteneva tutti i recapiti della sua impresa, compresi i numeri di telefono francesi e un numero di telefono cellulare tedesco, insieme ai rispettivi prefissi internazionali necessari per effettuare le chiamate. Il ricorrente, il signor Emrek, domiciliato a Saarbrücken (Germania) e intenzionato ad acquistare un autoveicolo usato si recava presso l'impresa del signor Sabranovic e concludeva un contratto di compravendita di un autoveicolo usato.

Successivamente, il signor Emrek conveniva in giudizio, dinanzi al giudice tedesco, il titolare dell'impresa con un'azione di garanzia sostenendo la competenza del giudice tedesco a conoscere dell'azione in questione. Il giudice del rinvio, adito in appello dal signor Emrek, ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia per chiarire se l'art. 15, par. 1, lett. c., del Regolamento (Ce) n. 44/2001 presuppone un nesso di causalità tra il mezzo (sito internet) utilizzato per indirizzare l'attività commerciale o professionale verso lo Stato membro del domicilio del consumatore e la conclusione del contratto con lo stesso consumatore.

La Corte di giustizia ha precisato che la disposizione, oggetto di interpretazione, si applica in presenza di due requisiti specifici. In primo luogo occorre che il commerciante eserciti le proprie attività commerciali o professionali nello Stato membro nel quale il consumatore è domiciliato e, in secondo luogo, che il contratto controverso rientri nell'ambito di tali attività. Il requisito essenziale è quello legato all'attività commerciale o professionale diretta verso lo Stato del domicilio del consumatore e nessun nesso di causalità, come quello sopra descritto, viene richiesto dal Regolamento comunitario.

Secondo la Corte di giustizia, infatti, richiedere tale nesso di causalità significherebbe contrastare l'obiettivo che intende perseguire il Regolamento (Ce) n. 44/2001, ossia quello di tutelare i consumatori in quanto contraenti più deboli. Tale nesso potrebbe rappresentare un elemento rilevante per il giudice nazionale nel determinare se l'attività considerata sia effettivamente diretta verso lo Stato membro del domicilio del consumatore.

La Corte ha richiamato, altresì, la propria giurisprudenza (sentenze *Pammer e Hotel Alpenhof* e *Mühlleitner*, cit. *supra*) chiarendo come elementi quali «l'avvio di contratti a distanza» e «la conclusione a distanza di un contratto stipulato con un consumatore» siano in grado di dimostrare la riferibilità del contratto concluso ad un'attività diretta verso lo Stato membro del domicilio del consumatore. Nel caso di specie, il commerciante stabilito in uno Stato membro al confine con un altro Stato membro e che utilizzi un numero di telefono assegnato dall'altro Stato membro mettendolo a disposizione dei potenziali clienti, può costituire un indizio idoneo a dimostrare che la sua attività è diretta verso l'altro Stato membro.

**LA DIRETTIVA N. 93/13/CEE SULLE CLAUSOLE
CONTRATTUALI ABUSIVE NELL'INTERPRETAZIONE
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA**

Corte di giustizia

Ordinanza del 14 novembre 2013 in cause riunite n. C-537/12 e n. C-116/13

Banco Popular Espanol SA c. Maria Teodolinda Rivas Quichimb, Wilmar Edgar Cun Pérez (in causa n. C-537/12) e Banco de Valencia SA c. Joaquín Valldeperas Tortosa, María Ángeles Miret Jaume (in causa n. C-116/13)

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/13/Cee - Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori - Art. 99 del Regolamento di procedura della Corte - Contratto di mutuo ipotecario - Procedimento di esecuzione ipotecaria - Competenze del giudice nazionale dell'esecuzione di valutare d'ufficio o su domanda del consumatore una clausola abusiva - Opposizione del debitore - Principio di effettività - Sussistenza del contrasto.

La direttiva n. 93/13/Cee del Consiglio del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che non consente al giudice dell'esecuzione, nell'ambito di un procedimento di esecuzione ipotecaria, né di valutare, d'ufficio o su domanda del consumatore, il carattere abusivo di una clausola contenuta nel contratto dal quale discende il debito fatto valere e che fonda il titolo esecutivo, né di adottare provvedimenti provvisori, tra i quali, segnatamente, la sospensione dell'esecuzione, allorché la concessione di tali provvedimenti sia necessaria a garantire la piena efficacia della decisione finale del giudice investito del relativo procedimento di merito, competente ad esaminare il carattere abusivo di tale clausola¹.

L'art. 3, par. 1 e 3, della direttiva n. 93/13/Cee, nonché i punti 1, lett. e. e g., e 2, lett. a., del suo allegato devono essere interpretati nel senso che, al fine di valutare il carattere abusivo di una clausola di scadenza anticipata di un mutuo ipotecario, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, rivestono segnatamente un'importanza essenziale:

- se la facoltà riconosciuta al professionista di risolvere unilateralmente il contratto dipenda dal mancato adempimento da parte del consu-

mature di un obbligo che presenta un carattere essenziale nel contesto del rapporto contrattuale in esame;

- se tale facoltà sia prevista per le ipotesi in cui siffatto inadempimento riveste un carattere sufficientemente grave rispetto alla durata e all'importo del mutuo;

- se detta facoltà deroghi alle norme applicabili in mancanza di accordo tra le parti, rendendo più arduo per il consumatore, visti gli strumenti processuali di cui dispone, l'accesso alla giustizia nonché l'esercizio dei diritti della difesa, e

- se il diritto nazionale preveda mezzi adeguati ed efficaci che consentano al consumatore al quale siffatta clausola è stata opposta di ovviare agli effetti del recesso unilaterale del contratto di mutuo.

Spetta al giudice del rinvio effettuare tale valutazione, in funzione di tutte le circostanze proprie della controversia di cui è investito².

¹⁻² L'ordinanza della Corte di giustizia, sopra massimata, è scaturita da un rinvio pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 93/13/Cee relativa alle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (in *Guce* n. L 95 del 1993, p. 29). Il rinvio pregiudiziale è stato presentato nell'ambito di due controversie che hanno visto contrapposti, da un lato, il Banco Popular Español SA e la signora Rivas Quichimbo ed il signor Cun Pérez (causa n. C-537/12) nonché, dall'altro, il Banco de Valencia SA e il signor Valdeperas Tortosa e la signora Miret Jaume (causa n. C-116/13), in merito ad una posizione debitoria derivante da contratti di mutuo ipotecario stipulati tra le parti del contratto.

Nella causa n. C-537/12 i ricorrenti, dopo la sottoscrizione di un contratto di mutuo garantito dall'ipoteca sull'abitazione familiare, si rendevano inadempienti nel pagamento delle rate. In seguito all'azione promossa dal Banco Popular, veniva dato corso alla procedura esecutiva sull'immobile dato in garanzia, alla quale la signora Rivas prontamente si opponeva facendo valere l'abusività della clausola del contratto di mutuo denominata «suolo». Tale clausola garantirebbe all'istituto di credito un tasso di interesse minimo nell'ipotesi in cui quello di riferimento scenda al di sotto di un valore determinato trasformandolo in un mutuo a tasso fisso, anziché variabile. A parere del Banco Popular, la ricorrente avrebbe dovuto far valere l'abusività della clausola nell'ambito di un procedimento di merito e non nell'ambito di un giudizio di opposizione ex art. 695 del codice di procedura civile spagnolo.

Il giudice spagnolo (il Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n. 1 de Catarroja), nutrendo dubbi sulla conformità del diritto processuale spagnolo alla direttiva n. 93/13/Cee ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia.

Nella causa n. C-116/13 i ricorrenti avevano sottoscritto anch'essi un contratto di mutuo immobiliare presso il Banco de Valencia ipotecando il bene finanziato a garanzia del rimborso del mutuo. In seguito al mancato pagamento di quattro rate del mutuo, l'istituto di credito avviava una procedura esecutiva. Il contratto di mutuo sottoscritto prevedeva che la banca potesse risolvere il contratto sin dalla prima rata mensile non pagata, senza dover prendere in considerazione il rispetto anteriore delle clausole contrattuali da parte dei debitori. Anche il giudice spagnolo investito della causa di esecuzione nel caso *de quo*, il Juzgado de Primera Instancia n. 17 de Palma de Mallorca, ritenendo sussistere dubbi sulla conformità del procedimento di esecuzione ipotecaria spagnolo alla direttiva n. 93/13/Cee ha deciso di sospendere il giudizio nazionale e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

Il giudice dell'esecuzione, infatti, sarebbe privato sia del potere di valutare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale contenuta nel contratto di mutuo ipotecario prima di ordinare l'esecuzione in quanto deve limitarsi alla fase esecutiva, sia di sospendere la fase esecutiva stessa nell'ipotesi di proposizione del giudizio di merito al fine di far

dichiarare il carattere abusivo di una clausola contenuta nel contratto di mutuo sottoscritto.

La Corte di giustizia, innanzitutto, ha provveduto a riunire le due cause e ha richiamato l'art. 99 del proprio Regolamento di procedura ai sensi del quale «quando una questione pregiudiziale è identica a una questione sulla quale la Corte ha già statuito, quando la risposta a tale questione può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta alla questione pregiudiziale non dà adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata».

In secondo luogo, ha richiamato la propria giurisprudenza, in particolare il caso *Aziz* (sentenza del 14 marzo 2013 in causa n. C-415/11, inedita in *Raccolta*, annotata in questa *Rivista*, 2013, p. 160).

Nella sentenza *Aziz* la Corte ha precisato che il giudice nazionale deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale ai sensi della direttiva n. 93/13/Cee e cercare di rimediare allo squilibrio esistente tra il consumatore e il professionista dal momento in cui egli può disporre degli elementi di fatto e di diritto necessari ai fini di tale valutazione.

La Corte di giustizia ha, altresì, dichiarato il contrasto con la direttiva n. 93/13/Cee di una normativa di uno Stato membro che non consenta al giudice investito di una domanda d'ingiunzione di pagamento di esaminare d'ufficio, *in limine litis* né in qualsiasi altra fase del procedimento, anche qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, la natura abusiva di una clausola sugli interessi moratori inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, in assenza di opposizione proposta da quest'ultimo (cfr. sentenza del 14 giugno 2012 in causa n. C-618/10, *Banco Español de Crédito*, inedita in *Raccolta*).

Dalla giurisprudenza esaminata dalla Corte di giustizia è emerso che le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia concernevano la funzione del giudice competente ad autorizzare l'esecuzione ipotecaria, nell'ambito dello stesso sistema processuale esaminato nel caso *Aziz*.

Ne consegue che la normativa nazionale processuale controversa, che non consente di esaminare d'ufficio, nell'ambito di un procedimento di esecuzione ipotecaria, il contratto collegato al debito fatto valere per ragioni diverse dai motivi di opposizione previsti, è contraria alla direttiva n. 93/13/Cee. In tal modo viene, infatti, compromessa l'effettività della tutela voluta dalla direttiva n. 93/13/Cee perché non si consente al giudice nazionale di emanare provvedimenti provvisori, necessari a garantire la piena efficacia della sua decisione finale, volti a sospendere o a bloccare il procedimento di esecuzione ipotecaria.

Infine, con riferimento all'interpretazione, nella causa n. C-116/13 dell'art. 3, par. 1 e 3, della direttiva n. 93/13/Cee, al fine di valutare il carattere abusivo della clausola relativa alla scadenza del mutuo ipotecario inserita nel relativo contratto, la Corte di giustizia ha precisato come nella causa *Aziz* si era pronunciata nel senso che incombe al giudice nazionale di verificare se la facoltà riconosciuta al professionista di risolvere unilateralmente il contratto dipenda «dal mancato adempimento da parte del consumatore di un obbligo che presenta un carattere essenziale nel contesto del rapporto contrattuale in oggetto, se tale facoltà sia prevista per le ipotesi in cui siffatto inadempimento riveste un carattere sufficientemente grave rispetto alla durata e all'importo del mutuo, se detta facoltà deroghi alle norme applicabili in assenza di accordo tra le parti, rendendo più arduo per il consumatore, visti gli strumenti processuali di cui dispone, l'accesso alla giustizia e l'esercizio dei diritti della difesa, e se il diritto nazionale preveda mezzi appropriati ed efficaci che consentano al consumatore al quale siffatta clausola è stata opposta di ovviare agli effetti del recesso unilaterale dal contratto di mutuo (v. sentenza *Aziz*, cit., punti 73 e 75)».

**SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA I FARMACI SOGGETTI
A PRESCRIZIONE MEDICA NON POSSONO ESSERE VENDUTI
NELLE PARAFARMACIE E LA NORMATIVA ITALIANA CHE
LO VIETA NON CONTRASTA CON IL DIRITTO COMUNITARIO**

Corte di giustizia

Sentenza del 5 dicembre 2013 in cause riunite da n. C-159/12 a n. C-161/12

Alessandra Venturini c. ASL Varese, Ministero della Salute, Regione Lombardia, Comune di Saronno, Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) (causa n. C-159/12), e Maria Rosa Gramegna c. ASL Lodi, Ministero della Salute, Regione Lombardia, Comune di Sant'Angelo Lodigiano, Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) (causa n. C-160/12), e Anna Muzzio c. ASL Pavia, Ministero della Salute, Regione Lombardia, Comune di Bereguardo, Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) (causa n. C-161/12), con l'intervento di: Federfarma - Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 49 TFUE - Restrizione alla libertà di stabilimento - Sanità pubblica- Normativa nazionale – Vendita nelle parafarmacie di medicinali soggetti a prescrizione medica con i costi a carico del paziente - Divieto - Rifornimento di medicinali sicuro e di qualità - Insussistenza del contrasto - Principio di proporzionalità - Conformità al diritto comunitario.

L'art. 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che non consente a un farmacista, abilitato e iscritto all'ordine professionale, ma non titolare di una farmacia compresa nella pianta organica, di distribuire al dettaglio, nella parafarmacia di cui è titolare, anche quei farmaci soggetti a prescrizione medica che non sono a carico del Servizio sanitario nazionale, bensì vengono pagati interamente dall'acquirente¹.

¹ Le ricorrenti nei procedimenti principali (signore Venturini, in causa n. C-159/12), Gramegna, in causa n. C-160/12 e Muzzio, in causa n. C-161/12) sono farmaciste abilitate iscritte all'Ordine dei Farmacisti di Milano, nonché titolari di esercizi di vendita denominate «parafarmacie».

Le ricorrenti hanno sostenuto dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia (di seguito denominato: TAR Lombardia) che il divieto previsto dalla normativa italiana di vendere nelle parafarmacie medicinali soggetti a ricetta medica, a totale carico del

cliente e non del sistema sanitario nazionale, contrasti con la normativa comunitaria determinando una restrizione della libertà di stabilimento prevista all'art. 49 TFUE.

La normativa italiana controversa (la legge n. 468 del 1913 e successive integrazioni) definiva la prestazione di servizi farmaceutici come un'«attività primaria dello Stato», che poteva essere esercitata solo attraverso le farmacie comunali oppure tramite concessione governativa ai privati farmacisti.

Allo scopo di garantire la corretta ripartizione delle farmacie su tutto il territorio nazionale, è stato introdotto un sistema in base al quale è previsto un numero massimo di farmacie insediabili sul territorio ed il rilascio di un'apposita autorizzazione ad aprire ed esercitare una farmacia rilasciata dall'autorità competente per territorio. Una legge del 2006 (la n. 223 del 2006) ha consentito l'apertura delle parafarmacie nelle quali vengono venduti medicinali non soggetti a prescrizione medica e la successiva legge n. 214 del 2011 ha consentito la vendita dei medicinali di fascia C.

Le ricorrenti del procedimento principale, non avendo ottenuto l'autorizzazione dalla ASL competente per territorio a vendere medicinali soggetti a prescrizione medica, proponevano ricorso dinanzi al TAR Lombardia che decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire se la normativa nazionale contrasti con il diritto dell'Unione.

La Corte di giustizia si è concentrata soprattutto sull'esistenza di una libertà di stabilimento. Essa ha richiamato la propria costante giurisprudenza secondo la quale ogni provvedimento nazionale che possa ostacolare o scoraggiare l'esercizio della libertà di stabilimento costituisce una restrizione ex art. 49 TFUE (cfr. sentenze del 14 ottobre 2004 in causa n. C-299/02, *Commissione c. Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9761 e del 21 aprile 2005 in causa n. C-140/03, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3177). La Corte di giustizia ha precisato che un farmacista che intenda stabilirsi in un altro Stato membro per aprire una parafarmacia non potrà commercializzare i medicinali soggetti a prescrizione medica; egli sarà escluso da determinate quote del mercato dei medicinali in Italia e, di conseguenza, dai relativi benefici economici.

Tale normativa nazionale può, quindi, secondo la Corte di giustizia, ostacolare e scoraggiare l'apertura di una parafarmacia sul territorio italiano da parte di un farmacista cittadino di un altro Stato membro.

Sul fondamento della limitazione alla libertà di stabilimento, la Corte di giustizia ha chiarito come le restrizioni possano essere giustificate da ragioni imperative di interesse generale, a condizione che siano atte a realizzare l'obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto necessario al raggiungimento dello stesso (cfr. sentenze del 10 marzo 2009 in causa n. C-169/07, *Hartlauer*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 1721, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 247 nonché del 19 maggio 2009 in causa n. C-171/07, *Apothekerkammer des Saarlandes e a.*, e in causa n. C-172/07, in *Raccolta*, 2009, I, p. 4171 e annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 255).

La normativa controversa persegue l'obiettivo di garantire alla popolazione un rifornimento di medicinali sicuro e di qualità ed esso rientra nell'obiettivo di tutela della salute.

Secondo la Corte di giustizia, la normativa italiana potrebbe a volte rivelarsi indispensabile per evitare una duplicazione nell'apertura degli esercizi commerciali, per garantire un'assistenza medica connessa alle necessità della popolazione tenendo in considerazione le regioni svantaggiate o isolate geograficamente. Solamente in questo modo potrebbe essere assicurato un servizio farmaceutico sicuro e di qualità.

A parere della Corte di giustizia, riconoscere la possibilità di vendita nelle parafarmacie dei medicinali soggetti a prescrizione medica significherebbe non rispettare il sistema di pianificazione territoriale delle farmacie che garantisce la realizzazione dell'obiettivo della tutela della salute.

Infine, con riferimento al rispetto del principio di proporzionalità nel settore della sanità pubblica, la Corte ha precisato che agli Stati membri è riconosciuto un certo margine di discrezionalità nel determinare il livello in base al quale intendono garantire la tutela della sanità pubblica (cfr. sentenze dell'11 settembre 2008 in causa n. C-141/07, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6935). Ne consegue, e così ha concluso la Corte di giustizia, accogliendo le argomentazioni del Governo italiano e della Federfarma (aderendo pienamente alle conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl presentate in data 5 settembre

2013) che la normativa controversa - che riserva alle sole farmacie la vendita di medicinali soggetti a prescrizione medica - è pienamente giustificata dall'obiettivo di garantire un rifornimento di medicinali sicuro e di qualità.

IL PATTO CIVILE TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA

Corte di giustizia

Sentenza del 12 dicembre 2013 in causa n. C-267/12

Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2000/78/Ce – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Contratto collettivo nazionale - Beneficio retributivo e di condizioni di lavoro riconosciuto solo ai dipendenti che contraggono matrimonio - Esclusione dai benefici del contratto collettivo nazionale dei soggetti contraenti un Patto civile di solidarietà - Discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale - Sussistenza del contrasto.

L'art. 2, par. 2, lett. a., della direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una disposizione di un contratto collettivo, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, a termini della quale a un lavoratore dipendente unito in un Patto civile di solidarietà con una persona del medesimo sesso sono negati benefici, segnatamente giorni di congedo straordinario e premio stipendiale, concessi ai dipendenti in occasione del loro matrimonio, quando la normativa nazionale dello Stato membro interessato non consente alle persone del medesimo sesso di sposarsi, allorché, alla luce della finalità e dei presupposti di concessione di tali benefici, detto lavoratore si trova in una situazione analoga a quella di un lavoratore che contragga matrimonio¹.

¹ La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 2, par. 2, della direttiva n. 2000/78/Ce sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (in *Guce* n. L 303/2000, p. 16) è scaturita da una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il signor Hay e, dall'altro lato, il suo datore di lavoro, il Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres per non avergli riconosciuto, successivamente alla

conclusione di un Patto civile di solidarietà, i benefici che sono previsti per i dipendenti che contraggono un matrimonio.

La legge francese n. 99-944 del 15 novembre 1999 ha introdotto i PACS (Patti civili di solidarietà): «S'intende per [PACS] un contratto concluso tra due persone fisiche maggiorenni, di sesso diverso o del medesimo sesso, per organizzare la loro vita in comune». Successivamente, il 23 aprile 2013, l'Assemblea Nazionale francese ha dato la sua approvazione definitiva alla legge che autorizza i matrimoni tra persone dello stesso sesso.

Il ricorrente, il signor Hay, prestava la propria attività lavorativa presso il Crédit agricole dal 1998. L'11 luglio 2007 concludeva un PACS con una persona del medesimo sesso e chiedeva il riconoscimento della licenza matrimoniale e del premio economico riconosciuti dal Contratto collettivo nazionale del Crédit agricole (di seguito denominato: CCNCA) al dipendente che contrae matrimonio. Il datore di lavoro, tuttavia, negava al ricorrente i benefici suddetti sostenendo che gli stessi interessavano solo i dipendenti che si sposavano.

Il signor Hay, dopo aver esaurito tutti i gradi di giudizio, si rivolgeva alla Corte di Cassazione francese la quale decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire se la concessione dei benefici di cui si discute vada riconosciuta sia ai soggetti che contraggono matrimonio, sia a coloro (persone dello stesso sesso) che concludono un PACS.

La Corte di giustizia, dopo aver chiarito che la fattispecie rientra nell'ambito di applicazione della direttiva n. 2000/78/Ce, ha precisato che il principio della parità di trattamento di cui all'art. 2 della direttiva citata, implica l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata sulla religione o sulle convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali.

La Corte di giustizia si è soffermata ad esaminare se sia comparabile la situazione dei soggetti che contraggono matrimonio con quella delle persone che concludono un PACS. Secondo la Corte di giustizia, con riferimento ai benefici retributivi o di lavoro, le persone dello stesso sesso che concludono un PACS si trovano in una situazione analoga a quella delle coppie che si sposano.

A parere della Corte di giustizia, la normativa di uno Stato membro che riconosce i benefici solamente ai lavoratori sposati e non ai lavoratori dipendenti che concludono un PACS con un *partner* del medesimo sesso, dà vita ad una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale (cfr. art. 10 TFUE e art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sul principio di non discriminazione che vietano qualsiasi forma di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale). Ai sensi degli artt. 20 (congedi straordinari) e 34 (premio di matrimonio) del CCNCA i dipendenti di sesso diverso possono accedere ai benefici suddetti, mentre le persone del medesimo sesso, non potendo contrarre un matrimonio, sono escluse da tali benefici. Ne consegue che la norma del CCNCA, creando una discriminazione diretta, è contraria al diritto dell'Unione.

LA LEGISLAZIONE INGLESE IN TEMA DI RIPETIZIONE DELLE IMPOSTE PERCEPITE IN VIOLAZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE CONTRASTA CON IL DIRITTO COMUNITARIO

Corte di giustizia

Sentenza del 12 dicembre 2013 in causa n. C-362/12

Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue, Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Tutela giurisdizionale – Principio di effettività - Principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento - Recupero di tasse nazionali contrarie al diritto dell'Unione europea - Termini di ricorso - Legge nazionale che abbrevia il termine con effetto retroattivo e senza preavviso – Ripetizione dell'indebito - Impugnazione - Legge nazionale - Diminuzione, senza preavviso e retroattivamente, del termine di prescrizione dei mezzi di ricorso applicabili.

In una situazione in cui i contribuenti, in conformità al diritto nazionale, hanno la scelta tra due mezzi di ricorso possibili in materia di ripetizione di un'imposta percepita in violazione del diritto dell'Unione, uno dei quali beneficia di un termine di prescrizione più lungo, i principi di effettività, di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento ostano a che una normativa nazionale riduca tale termine di prescrizione senza preavviso e in modo retroattivo¹.

La circostanza che, nel momento in cui il contribuente ha presentato il suo ricorso, la possibilità di avvalersi del mezzo di ricorso che offre il termine di prescrizione più lungo sia stata riconosciuta soltanto recentemente da un organo giurisdizionale di grado inferiore e sia stata definitivamente confermata soltanto in un secondo momento dall'autorità giurisdizionale suprema non esplica alcuna incidenza sulla risposta fornita alla prima questione².

¹⁻² Un rinvio pregiudiziale concernente l'interpretazione dei principi della certezza del diritto, di effettività e di tutela del legittimo affidamento è stato presentato nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation (di seguito denominata: Test Claimants) e, dall'altro lato, i Commissioners of Inland Revenue (di seguito denominati: i Commissioners) nonché i Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, relativamente ai mezzi di ricorso in materia di ripetizione dell'indebito a disposizione dei contribuenti in rapporto alle imposte dichiarate incompatibili con i principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali ex art. 49 TFUE e art. 63 TFUE. La questione pregiudiziale di cui alla sentenza, sopra massimata, si inserisce nel contesto di un ricorso collettivo presentato davanti ai giudici inglesi da Test Claimants (cfr. sentenze del 12 dicembre 2006 in causa n. C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11753, in questa *Rivista*, 2007, p. 695 con commento di A. COMPASSI, *L'evoluzione del diritto comunitario in tema di ripetizione di tributi indebitamente versati e domanda per il risarcimento del danno*, p. 701 ss., e del 13 novembre 2012 in causa n. C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, inedita in *Raccolta*).

La normativa inglese prima del Finance Act del 2004 prevedeva due tipologie di ricorsi in materia di restituzione di imposte sulle società percepite in violazione del diritto comunitario. Il primo, denominato «azione Woolwich», costituiva un'azione di restituzione dell'imposta illegittimamente percepita con un termine di prescrizione di sei anni dalla data del pagamento del tributo. Il secondo, chiamato «Kleinwort Benson» consentiva il rimborso delle somme versate in seguito ad un errore di diritto con un termine di prescrizione di sei anni a decorrere dalla data in cui il soggetto ha scoperto l'errore di diritto o avrebbe potuto

scoprirlo con la normale diligenza. Il Finance Act del 2004 ha previsto che il termine di prescrizione riferito alla seconda tipologia di ricorso non trovava applicazione riguardo ad un errore di diritto legato ad una materia tributaria di competenza dei Commissioners.

Il gruppo multinazionale Aegis, attivo nel settore dei *media* e delle comunicazioni digitali, ha proposto un'azione di ripetizione chiedendo la restituzione degli importi indebitamente pagati tra il 1973 e 1999 dell'*advance corporation tax* (ACT), imposta sulle società, avvalendosi dell'azione Kleinwort Benson. Si ricorda, in proposito, che la sentenza *Metallgesellschaft e a.* (dell'8 marzo 2001 in causa n. C-397/98 e n. C-410/98, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1727) aveva dichiarato l'incompatibilità con la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali dei regimi di pagamento anticipato dell'imposta sulle società proprio nel periodo sopra citato.

La Supreme Court of the United Kingdom ha sospeso il procedimento e si è rivolta alla Corte di giustizia al fine di stabilire se è conforme ai principi della certezza del diritto, di effettività e di tutela del legittimo affidamento una normativa nazionale che abbrevi il termine di prescrizione più lungo e con effetti retroattivi di un mezzo di ricorso previsto per ottenere la restituzione degli aiuti indebitamente percepiti con un termine di prescrizione più lungo (nel caso di specie: l'azione Kleinwort Benson).

A parere della Corte di giustizia, il principio di effettività è rispettato in caso di applicazione retroattiva di un nuovo termine di ricorso più breve rispetto al precedente, purché i soggetti coinvolti dispongano di un termine sufficiente – dopo l'adozione delle nuove norme che applicano il nuovo termine di ricorso – per poter presentare le domande di rimborso che potevano proporre legittimamente mentre era in vigore la disciplina precedente. Se così non fosse, alcuni soggetti sarebbero privati (retroattivamente) della possibilità di ottenere il rimborso. Il principio di effettività, se tale possibilità non venisse riconosciuta ai soggetti interessati, non verrebbe rispettato. La Corte di giustizia ha precisato, altresì, che una modifica della legislazione nazionale che priva il contribuente, con effetto retroattivo, del diritto di ottenere il rimborso delle imposte percepite in violazione del diritto comunitario introduce per i soggetti un cambiamento che pregiudica la loro situazione senza permettere loro di adeguarvisi. Ne consegue che la modifica apportata dalla legislazione inglese pregiudica i principi della certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento.

UNA NUOVA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SULLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI

Corte di giustizia

Sentenza del 19 dicembre 2013 in causa n. C-281/12

Trento Sviluppo srl, Centrale Adriatica Soc. coop. Arl c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Tutela dei consumatori – Pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno - Direttiva n. 2005/29/Ce - Art. 6, par. 1 – Definizione di pratica commerciale ingannevole - Definizione di decisione di natura commerciale - Carattere cumulativo delle condizioni previste - Sussistenza dell'ingannevolezza della pratica commerciale.

Una pratica commerciale dev'essere qualificata come «ingannevole», ai sensi dell'art. 6, par. 1, della direttiva n. 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio e le direttive n. 97/7/Ce, n. 98/27/Ce e n. 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (Ce) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), qualora tale pratica, da un lato, contenga informazioni false o possa ingannare il consumatore medio e, dall'altro, sia idonea ad indurre il consumatore ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. L'art. 2, lett. k., di tale direttiva dev'essere interpretato nel senso che nella nozione di «decisione di natura commerciale» rientra qualsiasi decisione che sia direttamente connessa con quella di acquistare o meno un prodotto¹.

¹ La direttiva n. 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori (in *Gu-Ue* n. L 149 del 2005, p. 22) è stata oggetto di interpretazione nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la Trento Sviluppo srl e la Centrale Adriatica Soc. coop. arl e, dall'altro lato, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito: AGCM) in merito a una pratica commerciale qualificata ingannevole posta in essere dalle due società. Ai sensi dell'art. 6, par. 1, della direttiva: «È considerata ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta» e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso con riferimento, per esempio alle caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità.

Come è noto, la direttiva n. 2005/29/Ce è stata trasposta nel nostro ordinamento con il dlgs n. 206/2005 - Codice del consumo (in *Guri* n. 162 dell'8 ottobre 2005, suppl. ord.).

La Trento Sviluppo gestisce, nella provincia di Trento, alcuni grandi supermercati affiliati alla COOP Italia, del cui sistema la stessa Trento Sviluppo è parte. Anche la Centrale Adriatica presta servizi a società del gruppo COOP Italia. La Centrale Adriatica ha avviato una promozione per un periodo di tempo determinato presso alcuni punti vendita del gruppo COOP Italia prevedendo che alcuni prodotti, tra cui un *computer* portatile, venissero messi in offerta a prezzi vantaggiosi.

Un consumatore, dopo la fine della promozione, ha riferito all'AGCM la scorrettezza della comunicazione commerciale per non essere riuscito ad acquistare il prodotto in offerta in quanto non più disponibile. L'AGCM ha, così, avviato nei confronti della Trento Sviluppo e della Centrale Adriatica una procedura per pratiche commerciali scorrette ai sensi degli artt. 20, 21 e 23 del Codice del consumo all'esito della quale è stata inflitta una sanzione ad entrambe le società.

Il TAR del Lazio, dinanzi alla quale si sono rivolti i ricorrenti, ha respinto i ricorsi. Il Consiglio di Stato, adito in ultima istanza, ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia per chiarire quando può essere considerata ingannevole ai sensi della direttiva una pratica commerciale posta in essere dalle società.

La Corte si domanda, infatti, se una pratica commerciale debba essere qualificata come «ingannevole», ai sensi dell'art. 6, par. 1, della direttiva n. 2005/29, solo per il fatto di contenere informazioni false o ingannevoli per il consumatore medio, o se sia necessario che la

pratica induca in errore il consumatore facendogli assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

Sul punto, la Corte di giustizia ha precisato che le pratiche commerciali ingannevoli, ai sensi della direttiva, costituiscono una definita categoria di pratiche commerciali sleali vietate dall'art. 5 della stessa (cfr., in tal senso, le sentenze del 23 aprile 2009 in causa n. C-261/07 e n. C-299/07, *VTB-VAB e Galatea*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 2949 e del 19 settembre 2013 in causa n. C-435/11, *CHS Tour Services*, inedita in *Raccolta*, annotata in questa *Rivista*, p. 460). Una pratica commerciale è sleale se è contraria alle norme di diligenza professionale, è falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio in relazione al prodotto. L'espressione diretta a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore sta a significare l'adozione di una pratica commerciale idonea ad alterare la capacità del consumatore di decidere efficientemente e consapevolmente. La direttiva n. 2005/29/Ce mira a garantire un elevato livello di tutela dei consumatori e si riferisce alle pratiche commerciali che influenzano le decisioni commerciali dei consumatori relativamente all'acquisto di taluni prodotti falsando il comportamento economico degli stessi.

La Corte di giustizia ha chiarito che, per decisione di natura commerciale, occorre richiamare il tenore letterale dell'art. 2, lett. k, della direttiva n. 2005/29/Ce ai sensi del quale per «decisione di natura commerciale» s'intende qualsiasi decisione presa da un consumatore relativamente all'acquisto o meno del prodotto, alle modalità e alle condizioni dello stesso. Sembrerebbe ricomprendere anche la decisione del consumatore di entrare o meno nel negozio. A conferma di ciò, anche l'art. 3, par. 1, della direttiva precisa che la stessa trova applicazione alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un determinato prodotto.

Ne consegue, e così ha concluso la Corte di giustizia, che la pratica posta in essere dalla Trento Sviluppo srl e dalla Centrale Adriatica Soc. coop. a r.l. deve essere qualificata come ingannevole.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI: PER LA CORTE DI CASSAZIONE FRANCESE IL PREMINENTE INTERESSE DEL MINORE COSTITUISCE CAUSA OSTATIVA AL SUO RIMPATRIO

**Corte di cassazione francese, prima camera civile
Sentenza del 13 febbraio 2013 n. 107 (11-28.424)***

Presidente F.F., M. Pluyette - Relatore, Mme Le Cotty

M. Jelani X. c. Mme Isabelle Y.

Convenzione dell'Aja del 1980, art. 13, lett. b. - Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, art. 3, par. 1 - *Legal kidnapping* - Obbligo dello Stato richiesto di disporre il ritorno immediato del minore - Eccezioni - Valutazione del preminente interesse del minore - Discrezionalità del giudice.

Risulta dall'art. 13, lett. b., della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 che non può essere fatta eccezione al ritorno immediato del minore se non esiste un rischio di grave pericolo o di creazione di una situazione intollerabile; che secondo l'art. 3, par. 1, della Convenzione di New York

* In argomento v. *infra*, p. 659 ss., il commento di NADIA DI LORENZO.

relativa ai diritti del fanciullo, queste circostanze devono essere apprezzate in considerazione primordiale del superiore interesse del minore.

(Omissis) In diritto

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que des relations ayant existé entre Mme Y..., de nationalité française, et M. X..., de nationalité américaine, est issu un enfant H...X..., né le 4 avril 2008 à Bozeman, dans l'Etat du Montana (Etats Unis); que, le 1er avril 2011, Mme Y... a quitté le territoire américain avec son fils pour la France; que, par jugement du 25 juillet 2011, le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Grenoble, saisi par le procureur de la République, a dit que l'enfant H... avait été déplacé illicitement, au sens de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, de sa résidence habituelle aux Etats Unis, et a ordonné son retour à Bozeman;

Sur le moyen unique du pourvoi incident, qui est préalable:

Attendu que Mme Y... fait grief à l'arrêt de dire qu'elle a déplacé illicitement l'enfant H... X...;

Attendu qu'ayant relevé que le droit de l'Etat du Montana attribuait les mêmes droits et devoirs à chacun des parents à l'égard de leur enfant et, qu'en vertu d'un accord amiable de garde partagée, H... vivait, avant le départ de sa mère pour la France, au domicile de son père trois jours par semaine et auprès de sa mère les quatre autres jours, ce dont il résultait qu'en l'absence de toute décision de justice, le père disposait d'un droit de garde au sens de l'article 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, la cour d'appel a, sans encourir les griefs du moyen, décidé à bon droit que le départ de l'enfant sans l'accord du père constituait un déplacement illicite; que le moyen n'est pas fondé;

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en ses diverses branches:

Vu l'article 13 b de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, ensemble l'article 3 1 de la Convention de New York du 20 novembre 1989;

Attendu qu'il résulte de l'article 13 b de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 qu'il ne peut être fait exception au retour immédiat de l'enfant que s'il existe un risque de danger grave ou de création d'une situation intolérable; que selon l'article 3 1 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant;

Attendu que, pour dire n'y avoir lieu à ordonner le retour de l'enfant aux Etats Unis, l'arrêt relève que si les défaillances éducatives alléguées par Mme Y... à l'encontre de M. X... ne sont pas caractérisées, d'une part, il serait dommageable pour l'enfant, compte tenu de son très jeune âge, de remettre en cause son nouvel équilibre, d'autre part, son retour générerait des difficultés d'organisation des relations avec sa mère, celle-ci étant enceinte et dans l'impossibilité de se déplacer à court terme, ce qui réitérerait pour l'enfant un

traumatisme de séparation et un sentiment d'abandon;

Qu'en se déterminant par des motifs impropres à caractériser, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, le danger grave encouru par celui ci en cas de retour immédiat, ou la situation intolérable qu'un tel retour créerait à son égard, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen du pourvoi principal:

Casse et annule, sauf en ce qu'il a dit que Mme Y... avait déplacé illicitement l'enfant H...X..., l'arrêt rendu le 24 août 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Grenoble; remet, en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon.

(Omissis)

IL SUPERIORE INTERESSE DEL MINORE SOTTRATTO PREVALE SULL'APPLICAZIONE DELLA CONVENZIONE DELL'AJA 1980

(A margine della sentenza della Corte di cassazione francese del 13 febbraio 2013 n. 107)

Sommario: **1.** *La pronuncia della Corte di cassazione* - **2.** *La sottrazione internazionale di minore nel quadro della Convenzione dell'Aja del 1980* - **3.** *Il superiore interesse del minore come eccezione autonoma al ritorno presso la residenza abituale* - **4.** *Considerazioni conclusive.*

1. La pronuncia della Corte di cassazione

Nella sentenza sopra riportata la Corte di cassazione francese affronta il caso della sottrazione internazionale di un minore di tre anni, nato dalla relazione tra un cittadino statunitense e una cittadina francese. La vicenda in esame prende le mosse dalla relazione coniugale instaurata tra la signora Y. e il signor X., i quali contraggono matrimonio e fissano la comune residenza nel Montana, nella città di Bozeman. Dall'unione nasce, il 4 aprile 2008, il piccolo H. Successivamente, il nucleo familiare si sgretola a causa della crisi coniugale della coppia che decide di separarsi: la circostanza spinge la signora Y. a tornare in Francia, nel maggio del 2011, con il piccolo H., senza ottenere il previo consenso del padre. Il signor X., tempestivamente, adisce il giudice del luogo ove il minore è condotto sollevando, ai sensi della Convenzione dell'Aja 1980, una richiesta di rientro del minore, asserendo essersi perfezionata una sottrazione internazionale del figlio ad opera della madre. *Le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Grenoble* si pone il problema dell'esatta configurazione della fattispecie pendente, al fine di verificare i presupposti applicativi della normativa internazionale in materia di *déplacement illicite*. Più in particolare, il diritto di famiglia dello Stato del Montana riconosce uguali

diritti e doveri in capo ai genitori e, inoltre, nel caso di specie, questi ultimi erano giunti ad un accordo circa un affidamento condiviso del minore, con collocazione dello stesso per tre giorni a settimana presso il padre, per i restanti quattro presso la madre. Non vi sono dubbi, quindi, che il piccolo H. avesse la propria residenza abituale a Bozeman e che il padre vantasse un diritto di affidamento (*droit de garde*), effettivamente esercitato. I giudici di *prime cure*, quindi, concludono per l'integrazione della fattispecie della sottrazione internazionale del piccolo H. e dispongono il ritorno immediato a Bozeman, ex art. 12 della Convenzione dell'Aja 1980.

In sede di riesame, la Corte di cassazione, cassando con rinvio la sentenza di primo grado, ritiene che il ritorno di H. è contrario al suo prevalente interesse, non già perché sussista una causa ostativa al rimpatrio (ex art. 13, lett. b., della Convenzione dell'Aja 1980) ma perché, stante l'impossibilità della signora Y. di viaggiare in considerazione del suo stato gestazionale, la separazione del piccolo dalla madre sarebbe contraria al suo superiore interesse, come sancito dall'art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo.

2. La sottrazione internazionale di minore nel quadro della Convenzione dell'Aja del 1980

Nella seconda metà del secolo scorso, i casi di sottrazione internazionale di minore aumentano in misura preoccupante. La crescente mobilità internazionale e il moltiplicarsi di coppie con carattere transfrontaliero determinano l'instabilità dei rapporti familiari: la crisi coniugale e la fragilità delle relazioni parentali all'interno di queste famiglie sono elementi che favoriscono il *legal kidnapping*, tanto che i minori divengono strumento di contesa tra i genitori.

Il diritto interno e il diritto internazionale tradizionale non conoscevano adeguati strumenti di tutela dei diritti dei fanciulli, vittime spesso inconsapevoli di tali situazioni, tanto che la Conferenza dell'Aja predispose una normativa universale a protezione del minore sottratto. È agli inizi degli anni Ottanta che viene aperta alla firma la Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minore¹. Si tratta di

¹ La Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione di minori, aperta alla firma il 25 ottobre 1980, è stata ratificata in Italia con l. n. 64 del 15 gennaio 1994. La Convenzione è entrata in vigore per il nostro Paese il primo maggio 1995. Per un'analisi approfondita dello strumento internazionale vedi G. CARELLA, *La convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Riv. dir. int. priv.*, 1994, p. 777; F. CORBETTA, *La convenzione dell'Aja del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2008, p. 715; F. MOSCONI - D. RINOLDI, *Tempi biblici per la*

un testo interamente dedicato al fenomeno del *déplacement illicite* dei minori che, argomentando a partire dalla tutela del superiore interesse del minore, si fonda su un sistema c.d. recuperatorio o restitutorio: il minore illecitamente sottratto dal genitore affidatario e dal luogo di residenza abituale deve fare pronto ritorno nel proprio ambiente di vita, poiché ciò assicura la tutela del suo prevalente interesse e dei suoi diritti fondamentali². Ne deriva che la reazione dell'ordinamento internazionale ai casi di *legal kidnapping* deve essere univoca, ovvero neutralizzare gli effetti della condotta illecita e garantire il rientro del minore sottratto.

Posto l'impianto di fondo dello strumento pattizio multilaterale in esame, ai sensi dell'art. 3 della Convenzione la sottrazione del minore consiste nell'illegittimo trasferimento o nel mancato rientro della prole: *a.* quando avviene in violazione dei diritti di custodia assegnati ad una persona, istituzione o ogni altro ente, congiuntamente o disgiuntamente, in base alla legislazione dello Stato nel quale il minore aveva la sua residenza abituale immediatamente prima del suo trasferimento o del suo mancato rientro e *b.* se tali diritti sono effettivamente esercitati, individualmente o congiuntamente, al momento del trasferimento del minore o del suo mancato rientro, o avrebbero potuto esserlo se non si fossero verificate tali circostanze. Il sistema convenzionale, ispirato alla tutela del superiore interesse del minore, prescrive la restituzione del minore presso il genitore affidatario che ha subito la sottrazione ad opera dell'altro coniuge. Peraltro, tale ritorno deve essere pronunciato in tempi assai brevi per evitare al bambino il trauma di un nuovo distacco; in tal senso, il fattore tempo acquista un posto centrale nella normativa in esame, poiché l'inerzia del genitore che subisce la sottrazione e/o il decorso di un termine di un anno determina la conclusione che il ritorno del minore potrebbe non essere nel suo superiore interesse.

Sempre al fine di meglio tutelare i diritti del bambino sottratto, la Convenzione dell'Aja conosce alcuni casi in cui il ritorno non deve essere pronunciato: si tratta delle c.d. cause ostative al rientro. L'art. 13 sancisce che il ritorno del minore non deve essere disposto quando: *a.* l'istante non esercitava effettivamente il suo diritto di affidamento al momento del trasferimento o del mancato rientro o aveva acconsentito, anche successivamente, al trasferimento o al mancato rientro; *b.* sussiste un fondato rischio,

ratifica dei trattati. I diritti dei minori contesi e la storia infinita della partecipazione dell'Italia a quattro convenzioni internazionali, Padova, Cedam, 1993.

² Si parla anche di tutela possessoria del diritto di affidamento, G. DE MARZO - S. DE SANTI, *Minori oltre confine. Sottrazione e protezione dei minori nel diritto internazionale*, Milano, Ipsa, 2009.

per il minore, di essere esposto, per il fatto del suo ritorno, a pericoli fisici o psichici, o comunque a trovarsi in una situazione intollerabile³; c. il minore si oppone al suo ritorno, sempre che abbia raggiunto un'età e un grado di maturità tali che sia opportuno tener conto del suo parere. Le cause ostative rappresentano la sintesi di un delicato equilibrio all'interno del sistema convenzionale: se da una parte si avverte come tutelare l'interesse del minore significhi neutralizzare gli effetti dell'illecito trasferimento, con evidenti effetti deterrenti, si ritiene anche che, in alcune circostanze, il ritorno del minore possa avere effetti drastici sul suo sviluppo psicofisico. La prescrizione di cause ostative al rimpatrio rappresenta esplicitazione di tale principio. Tuttavia, nel tentare di arginare la discrezionalità dell'organo giudicante nel negare il ritorno del minore, la Convenzione dell'Aja riconosce un numero tassativo di cause ostative, le quali, per costante giurisprudenza, devono essere interpretate restrittivamente⁴.

Analizzando la giurisprudenza, italiana e non solo, in materia di cause ostative, si evince come l'art. 13, lett. b., viene sovente utilizzato per giustificare pronunce di non ritorno del minore: la possibilità di sottoporre il minore ad un grave pregiudizio psicofisico nel caso in cui si disponga il suo rientro rappresenta una delle motivazioni che più comunemente vengono utilizzate dai giudici di merito per negare il rientro del bambino sottratto nel luogo di residenza abituale. Sovente, si assiste a pronunce che, utilizzando impropriamente la discrezionalità concessa all'autorità giurisdizionale, piegano la causa ostativa in esame ad interpretazioni forzate, riconducendo il grave rischio di cui alla normativa a presunti rischi per il minore, spesso astratti e non verificati nel caso concreto. Per una corretta applicazione della fattispecie ostativa, occorrerebbe predisporre una certa attività istruttoria in corso di causa, volta a verificare la portata e gli effetti dell'eventuale trauma che il minore può sopportare a causa del ritorno⁵. Se una certa giurisprudenza interpreta restrittivamente l'istituto in esame, facendo riferimento ai soli casi in cui il minore possa subire violenze fisiche o morali nel luogo di residenza abituale (si pensi al caso in cui il genitore opera la sottrazione internazionale per allontanare la

³ Nel corso dei lavori preparatori si era proposto di inserire come possibile rischio per il minore la circostanza che il suo rientro determinasse un danno ai suoi interessi economici o di istruzione. Tuttavia, in un'ottica di compromesso, si è preferito formulare l'eccezione di cui all'art. 13, lett. b., in maniera ampia e lasciare che fossero i giudici a riempire di significato e contenuto tale causa ostativa, in ragione di una analisi dettagliata del caso concreto.

⁴ Cour d'Appel de Bruxelles, 11 février 2010, in *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, p. 1178 ss.; Cassazione civile italiana n. 10577 del 4 luglio 2003, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 357 ss.

⁵ In tal senso assume particolare importanza l'ascolto del minore che di certo potrebbe fornire al giudice elementi utili per valutare la sussistenza di tale fattispecie di rischio.

prole dalle violenze domestiche)⁶, si assiste, nella generalità dei casi, ad un'applicazione estensiva di tale causa ostativa. Non mancano pronunce nelle quali i contorni di tale fattispecie vengono estesi sino al punto di rifiutare il ritorno del minore perché la separazione dalla madre sottraente arrecherebbe un nuovo *vulnus* alla psiche del bambino già provato dalla precedente separazione dal genitore affidatario⁷. In questi casi, che rappresentano una parte consistente delle pronunce di merito, si piega l'istituto della causa ostativa di cui all'art. 13, lett. b., a facili strumentalizzazioni, negando di efficacia l'impianto convenzionale che si fonda sulla presunzione che il ritorno del minore rappresenti la giusta risposta per la compiuta tutela del suo superiore interesse. Emblematico il caso deciso in sede di legittimità in cui la Suprema Corte italiana⁸ ha avallato il *dictum* dei giudici di *prime cure* in cui veniva applicata la causa ostativa al rimpatrio di cui alla lett. b., art. 13, integrata, secondo il prudente apprezzamento dei giudici, dagli effetti dirompenti nella psiche del bimbo della separazione dalla madre, autrice della sottrazione. In questo caso, la Corte di cassazione afferma che l'accertamento processuale che deve presiedere alla pronuncia sul rientro del minore, abbandonato ogni automatismo, va condotto sulla base di un'attenta analisi dell'atteggiamento con cui il minore si pone nei confronti del proprio ritorno in patria, poiché in tale parametro si specifica la tutela del suo superiore interesse⁹. Interpretando restrittivamente questi principi, la Corte di cassazione indica quale tipo di attività istruttoria debba compiere il giudice del merito nella ricerca del danno psichico che potrebbe ostare al rientro del minore. La valutazione circa la sussistenza di tale rischio implica un'indagine di fatto ispirata al principio della prevalenza della soluzione che più si allinea alla tutela del superiore interesse del minore. In particolare, si rileva come, pur attribuendo effetti alla condotta illecita della madre, la separazione dalla stessa

⁶ Come nel famoso caso *Neulinger* in cui la madre sosteneva di aver sottratto il figlio a causa del comportamento violento del padre che aveva usato costrizioni fisiche nei confronti della donna alla presenza del piccolo N. (Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 luglio 2010, *Neulinger e Shuruk v. Svizzera*, ricorso n. 41615/07). Per un'analisi del caso: S. SAROLEA, *Le retour immédiat de l'enfant déplacé illicitement face à l'écoulement du temps: principe au option?*, in *Revue trimestrielle de droit/familial*, 2010, p. 1191 ss.

⁷ Casi di questo tipo minacciano la tenuta dell'intero impatto convenzionale, dato che minano l'effetto deterrente che il pronto rientro del minore dovrebbe avere sulle scelte del genitore sottraente. Si cita a titolo esemplificativo: Corte di cassazione, n. 9499 del 23 settembre 1998, in *Giur. it.*, 1999, p. 591 ss. In tale sentenza i giudici di legittimità sembrano ritenere che anche i problemi economici della madre possono causare un rischio grave ed un pregiudizio per il minore.

⁸ Corte di cassazione 4 luglio 2003 n. 10577, *cit. supra*, nota 4.

⁹ In tal senso, Tribunale minorile di Roma, 23 dicembre 1996, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 735 ss.

provocherebbe un danno grave per il minore, con la conseguenza che non può essere disposto il suo rientro presso il padre¹⁰.

3. Il superiore interesse del minore come eccezione autonoma al ritorno presso la residenza abituale

L'analisi giurisprudenziale sin qui condotta mostra come la questione delle cause ostative al rimpatrio implichi la valorizzazione del superiore interesse del minore, principio sovente utilizzato per giustificare una lettura estensiva delle eccezioni al ritorno del minore tassativamente previste dall'art. 13, lett. b., della Convenzione dell'Aja 1980. Più di recente, una certa giurisprudenza richiama il principio del *best interest of child* come causa autonoma per impedire il ritorno del minore in patria. In questi casi si tenta di superare il dettato normativo della Convenzione dell'Aja, sul presupposto che una stringente applicazione della normativa internazionale comporti una soluzione del caso concreto che appare iniqua. Più in particolare, sussistono circostanze nelle quali, nonostante si presentino tutti i presupposti oggettivi e soggettivi per dirsi integrata una sottrazione internazionale di minore e non si rinvergono cause ostative al rimpatrio, tuttavia il ritorno del minore presso la residenza abituale sembrerebbe, per le specifiche del caso concreto, comunque contrario al suo superiore interesse. In questi casi i giudici di merito più attenti al rispetto del dettato normativo non potevano far altro che disporre il ritorno del minore presso la residenza abituale. Tali pronunce sono state spesso giudicate contrarie alla tutela dei diritti fondamentali delle parti coinvolte e, in particolare, poste in violazione dell'art. 8 della CEDU.

Esemplificativo di tale percorso giurisprudenziale è il *leading case* della causa *Neulinger* (citata *supra*, nota 6): il piccolo Noam nasceva dall'unione coniugale tra una cittadina svizzera e un cittadino israeliano. Alla rottura del vincolo coniugale la madre conduceva il minore in Svizzera, in violazione del diritto di affidamento del padre e lontano dal luogo di residenza abituale del minore. Nel caso di specie non poteva che dirsi perfezionata la sottrazione internazionale del minore e, nei primi gradi di giudizio, veniva disposto il rientro del piccolo Noam in Israele, poiché non si

¹⁰ In questa sentenza emerge la *vexata quaestio* del rilievo che deve essere riconosciuto alla separazione dalla madre sottraente in termini di danno psichico. Non vi è dubbio, infatti, che ogni bambino, soprattutto in tenera età, può subire conseguenze pregiudizievoli al suo sviluppo psicofisico se allontanato dalla madre, tuttavia tale considerazione se assumesse valore dirimente nella valutazione del giudice implicherebbe il superamento dell'impianto convenzionale che si fonda sulla presunzione che il ritorno del minore rappresenta esplicitazione del suo superiore interesse.

ritenevano sussistere cause ostative al suo ritorno. La signora *Neulinger*, esauriti in Svizzera tutti i ricorsi interni, presentava ricorso dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo asserendo che lo Stato svizzero avesse violato il suo diritto alla vita privata e familiare, ex art. 8 Cedu, imponendo il ritorno del minore, ossia una misura eccessivamente invasiva della propria sfera privata. Orbene, solo la Corte sovranazionale supera l'applicazione letterale della Convenzione dell'Aja per riconoscere, nel caso in esame, che il ritorno del minore sarebbe stato contrario alla tutela dei diritti fondamentali suoi e della di lui madre. La pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, seppure giunga in concreto a un'interpretazione autonoma dell'interesse del minore sottratto che possa anche porsi in frattura con la Convenzione dell'Aja, non si espone in maniera netta in tal senso, ritenendo sussistere la violazione del diritto alla vita privata e familiare della signora *Neulinger* che, nel caso in cui fosse stato eseguito il provvedimento di rientro, si sarebbe vista costretta a rientrare per accompagnare il minore in territorio israeliano¹¹. Il caso *Neulinger* appare di fondamentale importanza poiché si assiste alla erosione del sistema pattizio consacrato con la Convenzione dell'Aja 1980, senza operare alcuna forzatura del dato normativo ivi contenuto. Più in particolare, la Corte dei diritti fondamentali si trova a bilanciare il rispetto della normativa pattizia, ovvero la sua corretta e stringente applicazione, e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nella vicenda. La Corte di Strasburgo sembra affermare che il rispetto della vita privata e familiare della signora *Neulinger* supera l'applicazione della Convenzione dell'Aja 1980, in quanto il ritorno del minore, conforme al dettato normativo, appare un'ingerenza eccessiva e sproporzionata ai sensi dell'art. 8 CEDU. Ne consegue che per scongiurare il rientro del minore in questi casi occorre attendere di poter richiedere la tutela della Corte sovranazionale, e che solo l'evidente violazione di uno dei diritti fondamentali sanciti nella Carta potrebbe determinare una pronuncia che si ponga in contrapposizione al si-

¹¹ In specie, la signora *Neulinger* lamentava che il ritorno di Noam in Israele rappresentasse una misura eccessiva e sproporzionata in quanto il minore, prima del trasferimento in Svizzera, era affidato alle cure della madre essendo il padre un uomo violento che aveva subito diverse condanne per maltrattamenti familiari (anche nel contesto del nuovo nucleo familiare costituito dopo la separazione dalla moglie svizzera). Pertanto, il ritorno di Noam imponeva alla madre di dimorare ella stessa in Israele con il figlio, circostanza assai grave anche perché la signora avrebbe potuto subire un procedimento penale per il rapimento del figlio, illecito per cui il diritto israeliano prevede anche misure limitative della libertà personale. La violazione dell'art. 8 CEDU, quindi, si giustifica in quanto il ritorno di Noam comportava, necessariamente, anche il rientro della signora *Neulinger*. Lamenta la ricorrente che il ritorno si risolveva nell'affidare Noam ai servizi sociali non potendo lo stesso convivere né con il padre (che non vantava un diritto di affidamento) né con la madre (che con ogni probabilità sarebbe stata condannata in sede penale e incarcerata).

stema recuperatorio e/o restitutorio tracciato per i casi di sottrazione internazionale.

Il caso in commento apre un'evidente breccia in tale ragionamento. La Corte di cassazione francese afferma che il superiore interesse del minore consiste in una eccezione autonoma al ritorno del bambino presso il luogo di residenza abituale. Più in particolare, una volta applicata correttamente la normativa internazionale in materia di sottrazione internazionale, il giudice deve comunque verificare che la soluzione del caso concreto sia conforme alla tutela del superiore interesse del minore. Il principio di diritto sancito innova il settore della sottrazione internazionale del minore, superando una delle acquisizioni più importanti della normativa internazionale, *rectius* la presunzione per cui l'interesse del minore sottratto sia sempre quello di far ritorno nel luogo di residenza abituale, salvo i casi tassativamente previsti. L'*iter* logico che presiede tale costruzione normativa appare di tutta evidenza: la considerazione del superiore interesse del minore è operata a monte. Ossia le soluzioni del caso concreto non possono essere rimesse alla discrezionalità dell'interprete, ma devono essere circoscritte ai casi previsti dalla norma che spiegano una valutazione del *best interest of the child*. In quest'ottica, il superiore interesse del minore non potrebbe giustificare una nuova causa ostativa al rimpatrio, poiché lo stesso rappresenta la fonte ispiratrice del sistema convenzionale stesso: per meglio dire le cause ostative al rimpatrio sono esse stesse esplicitazione del superiore interesse del minore. Ne consegue che la sentenza in commento si pone in evidente innovazione scardinando l'intero assetto convenzionale e determinando la necessità di rivedere l'impianto di risoluzione dei casi di *legal kidnapping*¹².

4. Considerazioni conclusive

La centralità del superiore interesse del minore risponde alla necessità di riportare al centro del dibattito il bambino quale vera vittima delle crisi coniugali e soggetto debole bisognoso di tutela; tuttavia, l'argomentazione giuridica a sostegno della decisione della Corte di cassazione francese giustifica una sempre crescente discrezionalità del giudice del caso concreto.

¹² Non si deve omettere di rilevare come la sentenza della Corte di cassazione francese giunge ai medesimi risultati concreti della più copiosa giurisprudenza di merito, utilizzando un ragionamento giuridico innovativo. Nelle precedenti pronunce, infatti, le circostanze concrete valorizzate nel caso di specie conducevano all'integrazione di una delle cause ostative al rimpatrio.

Se la prevalente giurisprudenza in materia di sottrazione internazionale di minore fatica spesso a prendere in considerazione il superiore interesse del minore nei casi che lo riguardano, si assiste nel caso in commento a un superamento dell'applicazione della normativa internazionale proprio in ragione del superiore interesse. Tuttavia, anche in ragione del fenomeno del c.d. patriottismo delle decisioni, sarebbe probabilmente più opportuno che i confini della normativa in materia di *legal kidnapping* non vengano superati. Si intende dire che, prima di giungere al superamento dell'impianto della Convenzione dell'Aja, bisognerebbe tentare di interpretare ed applicare la stessa normativa alla luce del superiore interesse del minore, che lungi dall'essere considerato in via autonoma come strumento per "sfuggire" alle regole di diritto sancite in materia di sottrazione internazionale del minore, dovrebbe essere principio guida per interpretare e dare contenuto alle norme internazionali poste a presidio della tutela del minore sottratto. Questo *iter* ermeneutico guida la stessa Corte di cassazione francese nel caso deciso con sentenza del 13 luglio 2005¹³ in cui si afferma che l'interesse superiore del minore rappresenta chiave di lettura delle eccezioni al rimpatrio, non già eccezione autonoma al ritorno.

Tale conclusione appare avvalorata dal caso concreto in esame: il minore sottratto dal proprio ambiente di vita non ritorna alla propria residenza abituale poiché si ritiene che il distacco dalla madre sottraente, che aveva costituito un nuovo nucleo familiare, avrebbe comportato un nuovo trauma per il minore e sarebbe stato contrario al suo superiore interesse. Così sancendo, si è avallato il comportamento illegittimo della madre che pure avrebbe potuto fare ritorno con il minore nel luogo di residenza abituale per eliminare le conseguenze pregiudizievoli dovute allo sradicamento del bambino dai propri affetti e dal proprio ambiente di vita. Probabilmente, ancora una volta, più che tutelare il superiore interesse del minore si è tutelato il diritto del genitore ad autodeterminarsi, subordinando la protezione dei diritti del bambino, alle difficoltà, ancorché oggettive, della madre (nel caso di specie la difficoltà di viaggiare in gravidanza).

La preoccupazione è che le pronunce in materia di sottrazione internazionale di minore si caratterizzino per un'evidente eterogeneità nelle soluzioni, data anche dalla portata estensiva e dirompente che potrebbe avere il principio del superiore interesse del minore. Se da un canto, il controllo del rispetto dei diritti fondamentali potrebbe giustificare il superamento del sistema pattizio, come avviene sovente nelle decisioni delle corti so-

¹³ Cassation civile 13 juillet 2005, n. 05-10.519, in *Droit de la famille*, 2006, p. 38, con commento di M. FARGE, *Retour perplexe sur l'application directe de la Convention de New York: la référence à «l'intérêt supérieur de l'enfant» est-elle opportune?*

vrannazionali, dall'altro, la discrezionalità del giudice nazionale nel "maneggiare" il principio del *best interest of child* in deroga alla Convenzione dell'Aja del 1980 potrebbe comportare un incremento del fenomeno del patriottismo delle decisioni e del *forum shopping*, con erosione di ogni effetto deterrente sulle condotte illecite dei genitori sottraenti. In tale contesto di instabilità giuridica non ci si può che attendere un aumento dei casi di sottrazione internazionale di minore.

Nadia Di Lorenzo*

SINTESI

La sentenza in commento resa dalla Corte di cassazione francese si pone in continuità con l'orientamento inaugurato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di tutela dei diritti fondamentali del minore vittima di sottrazione internazionale di minore. Scardinando il sistema di ripristino dello *status quo ante*, fondato sulla presunzione che è interesse del minore trasferito o trattenuto oltre frontiera illegittimamente fare pronto ritorno nel luogo di residenza abituale antecedente all'illecito, questo filone giurisprudenziale ritiene di abbandonare ogni automatismo, al fine di consentire al giudice del caso concreto di ricercare la soluzione che più risponde al *best interest of the child*. La nota a sentenza tenta di analizzare le conseguenze pratiche e l'impatto che questo orientamento implica nella tutela dei diritti del minore vittima di sottrazione internazionale.

ABSTRACT

The judgment in comment made by the French Court of Cassation is in continuity with the approach inaugurated by the European Court of Human Rights concerning the protection of fundamental rights of the child victim of legal kidnapping. Disrupting the system based on the restoration of the status quo ante, founded on the presumption that the best interest of the child transferred or retained over the border illegally is to return to the place of habitual residence prior to the abduction, this line considers to abandon any automatism, in order to enable the court of the case to seek the solution that best meets the best interest of the child. The note to judgment attempts to analyze the practical implications and the impact that this guidance implies in the protection of the rights of the child victim of legal kidnapping.

* Dottore di ricerca in Politiche europee di diritto processuale, penale e di cooperazione giudiziaria / Università degli studi di Catania

IL CASO MYRIAD E LA BREVETTABILITÀ DELLE SEQUENZE GENETICHE NELL'ORDINAMENTO STATUNITENSE E DELL'UNIONE EUROPEA

**Supreme Court of the United States
Decision of 13 June, 2013 in case No. 12–398***

Association for Molecular Pathology, et al., Petitioners v. Myriad Genetics, Inc., et al.

Proprietà intellettuale - Biotecnologia - Sequenze genetiche - Ambito di applicazione titolo 35 § 101 U.S.C. - Prassi United States Patent and Trademark Office - Law of nature exception - Diritto dell'Unione europea - Direttiva n. 98/44/Cee.

Il titolo 35 § 101 dell'U.S.C. prevede che «whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor». Lo USPTO e buona parte delle Corti statunitensi erano soliti riconoscere la validità di privative su sequenze genetiche isolate e purificate proprio perché separate dal contesto preesistente.

La Corte Suprema nel caso in esame afferma la non brevettabilità delle sequenze genetiche inalterate ravvisando nelle stesse dei "product of nature". Sempre nella stessa direzione la Corte attesta la brevettabilità delle molecole di cDNA che differiscono dalle molecole di DNA per il semplice fatto di non avere introni, quindi presentando una struttura diversa dal composto naturale di riferimento.

* 569 U. S. ____ (2013) reperibile su <http://www.supremecourt.gov/>. In argomento v. *infra*, p. 679 ss., il commento di PAOLO STAZI.

(*Omissis*)

On writ of certiorari to the United States Court of Appeals for the Federal Circuit [June 13, 2013]

Justice Thomas delivered the opinion of the Court.

Respondent Myriad Genetics, Inc. (Myriad), discovered the precise location and sequence of two human genes, mutations of which can substantially increase the risks of breast and ovarian cancer. Myriad obtained a number of patents based upon its discovery. This case involves claims from three of them and requires us to resolve whether a naturally occurring segment of deoxyribonucleic acid (DNA) is patent eligible under 35 U. S. C. §101 by virtue of its isolation from the rest of the human genome. We also address the patent eligibility of synthetically created DNA known as complementary DNA (cDNA), which contains the same protein-coding information found in a segment of natural DNA but omits portions within the DNA segment that do not code for proteins. For the reasons that follow, we hold that a naturally occurring DNA segment is a product of nature and not patent eligible merely because it has been isolated, but that cDNA is patent eligible because it is not naturally occurring. We, therefore, affirm in part and reverse in part the decision of the United States Court of Appeals for the Federal Circuit.

I A

Genes form the basis for hereditary traits in living organisms. See generally *Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office*, 702 F. Supp. 2d 181, 192–211 (SDNY 2010). The human genome consists of approximately 22,000 genes packed into 23 pairs of chromosomes. Each gene is encoded as DNA, which takes the shape of the familiar "double helix" that Doctors James Watson and Francis Crick first described in 1953. Each "cross-bar" in the DNA helix consists of two chemically joined nucleotides. The possible nucleotides are adenine (A), thymine (T), cytosine (C), and guanine (G), each of which binds naturally with another nucleotide: A pairs with T; C pairs with G. The nucleotide cross-bars are chemically connected to a sugar-phosphate backbone that forms the outside framework of the DNA helix. Sequences of DNA nucleotides contain the information necessary to create strings of amino acids, which in turn are used in the body to build proteins. Only some DNA nucleotides, however, code for amino acids; these nucleotides are known as "exons." Nucleotides that do not code for amino acids, in contrast, are known as "introns."

Creation of proteins from DNA involves two principal steps, known as transcription and translation. In transcription, the bonds between DNA nucleotides separate, and the DNA helix unwinds into two single strands. A single strand is

used as a template to create a complementary ribonucleic acid (RNA) strand. The nucleotides on the DNA strand pair naturally with their counterparts, with the exception that RNA uses the nucleotide base uracil (U) instead of thymine (T). Transcription results in a single strand RNA molecule, known as pre-RNA, whose nucleotides form an inverse image of the DNA strand from which it was created. Pre-RNA still contains nucleotides corresponding to both the exons and introns in the DNA molecule. The pre-RNA is then naturally "spliced" by the physical removal of the introns. The resulting product is a strand of RNA that contains nucleotides corresponding only to the exons from the original DNA strand. The exons-only strand is known as messenger RNA (mRNA), which creates amino acids through translation. In translation, cellular structures known as ribosomes read each set of three nucleotides, known as codons, in the mRNA. Each codon either tells the ribosomes which of the 20 possible amino acids to synthesize or provides a stop signal that ends amino acid production.

DNA's informational sequences and the processes that create mRNA, amino acids, and proteins occur naturally within cells. Scientists can, however, extract DNA from cells using well known laboratory methods. These methods allow scientists to isolate specific segments of DNA—for instance, a particular gene or part of a gene—which can then be further studied, manipulated, or used. It is also possible to create DNA synthetically through processes similarly well known in the field of genetics. One such method begins with an mRNA molecule and uses the natural bonding properties of nucleotides to create a new, synthetic DNA molecule. The result is the inverse of the mRNA's inverse image of the original DNA, with one important distinction: Because the natural creation of mRNA involves splicing that removes introns, the synthetic DNA created from mRNA also contains only the exon sequences. This synthetic DNA created in the laboratory from mRNA is known as complementary DNA (cDNA).

Changes in the genetic sequence are called mutations. Mutations can be as small as the alteration of a single nucleotide—a change affecting only one letter in the genetic code. Such small-scale changes can produce an entirely different amino acid or can end protein production altogether. Large changes, involving the deletion, rearrangement, or duplication of hundreds or even millions of nucleotides, can result in the elimination, misplacement, or duplication of entire genes. Some mutations are harmless, but others can cause disease or increase the risk of disease. As a result, the study of genetics can lead to valuable medical breakthroughs.

B

This case involves patents filed by Myriad after it made one such medical breakthrough. Myriad discovered the precise location and sequence of what are now known as the BRCA1 and BRCA2 genes. Mutations in these genes can dramatically increase an individual's risk of developing breast and ovarian cancer. The average American woman has a 12- to 13-percent risk of developing

breast cancer, but for women with certain genetic mutations, the risk can range between 50 and 80 percent for breast cancer and between 20 and 50 percent for ovarian cancer. Before Myriad's discovery of the BRCA1 and BRCA2 genes, scientists knew that heredity played a role in establishing a woman's risk of developing breast and ovarian cancer, but they did not know which genes were associated with those cancers.

Myriad identified the exact location of the BRCA1 and BRCA2 genes on chromosomes 17 and 13. Chromosome 17 has approximately 80 million nucleotides, and chromosome 13 has approximately 114 million. *Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office*, 689 F. 3d 1303, 1328 (CA Fed. 2012). Within those chromosomes, the BRCA1 and BRCA2 genes are each about 80,000 nucleotides long. If just exons are counted, the BRCA1 gene is only about 5,500 nucleotides long; for the BRCA2 gene, that number is about 10,200. *Ibid.* Knowledge of the location of the BRCA1 and BRCA2 genes allowed Myriad to determine their typical nucleotide sequence.¹ That information, in turn, enabled Myriad to develop medical tests that are useful for detecting mutations in a patient's BRCA1 and BRCA2 genes and thereby assessing whether the patient has an increased risk of cancer. (*Omissis*)

C

Myriad's patents would, if valid, give it the exclusive right to isolate an individual's BRCA1 and BRCA2 genes (or any strand of 15 or more nucleotides within the genes) by breaking the covalent bonds that connect the DNA to the rest of the individual's genome. The patents would also give Myriad the exclusive right to synthetically create BRCA cDNA. In Myriad's view, manipulating BRCA DNA in either of these fashions triggers its "right to exclude others from making" its patented composition of matter under the Patent Act. 35 U. S. C. §154(a)(1); see also §271(a) ("[W]hoever without authority makes . . . any patented invention . . . infringes the patent"). (*Omissis*)

II

A

Section 101 of the Patent Act provides:

"Whoever invents or discovers any new and useful . . . composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title". 35 U. S. C. §101.

We have "long held that this provision contains an important implicit exception[:] Laws of nature, natural phenomena, and abstract ideas are not patentable."

¹ Technically, there is no "typical" gene because nucleotide sequences vary between individuals, sometimes dramatically. Geneticists refer to the most common variations of genes as "wild types."

Mayo, 566 U. S., at ____ (slip op., at 1) (internal quotation marks and brackets omitted). Rather, "they are the basic tools of scientific and technological work" that lie beyond the domain of patent protection. *Id.*, at ____ (slip op., at 2). As the Court has explained, without this exception, there would be considerable danger that the grant of patents would "tie up" the use of such tools and thereby "inhibit future innovation premised upon them." *Id.*, at ____ (slip op., at 17). This would be at odds with the very point of patents, which exist to promote creation. *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U. S. 303, 309 (1980) (Products of nature are not created, and "manifestations . . . of nature [are] free to all men and reserved exclusively to none").

The rule against patents on naturally occurring things is not without limits, however, for "all inventions at some level embody, use, reflect, rest upon, or apply laws of nature, natural phenomena, or abstract ideas," and "too broad an interpretation of this exclusionary principle could eviscerate patent law." 566 U. S., at ____ (slip op., at 2). As we have recognized before, patent protection strikes a delicate balance between creating "incentives that lead to creation, invention, and discovery" and "imped[ing] the flow of information that might permit, indeed spur, invention." *Id.*, at ____ (slip op., at 23). We must apply this well-established standard to determine whether Myriad's patents claim any "new and useful . . . composition of matter," §101, or instead claim naturally occurring phenomena.

B

It is undisputed that Myriad did not create or alter any of the genetic information encoded in the BRCA1 and BRCA2 genes. The location and order of the nucleotides existed in nature before Myriad found them. Nor did Myriad create or alter the genetic structure of DNA. Instead, Myriad's principal contribution was uncovering the precise location and genetic sequence of the BRCA1 and BRCA2 genes within chromosomes 17 and 13. The question is whether this renders the genes patentable.

Myriad recognizes that our decision in *Chakrabarty* is central to this inquiry. Brief for Respondents 14, 23–27. In *Chakrabarty*, scientists added four plasmids to a bacterium, which enabled it to break down various components of crude oil. 447 U. S., at 305, and n. 1. The Court held that the modified bacterium was patentable. It explained that the patent claim was "not to a hitherto unknown natural phenomenon, but to a nonnaturally occurring manufacture or composition of matter—a product of human ingenuity 'having a distinctive name, character [and] use.'" *Id.*, at 309–310 (quoting *Hartranft v. Wiegmann*, 121 U. S. 609, 615 (1887); alteration in original). The *Chakrabarty* bacterium was new "with markedly different characteristics from any found in nature," 447 U. S., at 310, due to the additional plasmids and resultant "capacity for degrading oil." *Id.*, at 305, n. 1. In this case, by contrast, Myriad did not create anything. To be sure, it found an important and useful gene, but separating that gene from its surrounding genetic material is not an act of invention.

Groundbreaking, innovative, or even brilliant discovery does not by itself satisfy the §101 inquiry. In *Funk Brothers Seed Co. v. Kalo Inoculant Co.*, 333 U. S. 127 (1948), this Court considered a composition patent that claimed a mixture of naturally occurring strains of bacteria that helped leguminous plants take nitrogen from the air and fix it in the soil. *Id.*, at 128–129. The ability of the bacteria to fix nitrogen was well known, and farmers commonly "inoculated" their crops with them to improve soil nitrogen levels. But farmers could not use the same inoculant for all crops, both because plants use different bacteria and because certain bacteria inhibit each other. *Id.*, at 129–130. Upon learning that several nitrogen-fixing bacteria did not inhibit each other, however, the patent applicant combined them into a single inoculant and obtained a patent. *Id.*, at 130. The Court held that the composition was not patent eligible because the patent holder did not alter the bacteria in any way. *Id.*, at 132 ("There is no way in which we could call [the bacteria mixture a product of invention] unless we borrowed invention from the discovery of the natural principle itself"). His patent claim thus fell squarely within the law of nature exception. So do Myriad's. Myriad found the location of the BRCA1 and BRCA2 genes, but that discovery, by itself, does not render the BRCA genes "new . . . composition[s] of matter," §101, that are patent eligible.

Indeed, Myriad's patent descriptions highlight the problem with its claims. For example, a section of the '282 patent's Detailed Description of the Invention indicates that Myriad found the location of a gene associated with increased risk of breast cancer and identified mutations of that gene that increase the risk. See App. 748–749.⁴ In subsequent language Myriad explains that the location of the gene was unknown until Myriad found it among the approximately eight million nucleotide pairs contained in a subpart of chromosome 17. See *Ibid.*⁵ The '473 and '492 patents contain similar language as well. See *id.*, at 854, 947. Many of Myriad's patent descriptions simply detail the "iterative process" of discovery by which Myriad narrowed the possible locations for the gene sequences that it sought.⁶ See, e.g., *id.*, at 750. Myriad seeks to import these extensive research ef-

⁴ The full relevant text of the Detailed Description of the Patent is as follows: "It is a discovery of the present invention that the BRCA1 locus which predisposes individuals to breast cancer and ovarian cancer, is a gene encoding a BRCA1 protein, which has been found to have no significant homology with known protein or DNA sequences. . . . It is a discovery of the present invention that mutations in the BRCA1 locus in the germline are indicative of a predisposition to breast cancer and ovarian cancer. Finally, it is a discovery of the present invention that somatic mutations in the BRCA1 locus are also associated with breast cancer, ovarian cancer and other cancers, which represents an indicator of these cancers or of the prognosis of these cancers. The mutational events of the BRCA1 locus can involve deletions, insertions and point mutations." App. 749.

Notwithstanding Myriad's repeated use of the phrase "present invention," it is clear from the text of the patent that the various discoveries *are* the "invention."

⁵ "Starting from a region on the long arm of human chromosome 17 of the human genome, 17q, which has a size estimated at about 8 million base pairs, a region which contains a genetic locus, BRCA1, which causes susceptibility to cancer, including breast and ovarian cancer, has been identified." *Ibid.*

⁶ Myriad first identified groups of relatives with a history of breast cancer (some of whom also had developed ovarian cancer); because these individuals were related, scientists knew

forts into the §101 patent eligibility inquiry. Brief for Respondents 8–10, 34. But extensive effort alone is insufficient to satisfy the demands of §101.

Nor are Myriad's claims saved by the fact that isolating DNA from the human genome severs chemical bonds and thereby creates a nonnaturally occurring molecule. Myriad's claims are simply not expressed in terms of chemical composition, nor do they rely in any way on the chemical changes that result from the isolation of a particular section of DNA. Instead, the claims understandably focus on the genetic information encoded in the BRCA1 and BRCA2 genes. If the patents depended upon the creation of a unique molecule, then a would-be infringer could arguably avoid at least Myriad's patent claims on entire genes (such as claims 1 and 2 of the '282 patent) by isolating a DNA sequence that included both the BRCA1 or BRCA2 gene and one additional nucleotide pair. Such a molecule would not be chemically identical to the molecule "invented" by Myriad. But Myriad obviously would resist that outcome because its claim is concerned primarily with the information contained in the genetic *sequence*, not with the specific chemical composition of a particular molecule.

Finally, Myriad argues that the PTO's past practice of awarding gene patents is entitled to deference, citing *J. E. M. Ag Supply, Inc. v. Pioneer Hi-Bred Int'l, Inc.*, 534 U. S. 124 (2001). See Brief for Respondents 35–39, 49–50. We disagree. *J. E. M.* held that new plant breeds were eligible for utility patents under §101 notwithstanding separate statutes providing special protections for plants, see 7 U. S. C. §2321 *et seq.* (Plant Variety Protection Act); 35 U. S. C. §§161–164 (Plant Patent Act of 1930). After analyzing the text and structure of the relevant statutes, the Court mentioned that the Board of Patent Appeals and Interferences had determined that new plant breeds were patent eligible under §101 and that Congress had recognized and endorsed that position in a subsequent Patent Act amendment. 534 U. S., at 144–145 (citing *In re Hibberd*, 227 USPQ 443 (1985) and 35 U. S. C. §119(f)). In this case, however, Congress has not endorsed the views of the PTO in subsequent legislation. While Myriad relies on Judge Moore's view that Congress endorsed the PTO's position in a single sentence in the Consolidated Appropriations Act of 2004, see Brief for Respondents 31, n. 8; 689 F. 3d, at 1346, that Act does not even mention genes, much less isolated DNA. §634, 118 Stat. 101 ("None of the funds appropriated or otherwise made available under this Act may be used to issue patents on claims directed to or encompassing a human organism").

Further undercutting the PTO's practice, the United States argued in the Federal Circuit and in this Court that isolated DNA was not patent eligible under §101, Brief for United States as *Amicus Curiae* 20–33, and that the PTO's practice was not "a sufficient reason to hold that isolated DNA is patent-eligible." *Id.*,

that it was more likely that their diseases were the result of genetic predisposition rather than other factors. Myriad compared sections of their chromosomes, looking for shared genetic abnormalities not found in the general population. It was that process which eventually enabled Myriad to determine where in the genetic sequence the BRCA1 and BRCA2 genes reside. See, e.g., *id.*, at 749, 763–775.

at 26. See also *id.*, at 28–29. These concessions weigh against deferring to the PTO's determination.⁷

C

cDNA does not present the same obstacles to patentability as naturally occurring, isolated DNA segments. As already explained, creation of a cDNA sequence from mRNA results in an exons-only molecule that is not naturally occurring.⁸ Petitioners concede that cDNA differs from natural DNA in that "the non-coding regions have been removed." Brief for Petitioners 49. They nevertheless argue that cDNA is not patent eligible because «[t]he nucleotide sequence of cDNA is dictated by nature, not by the lab technician.» *Id.*, at 51. That may be so, but the lab technician unquestionably creates something new when cDNA is made. cDNA retains the naturally occurring exons of DNA, but it is distinct from the DNA from which it was derived. As a result, cDNA is not a "product of nature" and is patent eligible under §101, except insofar as very short series of DNA may have no intervening introns to remove when creating cDNA. In that situation, a short strand of cDNA may be indistinguishable from natural DNA.⁹

III

It is important to note what *is not* implicated by this decision. First, there are no method claims before this Court. Had Myriad created an innovative method of manipulating genes while searching for the BRCA1 and BRCA2 genes, it could possibly have sought a method patent. But the processes used by Myriad to isolate DNA were well understood by geneticists at the time of Myriad's patents "were well understood, widely used, and fairly uniform insofar as any scientist

⁷ Myriad also argues that we should uphold its patents so as not to disturb the reliance interests of patent holders like itself. Brief for Respondents 38–39. Concerns about reliance interests arising from PTO determinations, insofar as they are relevant, are better directed to Congress. See *Mayo Collaborative Services v. Prometheus Laboratories, Inc.*, 566 U. S. ___, ___ (2012) (slip op., at 22–24).

⁸ Some viruses rely on an enzyme called reverse transcriptase to reproduce by copying RNA into cDNA. In rare instances, a side effect of a viral infection of a cell can be the random incorporation of fragments of the resulting cDNA, known as a pseudogene, into the genome. Such pseudogenes serve no purpose; they are not expressed in protein creation because they lack genetic sequences to direct protein expression. See J. Watson et al., *Molecular Biology of the Gene* 142, 144, fig. 7–5 (6th ed. 2008). Perhaps not surprisingly, given pseudogenes' apparently random origins, petitioners "have failed to demonstrate that the pseudogene consists of the same sequence as the BRCA1 cDNA." *Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office*, 689 F. 3d 1303, 1356, n. 5 (CA Fed. 2012). The possibility that an unusual and rare phenomenon *might* randomly create a molecule similar to one created synthetically through human ingenuity does not render a composition of matter nonpatentable.

⁹ We express no opinion whether cDNA satisfies the other statutory requirements of patentability. See, e.g., 35 U. S. C. §§102, 103, and 112; Brief for United States as *Amicus Curiae* 19, n. 5.

engaged in the search for a gene would likely have utilized a similar approach," 702 F. Supp. 2d, at 202–203, and are not at issue in this case.

Similarly, this case does not involve patents on new *applications* of knowledge about the BRCA1 and BRCA2 genes. Judge Bryson aptly noted that, "[a]s the first party with knowledge of the [BRCA1 and BRCA2] sequences, Myriad was in an excellent position to claim applications of that knowledge. Many of its unchallenged claims are limited to such applications." 689 F. 3d, at 1349.

Nor do we consider the patentability of DNA in which the order of the naturally occurring nucleotides has been altered. Scientific alteration of the genetic code presents a different inquiry, and we express no opinion about the application of §101 to such endeavors. We merely hold that genes and the information they encode are not patent eligible under §101 simply because they have been isolated from the surrounding genetic material.

* * *

For the foregoing reasons, the judgment of the Federal Circuit is affirmed in part and reversed in part.

It is so ordered.

(Omissis)

LA CORTE SUPREMA DEGLI STATI UNITI SI PRONUNCIA SULLA BREVETTABILITÀ DEI GENI UMANI: CONSIDERAZIONI A MARGINE DEL CASO MYRIAD GENETICS

Sommario: *Introduzione - 1. Isolated as a product of nature: la brevettabilità delle sequenze genetiche nell'ordinamento statunitense - 2. Fatti preliminari - 3. La sentenza della Corte suprema - 4. Il contenzioso europeo relativo alle invenzioni della Myriad - 5. Considerazioni conclusive.*

Introduzione

Una metafora calzante per riferirsi alla relazione fra il diritto ed il settore biotecnologico è fornita dal paradosso zenoniano, rielaborato da Borges, relativo ad Achille e la tartaruga¹. Una corsa infinita, estenuante, dove i concorrenti non riescono a raggiungersi potendo solo tendere ad arrivare l'uno all'altro. Tralascieremo ovviamente qualsiasi considerazione filosofica ma è innegabile che almeno nel caso in analisi il quesito rimane insoluto: Achille (il diritto) non raggiunge la tartaruga (biotecnologia) in tempo utile². Comunque, nel caso di specie, questo non è certo da imputare alla scarsa perizia dei gareggianti, ma piuttosto alla complessità della gara.

¹ «Achille, simbolo di rapidità, deve raggiungere la tartaruga, simbolo di lentezza. Achille corre dieci volte più svelto della tartaruga e le concede dieci metri di vantaggio. Achille corre quei dieci metri e la tartaruga percorre un metro; Achille percorre quel metro, la tartaruga percorre un decimetro; Achille percorre quel decimetro, la tartaruga percorre un centimetro; Achille percorre quel centimetro, la tartaruga percorre un millimetro; Achille percorre quel millimetro, la tartaruga percorre un decimo di millimetro, e così via all'infinito; di modo che Achille può correre per sempre senza raggiungerla», JORGE LUIS BORGES, *La Metamorfosi della Tartaruga*, in *Altre inquisizioni*, Milano, Feltrinelli, 1973.

² A titolo meramente esemplificativo e al solo scopo di supportare la metafora introduttiva basti considerare che in Europa una disciplina esaustiva delle invenzioni in ambito biotecnologico è pervenuta solo nel 1998 con la direttiva n. 98/44/Ce (*cit. infra*, nota 74) per la protezione delle invenzioni biotecnologiche, esattamente 155 anni dopo il primo brevetto depositato, avente ad oggetto un metodo per la coltura cellulare di lievito. In ambito statunitense il caso in esame si pone dopo oltre vent'anni che l'United States Patent and Trademark Office (USPTO) era solito concedere privative su sequenze genetiche.

Difatti il diritto in ambito biotecnologico si è dimostrato decisamente più complesso che in altri settori, dovendosi confrontare non solo con valori e diritti che esulano da un'ottica strettamente industriale, ma anche con uno sviluppo tecnologico che nel settore può tranquillamente essere definito come esponenziale. In questa rincorsa e in questo contemperamento molto spesso il diritto ha fatto fatica, non tanto ad inquadrare compiutamente gli ambiti quanto piuttosto ad assicurare una tutela quantomeno pronta ed efficace, per la ragione che la protezione delle invenzioni biotecnologiche è partita da "strumenti" giuridici originariamente non pensati per ambiti così specifici come per esempio la brevettabilità dei geni umani.

Nel caso in esame sarà oggetto di analisi una rincorsa iniziata nel 1995 e protrattasi fino al 13 giugno 2013: il caso della *Myriad Genetics* e la relativa decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti, una pronuncia, che, come si vedrà, è assolutamente centrale per la questione della brevettabilità delle sequenze genetiche nell'ordinamento statunitense.

A scopo introduttivo e senza alcuna pretesa di esaustività pare sia necessario delineare alcune nozioni scientifiche che costituiranno un utile punto di partenza dal quale diramare la trattazione.

L'acido deossiribonucleico (DNA) è un polimero lineare che contiene le informazioni biologiche necessarie alla costruzione ed al mantenimento di un organismo vivente. Le molecole a doppio filamento di DNA sono lunghe catene polimeriche accoppiate senza ramificazioni, formate sempre dagli stessi quattro tipi di nucleotidi connessi in un'unica, lunga, sequenza lineare che codifica l'informazione genetica. Ciascun nucleotide consta di due parti: uno zucchero (deossiribosio) con un gruppo fosfato ed una base, che può essere adenina (A), guanina (G), citosina (C) o timina (T). Le basi sono complementari fra loro³. Le molecole di DNA sono compattate in una serie di cromosomi; il genoma umano è distribuito in 24 cromosomi diversi, la cui funzione più importante è quella di portare i geni, le unità funzionali dell'eredità.

Il DNA non solo ha una funzione di "deposito" ma anche di codifica dell'informazione genetica contenuta. I segmenti della sequenza di DNA vengono trascritti in molecole di RNA messaggero (mRNA) dove ciascun segmento codifica una proteina diversa. Un gene viene infatti definito dalla letteratura scientifica come il segmento di sequenza di DNA che corrisponde ad una singola proteina (o ad una singola molecola catalitica o strutturale di RNA per quei geni che producono RNA e non proteine)⁴.

³ J. D. WATSON - F. H. C. CRICK, *Molecular structure of nucleic acids. A structure for deoxyribose nucleic acid*, in *Nature* (1953) 171, 737-738.

⁴ J. D. WATSON - N. H. HOPKINS - J.W. ROBERTS ET AL., *Molecular biology of a gene*, (1987) 4th ed. Menlo Park, CA: Benjamin-Cummings.

Con le moderne tecniche di ingegneria genetica è possibile isolare una regione specifica di un genoma, produrne un numero quasi illimitato di copie e determinarne la sequenza dei suoi nucleotidi. Le tecniche di ingegneria genetica hanno portato alla scoperta di nuove classi di geni e di proteine, ed hanno permesso di determinarne le funzioni e di dissezionare le regioni regolatrici dei geni⁵.

1. Isolated as a product of nature: la brevettabilità delle sequenze genetiche nell'ordinamento statunitense

Da un punto di vista strettamente giuridico il punto di partenza per delineare il quadro normativo in materia di brevettabilità delle sequenze genetiche è il titolo 35 dello United States Code (USC) sezione 101 laddove viene definito come brevettabile «any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter». Basandosi sui lavori preparatori del Congresso, la Corte Suprema ha più volte riconosciuto che la portata dell'articolo in questione debba estendersi a «anything under the sun that is made by man»⁶. Un'accezione quanto mai lata alla quale la stessa Corte ha posto dei limiti sin dal 1853 quando statuí che «the discovery of a principle in natural philosophy or physical science is not patentable»⁷. Molto più recentemente la Corte ha stabilito che «Excluded from patent protection are laws of nature, natural phenomena and abstract ideas»⁸ più nello specifico che «a new mineral discovered in the earth or a new plant found in the wild is not a patentable subject matter»⁹.

Nel caso *Funk Brothers Seed Co. v. Kalo Inoculant Co.* la Corte pose al di fuori della brevettabilità¹⁰ le «manifestations of (...) nature, free to all men and reserved exclusively to none»¹¹. In tale occasione la Corte si pronunciò sulla validità di un brevetto avente oggetto un inoculante per piante leguminose composto da una miscela di batteri. L'inventore aveva trovato il modo di selezionare i batteri e di unirli in un'unica miscela, ideando così

⁵ J. D. WATSON - M. GILMAN - J. WITKOWSKI - M. ZOLLER, *Recombinant DNA*, 2nd ed. New York, WH Freeman, 1992.

⁶ *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. 175, 182 (1981). Vedi anche *J. E. M. Ag Supply, Inc. v. Pioneer Hi-Bred Int'l, Inc.*, 534 U.S. 124, par. 130-131 (2001).

⁷ *O'Reilly v. Morse*, 56 U.S. (15 How) 62, 116 (1853).

⁸ *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. par. 185.

⁹ *Ivi*, (citando *Diamond v. Chackrabarty*, 447 U.S. par. 303, 309 US (1980)).

¹⁰ Vedi in argomento M. S. CAROLAN, *Decentering Biotechnology: Assemblages Built and Assemblages Masked*, p. 39 Ashgate Publishing, Ltd., ed. 2012.

¹¹ *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. citando *Funk*, par. 130.

un composto che, rispetto ai precedenti, era suscettibile di essere utilizzato per più varietà vegetali¹². La Corte non riconobbe alcuna invenzione sulla base della considerazione che il ritrovato si limitava a combinare composti già presenti in natura, non alterando quindi, ma semplicemente combinando elementi «naturalisti»; escluse pertanto la brevettabilità¹³.

Nel caso *Gottschalk v. Benson*¹⁴ la Corte ritornò a definire i contorni della brevettabilità, questa volta analizzando se un metodo per la conversione di decimali binari codificati in binari puri potesse essere brevettabile o meno. La posizione della Corte fu piuttosto netta nell'escludere la brevettabilità per due motivi. *In primis*, venne escluso che «Transformation and reduction of an article to a different state or thing is the clue to the patentability of a process claim that does not include particular machines»¹⁵. Convertire un numero da una forma ad un'altra non implica quindi alcuna trasformazione in un *quid novum*. In secondo luogo, la Corte argomentò che riconoscere un brevetto in tali circostanze sarebbe stato equivalente a riconoscere la brevettabilità delle idee astratte: «It is conceded that one may not patent an idea. But in practical effect that would be the result if the formula for converting BCD numerals to pure binary numerals were patented in this case. The mathematical formula involved here has no substantial practical application except in connection with a digital computer, which means that if the judgment below is affirmed, the patent would wholly pre-empt the mathematical formula and in practical effect would be a patent on the algorithm itself»¹⁶.

Nel 1980 la Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso *Diamond v. Chakrabarty*, decise il primo caso relativo alla questione della brevettabilità degli organismi viventi¹⁷. In detta occasione la Corte statui che un organismo le cui proprietà non erano rinvenibili in natura fosse brevettabile sulla base del titolo 35 U.S.C. § 101. Le fondamenta del giudizio vennero fornite, anche qui, dai lavori preparatori del Patent Act del 1952, nel quale si sosteneva che la brevettabilità doveva essere ritenuta un concetto suscettibile di abbracciare qualsiasi ritrovato che sia «under the sun that is made by man»¹⁸. La Corte, poi, precisò che proprio alla luce del limite del «product of nature» non potessero essere rilasciate privative inerenti a

¹² Vedi *Funk Brothers Seed Co. v. Kalo Inoculant Co.*, 333 U.S. par. 128-130.

¹³ *Ivi*, par. 130-131.

¹⁴ *Gottschalk v. Benson*, 409 U.S. p. 63 (1972).

¹⁵ *Ivi*, p. 70.

¹⁶ *Ivi*, par. 71-72.

¹⁷ Vedi *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. par. 303 (1980).

¹⁸ Cfr. S. REP. NO. 82-1979, p. 5 (1952); H.R. REP. NO. 82-1923, p. 6 (1952).

«laws of nature, physical phenomena, and abstract ideas»¹⁹. Il brevetto riguardava un batterio capace di degenerare alcune molecole complesse di petrolio grezzo²⁰. Originariamente il brevetto non venne rilasciato in quanto il composto venne inquadrato come «product of nature», pertanto non brevettabile²¹. Il caso, dopo i vari gradi di giudizio, giunse alla Corte Suprema che capovolse tale conclusione²². La Corte affermò che le rivendicazioni relative al batterio andavano inquadrate come: «not to a hitherto unknown natural phenomenon, but to a non-naturally occurring manufacture or composition of matter-a product of human ingenuity» quindi «not nature's handiwork, but his own»²³. Tutto ciò che veniva creato dall'uomo risultava, per tale ragione, brevettabile²⁴ con alcune eccezioni, giova ricordarlo: «laws of nature, physical phenomena, and abstract ideas»²⁵.

La stessa Corte paragonò il giudizio espresso con quanto asserito nel caso *Funk* spiegando che la differenza di vedute era dovuta al fatto che: «There (nel caso *Funk*), the patentee had discovered that there existed in nature certain species of root-nodule bacteria which did not exert a mutually inhibitive effect on each other. He used that discovery to produce a mixed culture capable of inoculating the seeds of leguminous plants [.....] Here (in *Chakrabarty*) by contrast the patentee has produced a new bacterium with markedly different characteristics from any found in nature and one having the potential for significant utility. His discovery is not nature's handiwork, but his own; accordingly it is patentable subject matter under § 101»²⁶. Quindi fu la stessa Corte che mise in chiara evidenza la differenza fra un organismo nuovo creato dall'uomo brevettabile o presentante nuove utilità e un organismo presente in natura non avente nuove proprietà o nuove utilità (non brevettabile).

Nel caso *Diamond v. Diehr* la Corte definì brevettabile un metodo per la solidificazione della gomma sintetica ritenendo irrilevante ai fini della brevettabilità il fatto che il ritrovato includesse in alcuni passaggi delle formule

¹⁹ Corte Suprema degli Stati Uniti, *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. p. 309.

²⁰ *Chakrabarty*, 447 U.S. par. 305.

²¹ *In re Chakrabarty*, par. 571 F.2d 40, 42 (C.C.P.A. 1978).

²² *Chakrabarty*, 447 U.S. par. 305, *loc. cit.*

²³ *Ivi*, par. 309-310.

²⁴ Per un'attenta analisi del caso *Chakrabarty* e della dottrina del "product of nature", vedi J. M. CONLEY - R. MAKOWSKI, *Back To The Future: Rethinking The Product Of Nature Doctrine As A Barrier To Biotechnology Patents (Part II)*, 85 J. Pat. & Trademark Off. Soc.'y 371-376, Aprile 2003.

²⁵ Corte Suprema degli Stati Uniti, *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. par. 309.

²⁶ *Ivi*, par. 309- 310 (citazioni omesse parentesi aggiunte).

matematiche²⁷. La Corte anche qui fondò le proprie argomentazioni sui lavori preparatori del Congresso e sulla relativa latissima accezione di brevettabilità per definire come brevettabile uno stato (la solidificazione per l'appunto) che non sarebbe sussistito in natura senza l'intervento dell'uomo. La Corte richiamò la decisione nel caso *Gottschalk* per sostenere che la trasformazione di un ritrovato in un differente stato sia fondamentale per la determinazione della brevettabilità²⁸. In aggiunta, seppur notando che le formule matematiche sono poste al di fuori della brevettabilità, la Corte concluse che «[the] process admittedly employs a well know mathematical equation, but they do not seek to pre-empt the use of that equation» estendendo la brevettabilità a quelle particolari formule che risultano strettamente correlate al ritrovato stesso.

Nel caso *J.E.M. AG Supply, Inc. v. Pioneer Hi- Bred Int'l, Inc.*²⁹ la Corte ammise la brevettabilità delle piante geneticamente modificate con particolare riferimento ad una qualità di grano transgenico resistente ai pesticidi³⁰. La Corte basò il proprio giudizio su quanto precedentemente espresso nel caso *Chakrabarty*³¹, ovvero il ritrovato era nuovo, non presente quindi in natura e presentava nuove utilità: pertanto doveva essere brevettabile.

L'assetto argomentativo seguito dalla Corte nei predetti *leading cases* è riconducibile a quella che viene comunemente definita la dottrina del «product of nature» secondo la quale, in estrema sintesi, tutto ciò che presenta una composizione uguale al naturale non è brevettabile; risulta invece brevettabile ciò che è stato utilmente alterato dall'intervento dell'uomo.

D'altro canto, nel 1991, la Corte Federale, nel caso *Amgen, Inc. v. Chugai Pharmaceutical Co.*, riconobbe la validità di alcune rivendicazioni relative a sequenze di DNA³² di cui «[a] purified and isolated DNA sequence consisting essentially of a DNA sequence encoding human erythropoietin»³³. In altre parole, il composto presentava la medesima composizione e le medesime caratteristiche della parte di DNA che codifica per l'eritropoietina, ma per il fatto di essere stato isolato e purificato, presentava un *quid novum* degno di brevetto.

²⁷ *Diamond v. Diehr*, 450 U.S. par. 177.

²⁸ *Ivi*, par. 184.

²⁹ *J.E.M. AG Supply, Inc. v. Pioneer Hi- Bred Int'l, Inc.*, 534 U.S. par. 124 (2001).

³⁰ *Ivi*, par. 150.

³¹ *Ivi*, par. 130.

³² Vedi Corte Federale degli Stati Uniti 927 F.2d, par. 1200 (1991).

³³ Vedi Corte Federale degli Stati Uniti 927 F.2d, par. 1200 (1991), *cit. supra*, nota 32, par. 1204.

La decisione ricalcava la prassi tenuta in materia dallo United States Patent and Trademark Office (USPTO). Nello specifico delle sequenze genetiche, lo USPTO è stato fermo nel riconoscere la brevettabilità soltanto ove una data informazione, un dato gene, venga opportunamente isolato e purificato³⁴. Isolato nel senso di rimosso fisicamente dal proprio ambiente naturale e purificato³⁵ nel senso di essere composto unicamente dai codoni funzionali, quindi scevro della presenza di introni³⁶.

Si profilano, pertanto, due possibili approcci: da una parte quello del «products of nature», dall'altra quello della «purification and isolation», dove la seconda rappresenta l'unico approccio possibile per aggirare i limiti della prima. Secondo lo USPTO l'atto dell'isolamento e della purificazione fa sì che il ritrovato venga estrapolato dall'impenetrabile reame del «product of nature»³⁷. Secondo lo USPTO «[w]hile descriptive sequence information alone is not patentable subject matter, a new and useful purified and isolated DNA compound described by the sequence is eligible for patenting, subject to satisfying the other criteria for patentability»³⁸. Proprio perché isolati e successivamente purificati, i geni cessano di essere prodotti naturali per divenire opera dell'ingegno dell'uomo. Ne consegue che, alla luce della dottrina del «purification and isolation», è possibile costituire esclusive su geni presentanti la medesima codifica di

³⁴ Vedi USPTO Utility Examination Guidelines, 66 Fed. Reg. 1092, 1093 (Jan. 5, 2001).

³⁵ È, infatti, possibile analizzare o manipolare il DNA previo isolamento e purifica con comuni metodi di estrazione cellulare. La clonazione del DNA permette di isolare e selezionare una copia di qualunque parte specifica di una sequenza di DNA dai milioni di altre sequenze presenti in una cellula e di produrla in quantità illimitata in forma pura. Per facilitare l'isolamento e la manipolazione dei singoli geni, il DNA può essere tagliato in siti specifici mediante nucleasi di restrizione, enzimi purificati dai batteri che tagliano la doppia elica del DNA in frammenti di dimensioni precisamente definite. La clonazione del DNA avviene o tramite l'uso di vettori di clonazione o tramite la reazione a catena della polimerasi (PCR) per cui una singola molecola di DNA può essere copiata per generare miliardi di molecole identiche. Il processo di clonazione può anche essere fatto selezionando soltanto quelle sequenze di DNA che sono trascritte in mRNA e che, quindi, corrispondono a geni che codificano proteine. È possibile ottenere dall'mRNA di una cellula un DNA complementare (cDNA) di ciascuna molecola di mRNA. Il vantaggio più importante dei cloni di cDNA è che contengono la sequenza codificante non interrotta di un gene.

³⁶ Non sono mancate opinioni in dottrina secondo le quali l'isolamento e la purificazione sia sostanzialmente un unico requisito. Vedi J. M. CONLEY, *Gene Patents and the Product of Nature Doctrine*, 84 CHI.-KENT L. REV. 109, 117-19 (2009).

³⁷ «An isolated and purified DNA molecule that has the same sequence as a naturally-occurring gene is eligible for a patent because (1) an excised gene is eligible for a patent as a composition of matter or as an article of manufacture because that DNA molecule does not occur in that isolated form in nature, or (2) synthetic DNA preparations are eligible for patents because their purified state is different from the naturally-occurring compound». Vedi United States Patent & Trademark Office, Utility Examination Guidelines, 66 Fed. Reg. 1092, 1093 (2001).

³⁸ United States Patent & Trademark Office, Utility Examination Guidelines, 66 Fed. Reg. 1092, 1093 (2001), *cit. supra*, nota 37.

quella normalmente rinvenibile nel DNA, oppure costituirle su sequenze genetiche "ritagliate" da cui vengano rimosse le regioni non codificanti³⁹.

2. Fatti preliminari

Nel 1995 vennero depositati dalla Myriad Genetics Inc. alcuni brevetti presso lo United States Patent and Trademark Office (USPTO): dapprima il n. 5747282 il 5 maggio 1995, a cui sono seguiti i nn. 5693473 e 5837492 rispettivamente il 2 dicembre 1997 e il 17 novembre del 1998. I brevetti riguardavano determinate sequenze genetiche, un metodo per il monitoraggio della predisposizione genetica al cancro alle ovaie e al seno e, da ultimo, un metodo per l'identificazione di farmaci attraverso sequenze isolate di DNA.

È possibile dividere idealmente le rivendicazioni contenute nei brevetti Myriad in tre gruppi. Il primo consisteva in rivendicazioni di prodotto su molecole di DNA che contenevano una particolare sequenza nucleotidica o che codificavano per determinate sequenze di amminoacidi⁴⁰. Il secondo riguardava rivendicazioni di metodo per lo *screening* di potenziali agenti terapeutici contro il cancro. Il metodo consisteva principalmente nella comparazione della crescita delle cellule (nelle quali veniva innestato il gene alterato) avvenuta in presenza di un potenziale agente terapeutico con quella che normalmente sarebbe avvenuta qualora non fosse stato somministrato alcun ritrovato terapeutico⁴¹. Il terzo atteneva a rivendicazioni di metodo riguardanti la diagnosi per la predisposizione genetica al tumore mammario e/o ovarico attraverso la comparazione di stringhe di DNA con stringhe di riferimento⁴². È utile notare che i brevetti, attraverso

³⁹ In aggiunta è necessario, ai fini della brevettabilità, che il composto rappresenti ed apporti una qualche utilità per la società che sia «substantial, specific, and credible». Se, pertanto, un composto contenente materiale genetico non indica alcuna utilità aggiuntiva a quella osservata a livello di stadio naturale non risulta brevettabile. Ma si badi bene che laddove l'inventore descriva anche il processo di isolamento e purificazione ciò viene considerato dall'USPTO come contenente nuova utilità, quindi potenzialmente brevettabile. Vedi United States Patent & Trademark Office, Utility Examination Guidelines, 66 Fed. Reg. par. 1092, 1093 (2001).

⁴⁰ Vedi M. Skolnick - D. Goldgar - Y. Miki et al., *17Q-linked breast and ovarian cancer susceptibility gene*, US5747282 alle rivendicazioni 1, 2, 5, 6, and 7, 1998; S. Tavtigian - A. Kamb - J. Simard - F. Couch - J. Rommens - B. Weber, *Chromosome 13-linked breast cancer susceptibility gene*, US5837492 alle rivendicazioni 1, 6, and 7, 1998; D. Shattuck-Eidens - J. Simard - F. Durocher - M. Emi - Y. Nakamura, *Linked breast and ovarian cancer susceptibility gene*, US5693473, alla rivendicazione 1, 1997.

⁴¹ Vedi M. Skolnick - D. Goldgar - Y. Miki et al., *17Q-linked breast and ovarian cancer susceptibility gene*, US5747282 alla rivendicazione 20, 1998.

⁴² Vedi D. Shattuck-Eidens - J. Simard - F. Durocher - M. Emi - Y. Nakamura, *Linked breast and ovarian cancer susceptibility gene*, US5709999 alla rivendicazione 1, 1998; M. Skolnick - D. Goldgar - Y. Miki et al., *17q-linked breast and ovarian cancer susceptibility*

rivendicazioni di prodotto e metodo, coprivano *inter alia* i geni BRCA1 e BRCA2 i cui alleli indicano la predisposizione al tumore mammario (BRCA1) e ovarico (BRCA2).

Le invenzioni rappresentarono un momento di svolta nella lotta al cancro alle ovaie e al seno, una svolta che la Myriad ha saputo sapientemente sfruttare ponendosi già da subito in posizione di assoluto monopolio.

Nel 2009 l'Association for Molecular Pathology impugnò i brevetti depositati dalla Myriad sostenendo la sostanziale illegittimità delle rivendicazioni aventi oggetto tanto la descrizione dei geni BRCA1 e 2 e le relative sequenze di codifica⁴³ quanto quelle aventi oggetto la codifica delle mutazioni correlate alla predisposizione al cancro alle ovaie e al seno⁴⁴. Secondo i ricorrenti i ritrovati erano invalidi, poiché presentavano la stessa composizione delle sequenze geniche normalmente rinvenibili all'interno del DNA umano⁴⁵. La United States District Court of the Southern District of New York accolse tale tesi e ne confermò l'invalidità. Di particolare interesse risultò l'apporto del giudice Sweet secondo il quale i segmenti di DNA isolato non presentavano alcun carattere distintivo rispetto a quelli normalmente rinvenibili in natura⁴⁶. Ancor più interessante il fatto che il giudice affermò che l'isolamento e la purificazione di singole porzioni di DNA non potevano cambiare le caratteristiche essenziali del DNA, ovvero l'informazione contenuta nelle sequenze nucleotidiche⁴⁷; l'isolamento e la purificazione, alla luce dell'analisi della Corte Distrettuale, non sarebbero, pertanto, di per sé produttivi di risultati brevettabili. Quindi una posizione difforme dalle pratiche fino a quel momento tenute in argomento dallo USPTO motivata dal fatto che l'organo giudicante non poteva non tener conto dell'importanza della funzione del DNA tanto a livello biologico «naturale» quanto nella sua forma isolata⁴⁸. Nemmeno venne riconosciuta la brevettabilità delle porzioni ricostruite dalla Myriad di DNA ricombi-

gene, US5710001 at claim 1, 1998; M. Skolnick - D. Goldgar - Y. Miki et al., *170-linked breast and ovarian cancer susceptibility gene*, US5753441 alla rivendicazione 1, 1998; S. Tavtigian - A. Kamb - J. Simard - F. Couch - J. Rommens - B. Weber, *Chromosome 13-linked breast cancer susceptibility gene*, US6033857 alle rivendicazioni 1 and 2, 2000.

⁴³ United States District Court of the Southern District of New York, in *Association for Molecular Pathology v. U.S. Patent and Trademark Office*, No. 09-cv-4515, 94 USPQ2d 1683, 29 marzo 2010.

⁴⁴ *Ivi*, par. 185.

⁴⁵ *Ivi*, par. 184.

⁴⁶ *Ivi*, par. 223-227.

⁴⁷ *Ivi*, par. 232.

⁴⁸ United States District Court of the Southern District of New York, in *Association for Molecular Pathology v. U.S. Patent and Trademark Office*, *loc. cit.*

nante⁴⁹ dato che secondo la Corte distrettuale si trattava di «naturally-occurring splicing of pre-mRNA into mature mRNA»⁵⁰. La Corte negò anche la presunta nuova utilità della porzione di DNA isolata dalla Myriad, dato che la funzione di *primer*⁵¹ e di sonde molecolari⁵² sarebbe stata comunque desumibile dalla comparazione del composto isolato con quello naturale. La decisione deve essere considerata sorprendente⁵³ ove si consideri che lo USPTO, da oltre trent'anni⁵⁴, era solito rilasciare privative aventi ad oggetto geni umani.

È interessante notare che nella propria *Opinion*, il giudice Sweet argomentò principalmente sulla base di quelle che venivano individuate come le principali conseguenze della brevettabilità in materia, pervenendo alla conclusione che i brevetti sui geni umani⁵⁵ fossero sostanzialmente dannosi per i pazienti e per la ricerca di base⁵⁶.

La decisione non tenne conto di molte delle considerazioni contenute nelle opinioni, concentrandosi su questioni maggiormente attinenti al dato normativo e giurisprudenziale in materia⁵⁷. Quindi la Corte Distrettuale di

⁴⁹ «Il DNA complementare [cDNA] permette di creare e amplificare nuove molecole di DNA isolando e ricombinando fra loro frammenti di DNA di diversa origine. Per nuove molecole di DNA ricombinante si deve quindi intendere il frammento di DNA che si vuole clonare più il vettore plasmidico innestato allo scopo», vedi J. W. DALE - M. VON SCHANTZ, *Principi e applicazioni della tecnologia del DNA ricombinante*, Napoli, EdiSES, 2008, pp. 26-27.

⁵⁰ United States District Court of the Southern District of New York in *Association for Molecular Pathology v. U.S. Patent and Trademark Office*, par. 230-231.

⁵¹ Il *primer* è un breve filamento di acido nucleico necessario per l'innesco della replicazione del DNA. In natura, il filamento è di RNA, complementare al filamento stampo del DNA, ed è sintetizzato, nucleotide dopo nucleotide, da un enzima chiamato primasi. Al termine della duplicazione, il *primer* viene eliminato e sostituito da DNA. Molte tecniche di biologia molecolare (ad esempio PCR, sequenziamento del DNA) richiedono l'uso di *primer* sintetici, cioè corti frammenti di DNA sintetizzati chimicamente. Vedi T. A. BROWN, *Genomi* 3, Napoli, EdiSES, 2008.

⁵² La sonda molecolare è una molecola di DNA marcata con una sequenza complementare al DNA bersaglio da individuare. La marcatura di una sonda può essere ottenuta utilizzando traccianti radioattivi o fluorescenti. Le sonde molecolari vengono normalmente utilizzate in tecniche di biologia molecolari (ad esempio Southern Blot o il Northern blot) per identificare anomalie cromosomiche e per analizzare il profilo di espressione dei geni. Vedi G. KARP, *Biologia Cellulare e Molecolare*, Napoli, EdiSES, 2007.

⁵³ Vedi sul punto D. L. ROGERS, *Coding For Life - Should Any Entity Have The Exclusive Right To Use And Sell Isolated DNA?*, 12 U. Pitt. J. Tech. L. & Pol'y 1.

⁵⁴ Nel 1982 lo USPTO concesse il primo brevetto che specificamente copriva un gene umano (U.S. Patent n. 4,322,499 depositato il 22 dicembre 1978). Il brevetto copriva un frammento di DNA relativo alla codifica dell'ormone della ipofisi. Sul punto vedi anche U.S.C. § 154(a)(1) che elenca una lista dei requisiti, contenuti e termini che un brevetto deve presentare negli Stati Uniti.

⁵⁵ Vedi in senso analogo A. K. RAI, *Regulating Scientific Research: Intellectual Property Rights And The Norms Of Science*, 94 Nw. U. L. Rev. 77, 115 (Fall 1999).

⁵⁶ Vedi *Ass'n for Molecular Pathology*, 702 F. Supp. 2d, par. 206-207.

⁵⁷ Vedi *Ass'n for Molecular Pathology*, cit. *supra*, nota 56, p. 211: «here exists a sharp dispute concerning the impact of patents directed to isolated DNA on genetic research and

New York invalidò i brevetti detenuti da Myriad sulla base della dottrina del «product of nature», non ravvisando alcuna significativa differenza, in termini qualitativi e di proprietà rispetto al composto normalmente rinvenibile in natura.

La Myriad impugnò la decisione davanti alla Corte di Appello del Circuito Federale. Proprio in questa fase il Governo degli Stati Uniti depositò una memoria ove si sosteneva la posizione della Corte Distrettuale relativamente alla brevettabilità dei segmenti di DNA isolato, dissentendo però rispetto alla questione del cDNA che, secondo la memoria, poiché presentava una composizione non rinvenibile in natura, ben avrebbe potuto essere considerato brevettabile⁵⁸. Si ricorda che il cDNA è una molecola di DNA copia sintetizzata dal mRNA, quindi contiene solo la porzione codificante di un determinato gene⁵⁹.

La Corte di Appello del Circuito Federale, esprimendosi con la votazione favorevole di 2 a 1, statui per la validità dei brevetti Myriad. Nella decisione si riscontrarono tre distinti approcci relativi alla questione della brevettabilità delle sequenze genetiche. Nel proprio intervento il giudice Moore separò le rivendicazioni di prodotto contenute nei brevetti Myriad in due categorie, a seconda che le rivendicazioni attenessero al cDNA oppure al DNA isolato. In questa direzione riconobbe nel cDNA brevettato una «markedly different characteristics with the potential for significant utility, e.g., an "enlargement of the range of ... utility" as compared to nature»⁶⁰. Le argomentazioni del giudice Moore erano incentrate sull'utilità del composto brevettato che, avendo una struttura e una codifica diversa dal modello di DNA rinvenibile in natura, produceva nella cellula una proteina che naturalmente non sarebbe stata prodotta⁶¹. Per quanto attiene invece alle rivendicazioni sui segmenti di DNA il giudice Moore differenziò la propria analisi a seconda se il ritrovato di partenza fosse stato ricavato da filamenti corti o lunghi di DNA. Per quanto attiene ai corti sostenne la brevettabilità sul fatto che gli stessi costituivano la base per la produzione di *primers* e di sonde; pertanto i segmenti isolati erano produttivi di nuove uti-

consequently the health of society (...). The resolution of these disputes of fact and policy are not possible». Per l'analisi del dato giurisprudenziale in materia vedi *supra*, par. 1.

⁵⁸ Vedi Intervento degli Stati Uniti in Support of Neither Party, *Ass'n for Molecular Pathology v. U.S. Patent & Trademark Office*, 702 F. Supp. 2d 181 (Fed. Cir. 2010) (No. 2010-1406); Brief for the United States in Support of Neither Party, *Ass'n for Molecular Pathology v. U.S. Patent & Trademark Office*, 702 F. Supp. 2d 181 (Fed. Cir. 2012) (No. 2010-1406), 2012 WL 2884115.

⁵⁹ Vedi *supra*, nota 35.

⁶⁰ Vedi Corte Federale in *Ass'n for Molecular Pathology v. U.S. Patent & Trademark Office*, 702 F. Supp. 2d 181 Fed. Cir. 2012, 689 F.3d, par. 1328-29.

⁶¹ *Ivi*, par. 1340-41.

lità, quindi brevettabili. Per quanto atteneva ai filamenti lunghi non venne riconosciuta alcuna peculiare differenza rispetto al composto naturale, ma, avallando la prassi USPTO in materia, implicitamente propendette anche qui per la brevettabilità degli stessi⁶². In dissenso, il giudice Bryson non riscontrò alcun cambiamento strutturale rispetto al composto naturale guardando alle difformità di struttura come «*incidental to the extraction*» pertanto insufficienti a sostenere la brevettabilità⁶³. La Corte di Appello del Circuito Federale rovesciò, pertanto, il verdetto della District Court of the Southern District of New York statuendo così per la validità dei brevetti Myriad.

Il 24 settembre 2012 l'Association for Molecular Pathology presentò una petizione per un atto di *Certiorari* presso la Corte Suprema, chiedendo la revisione della sentenza della Corte di Appello del Circuito Federale.

Il 30 novembre 2012 la Corte Suprema degli Stati Uniti concesse il *certiorari* sul caso *Myriad* limitandolo solo alla prima questione presentata nella petizione, ossia alla questione se i geni umani siano o meno brevettabili.

3. La sentenza della Corte Suprema

Le valutazioni della Corte Suprema partono dal disposto della sezione 101 del titolo 35⁶⁴ del Codice Statunitense. Più specificatamente, la Corte insiste sulla portata implicita dell'eccezione ivi contenuta: «*Laws of nature, natural phenomena, and abstract ideas are not patentable*»⁶⁵. La Corte ricorda entusiasticamente che scopo del diritto brevettuale è quello di promuovere la creazione e lo spirito creativo⁶⁶, non di negarlo o limitarlo.

Proprio in questo senso la Corte mostra di utilizzare un approccio decisamente netto orientato a stabilire se oggetto delle rivendicazioni della Myriad sia una «*new and useful (...) composition of matter*» o piuttosto

⁶² Vedi Corte Federale in *Ass'n for Molecular Pathology v. U.S. Patent & Trademark Office*, cit. *supra*, nota 60, par. 1343-47.

⁶³ *Ivi*.

⁶⁴ Vedi titolo 35, sezione 101, United States Code: «Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title».

⁶⁵ Vedi sul punto anche Corte Suprema, sent. 2012, *Mayo v. Prometheus*, 566 U.S. ____ (2012) p. 1.

⁶⁶ Vedi nella stessa direzione *Diamond v. Chakrabarty*, quando la stessa Corte Suprema affermò che «*Products of nature are not created*», and «*manifestations ... of nature [are] free to all men and reserved exclusively to none*», vedi *Diamond v. Chakrabarty* 1980, 447 U.S., cit. *supra*, note 9 e 19, par. 303, 309.

dei «naturally occurring phenomena»⁶⁷. Nel caso in questione, la Corte nota che le sequenze isolate dalla Myriad ricorrono naturalmente nel DNA umano e non vengono in alcun modo alterate. In altre parole «Myriad did not create anything»⁶⁸.

Contrariamente a quanto sostenuto in giudizio dalla Myriad⁶⁹, la questione oggetto della sentenza in esame era ben diversa da quella che si poneva nel caso *Chakrabarty* dove senza l'intervento dell'ingegno umano (l'aggiunta dei plasmidi) il "batterio mangia-petrolio" brevettato non poteva essere rinvenuto come tale in natura e presentava quindi un carattere decisamente distinto rispetto al procariota già esistente in natura⁷⁰. Una scoperta seppur rivoluzionaria non soddisfa i requisiti che la legge statunitense prevede in tema di brevettabilità⁷¹, primo fra tutti la necessità che si tratti di una «new composition of matter».

Le rivendicazioni depositate dalla Myriad sembrano esattamente andare in questa direzione. Nel brevetto n. 5747282 viene descritta la posizione dei geni e la correlazione fra mutazioni degli stessi e il cancro alle ovaie⁷², il metodo utilizzato per l'identificazione e il motivo per cui l'attività inventiva si sarebbe esplicata proprio nell'individuazione dei suddetti geni e nella specificità degli stessi rispetto ai fattori tumorali. Nemmeno sarebbe rinvenibile attività inventiva per il fatto che la Myriad sia in grado di separare i segmenti di DNA creando una molecola diversa da quella presente in natura.

Per quanto attiene alle rivendicazioni relative al cDNA la Corte non vede particolari ostacoli alla brevettabilità (leggi relativamente al requisito del «non recurring in nature»). La sequenza di cDNA brevettata dalla Myriad è una molecola di esoni che viene ricavata dal RNA messaggero e

⁶⁷ *Association For Molecular Pathology, et al., v. Myriad Genetics, inc., et al.*, n. 12-398, 13 giugno 2013 p. 11.

⁶⁸ *Ivi*, p. 12.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Vedi anche sul carattere della distintività, seppur in termini ovviamente più generici, *Hartranft v. Wiegmann*, 121 U. S. 609, 615 (1887) dove la Corte inquadra come prodotto della ingegnosità umana a «product of human ingenuity "having a distinctive name, character and use"» rispetto ai prodotti di natura.

⁷¹ Giova ricordare *Funk Brothers Seed Co. v. Kalo Inoculant Co.*, 333 U. S. 127 (1948), quando la Corte ha sentenziato su un ritrovato costituito dalle aggregazioni di ceppi batterici presenti in natura. Il composto aiutava le piante leguminose a velocizzare il trasporto di nitrogeno dall'aria al terreno. L'abilità di ogni singolo batterio era nota da tempo agli agricoltori. Il depositante, notando che i batteri potevano perfettamente convivere in un medesimo ritrovato, decise per l'appunto di brevettarlo. La Corte a proposito fu decisamente chiara nello stabilire che «There is no way in which we could call [the bacteria mixture a product of invention] unless we borrowed invention from the discovery of the natural principle itself» (*Id.*, 129-130) e quindi statuire nel senso della non brevettabilità.

⁷² Vedi rivendicazioni nn. 748-749 US 5, 747, 282.

non è rinvenibile in natura⁷³. Pertanto risulta brevettabile. La molecola si differenzia dalla corrispondente stringa di DNA per il fatto che non vengono riportate le regioni non codificanti. E ciò è sufficiente alla Corte per statuire che si tratti di un ritrovato piuttosto che di una scoperta.

Si ritiene utile sottolineare che non è presente nei brevetti impugnati dinanzi la Corte Suprema alcuna rivendicazione di metodo. La Corte ricorda, tuttavia, la possibile configurabilità di eventuali brevetti di metodo tanto quanto di brevetti di applicazione relativi ai geni in questione.

4. Il contenzioso europeo relativo alle invenzioni della Myriad

Come abbiamo più volte visto nella trattazione «anything that is made by man under the sun» è un'espressione che negli Stati Uniti ha una precisa dimensione e valenza giuridica. In Europa, invece, la dimensione giuridica della disciplina delle invenzioni biotecnologiche viene data principalmente dalla direttiva n. 98/44/Ce sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche. Pilastro e criterio generale dell'impianto normativo in questione è l'art. 3 ove si prevede che: «sono brevettabili le invenzioni nuove che comportino un'attività inventiva e siano suscettibili di applicazione industriale, anche se hanno ad oggetto un prodotto consistente in materiale biologico o che lo contiene, o un procedimento attraverso il quale viene prodotto, lavorato o impiegato materiale biologico»⁷⁴. In aggiunta, il secondo paragrafo dispone: «Un materiale biologico che viene isolato dal suo ambiente naturale o viene prodotto tramite un procedimento tecnico può essere oggetto di invenzione anche se preesisteva allo stato naturale»⁷⁵. Quindi, traslando alcuni concetti cari all'ordinamento statunitense, in Europa è perfettamente configurabile che venga brevettato un «product of nature», purché venga separato dal preesistente attraverso un procedi-

⁷³ Anche sul punto in giudizio non sono mancate opinioni discordanti. È stato fatto notare come alcuni *virus* si basano su enzima di trascrittasi inversa per riprodursi attraverso la copia di RNA in cDNA. In rari casi è stato osservato il verificarsi come effetto secondario dell'infezione virale la presenza di pseudogeni nel DNA della cellula infettata contenente frammenti di cDNA. Detti frammenti non presentano la stessa codifica e trattasi di un fenomeno secondario che soltanto casualmente può dare luogo a sequenze simili a quelle presenti nel DNA ricombinante. Il fatto che sia possibile rinvenire stringhe simili a quelle potenzialmente rinvenibili, secondo la Corte non comporta il mancato soddisfacimento del requisito della novità. Vedi *Association for Molecular Pathology v. United States Patent and Trademark Office*, 689 F. 3d, par. 1303, 1356, n. 5 CA Fed. 2012.

⁷⁴ Direttiva n. 98/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, art. 3, par. 1, in *Guce* n. L 213 del 30 luglio 1998, pp. 13-21.

⁷⁵ *Ivi*, par. 2.

mento tecnico e presenti caratteri di novità, applicazione industriale, attività inventiva. A ciò si aggiunge una fondamentale eccezione: «il corpo umano, nei vari stadi della sua costituzione e del suo sviluppo, nonché la mera scoperta di uno dei suoi elementi, ivi compresa la sequenza o la sequenza parziale di un gene, non possono costituire invenzioni brevettabili»⁷⁶. Nel campo specifico delle invenzioni contenenti materiale genetico viene previsto che «un elemento isolato dal corpo umano, o diversamente prodotto, mediante un procedimento tecnico, ivi compresa la sequenza o la sequenza parziale di un gene, può costituire un'invenzione brevettabile, anche se la struttura di detto elemento è identica a quella di un elemento naturale»⁷⁷. Ne consegue che, alla luce della direttiva, non è possibile brevettare elementi separati del corpo umano⁷⁸ a meno che gli stessi vengano separati da procedimenti che li identifichino, purifichino, caratterizzino e moltiplichino al di fuori del contesto da cui sono stati estrapolati⁷⁹, ovvero, per inciso, procedimenti che solo l'uomo è in grado di produrre⁸⁰. È, pertanto, possibile brevettare sequenze genetiche rispettando i requisiti di novità, attività inventiva e applicazione industriale nonché il requisito dell'indicazione di funzione⁸¹. Pertanto una data sequenza potrà essere brevettata solo ed unicamente per la funzione specificamente indicata nella domanda di brevetto⁸². Nella stessa direzione si legge che «la protezione attribuita da un brevetto ad un prodotto contenente o consistente in un'informazione genetica si estende a qualsiasi materiale nel quale il prodotto è incorporato e nel quale l'informazione genetica è contenuta e svolge la sua funzione»⁸³. Quindi la funzione esplicita da una data sequenza genetica rappresenta un elemento caratterizzante della vita di un brevetto, sia in fase di rilascio, che nella potenziale "estensione" della privativa. Non viene prodotta alcuna estensione di tutela se la sequenza genica bre-

⁷⁶ Direttiva n. 98/44/Ce, *cit. supra*, nota 74, art. 5, par. 1.

⁷⁷ *Ivi*, art. 5, par. 2.

⁷⁸ Vedi K. JENSEN - F. MURRAY, *Intellectual Property Landscape of the Human Genome*, in *Science*, 310, 14 October 2005, 239.

⁷⁹ Estremamente interessante in argomento E. MARRIS, *Patent reform prompts intellectual tug-of-war*, in *Nature*, 437, 27 ottobre 2007, 1230.

⁸⁰ Direttiva n. 98/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, *considerando* 21, *cit. supra*, nota 74.

⁸¹ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo sui brevetti relativi alle invenzioni biotecnologiche P6-TA-PROV(2005)0407 del 26 ottobre 2005.

⁸² Su questo tema cfr. V. DI CATALDO, *Fra tutela assoluta del prodotto brevettato e limitazione ai procedimenti descritti ed agli usi rivendicati*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, p. 120 e più recentemente G. GHIDINI, *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, Cheltenham, 2010, 68. Si veda anche J. GIBSON, *Intellectual property, medicine and health: current debates*, Farnham, Ashgate Publishing Limited, 2009, p. 29.

⁸³ Direttiva n. 98/44/Ce, art. 9, *cit. supra*, nota 74.

vettata non svolge la funzione descritta anche nel composto "contenente"⁸⁴. L'ambito della protezione offerto dalla direttiva varia poi a seconda se l'oggetto della privativa sia un brevetto di prodotto o di procedimento. In entrambi i casi acquistano centralità le proprietà che specificatamente acquisisce il materiale biologico a seguito dell'invenzione o del procedimento oggetto di privativa. Nel caso di brevetti di prodotto la protezione si estende «a tutti i materiali biologici da esso derivati mediante riproduzione o moltiplicazione in forma identica o differenziata e dotati delle stesse proprietà»⁸⁵. In quelli di procedimento, il brevetto copre sia il «materiale biologico direttamente ottenuto da tale procedimento sia qualsiasi altro materiale biologico derivato dal materiale biologico direttamente ottenuto mediante riproduzione o moltiplicazione in forma identica o differenziata e dotato delle stesse proprietà»⁸⁶. Nel caso di embrioni umani⁸⁷, poi, la brevettabilità viene esclusa, salvo che il ritrovato possa essere utile all'embrione⁸⁸.

Un tessuto giuridico decisamente complesso al quale si aggiunge la Convenzione sul brevetto europeo le cui disposizioni sono sostanzialmente congruenti con quelle previste a livello di Unione europea⁸⁹.

In questo contesto, l'Ufficio europeo dei brevetti (EPO) ha rilasciato, dal 2001 ad oggi, tre brevetti attinenti al gene BRCA1 (EP0699754, EP0705903 e EP0705902) e uno sul gene BRCA2 (EP0785216). I quattro brevetti combinati assicuravano praticamente alla Myriad il monopolio su ogni metodo di diagnosi⁹⁰, mutazione⁹¹ e *kit* diagnostico⁹² sugli onco-soppressori di cui sopra. Proprio per tale ragione, già in origine, iniziarono a mostrarsi nel panorama europeo le prime perplessità subito sostanziatesi

⁸⁴ Sul punto vedi sentenza della Corte di giustizia del 6 giugno 2010 in causa n. C-428/08, *Monsanto c. Cefetra*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 6765.

⁸⁵ Direttiva n. 98/44/Ce, art. 8, par. 1, *cit. supra*, nota 74.

⁸⁶ *Ivi*, art. 8, par. 2.

⁸⁷ Si ricorda la definizione, quanto mai ampia, data dalla Corte europea di giustizia secondo la quale costituisce embrione: qualsiasi ovulo umano sin dal momento della fecondazione, l'ovulo non fecondato in cui sia impiantato il nucleo di una cellula umana matura e l'ovulo umano non fecondato indotto a dividersi attraverso partenogenesi. Vedi sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 2011 in causa n. C-34/10, *Oliver Brüstle c. Greenpeace eV.*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 9821 e in questa *Rivista*, 2012, p. 477, con commento di P. STAZI, *La sentenza Brüstle e la brevettabilità di invenzioni implicanti l'utilizzo di cellule staminali embrionali umane*, p. 485 ss.

⁸⁸ Vedi E. BONADIO, *Biotech Patents and Morality after Brüstle*, in *European Intellectual Property Review*, 2012, 34(7).

⁸⁹ Per una introduzione agli aspetti tecnici in materia cfr. D. SCHERTENLEIB, *The patentability and protection of DNA-based inventions in the EPO and the European Union*, in *EIPR*, 2003, 125.

⁹⁰ EP 0699754.

⁹¹ EP 0705903.

⁹² EP 0705902.

in ricorsi dinanzi all'Ufficio europeo dei brevetti. Nel febbraio 2002, l'Institut Curie ed altri proponevano opposizione ai brevetti sul gene BRCA1 depositato nel 2001. Nell'agosto dello stesso anno un ancora più corposo "litisconsorzio"⁹³ presentò opposizione ad un altro brevetto sul gene BRCA1 intitolato «17q-linked breast and ovarian cancer susceptibility gene»⁹⁴. Tre anni dopo seguì la decisione della divisione di opposizione dell'EPO⁹⁵ di revocare il brevetto EP 699 754 (relativo al metodo diagnostico sulla predisposizione genetica al tumore alle ovaie e al seno): in particolare veniva riscontrata una serie di inadeguatezze relativamente alle rivendicazioni sulla descrizione dei geni, ma soprattutto veniva riscontrata carenza di attività inventiva. Nel novembre 2004, la Myriad cedette la propria parte di diritti alla University of Utah Research Foundation, mantenendo comunque una licenza esclusiva. Nel gennaio 2005, l'Università dello Utah propose ricorso dinanzi al Comitato di Appello Tecnico dell'EPO al fine di ottenere il ritiro della revoca sul brevetto EP 699 754. Nell'ottobre 2007, il Comitato di Appello Tecnico rigettò l'appello dell'Università e decise di revocare parzialmente il brevetto EP 705 902 relativo al BRCA1 e alle relative applicazioni⁹⁶. La Myriad quindi dovette rinunciare alle rivendicazioni su geni e mutazioni per riuscire ad ottenere un cambio di direzione da parte dell'EPO. La decisione produsse ovviamente effetto su tutte le richieste di brevetto presentate dalla Myriad sul gene BRCA1. La decisione mostra come l'EPO consideri il *testing* genetico e il collegamento fra una malattia ed una mutazione o uno spettro di mutazioni come brevettabile. Va sottolineato, inoltre, che il *leitmotiv* delle impugnazioni era la mancanza dei requisiti della novità e dell'attività inventiva e, a livello mediatico, le conseguenti perplessità sull'opportunità di rivendicazioni costruite sulla descrizione di geni⁹⁷. La principale delle ragioni per

⁹³ Gli opposenti francesi erano: Institut Curie, AP-HP and IGR, appoggiata dalla Federazione Nazionale dei Centri Oncologici francesi e della Federazione Ospedale di Francia, i Ministeri francesi della Salute e della Ricerca. Ad essi si aggiungevano: il Parlamento europeo, i centri belgi di genetica umana, la Associazioni di genetisti tedeschi, danesi, svizzeri, austriaci, italiani, finlandese e britannici, il Centro nazionale greco per la ricerca scientifica, l'Istituto svizzero per la ricerca sperimentale sul cancro, due gruppi di pazienti (Belgio e Olanda), i Ministeri della Salute austriaco e olandese, il Partito Social democratico svizzero - Greenpeace e il Dr. Wihelms.

⁹⁴ Vedi EP 705 902.

⁹⁵ *Institut Curie c. Myriad Genetics*, Camera di Opposizione - Ufficio Europeo Brevetti, 3 novembre 2004.

⁹⁶ *Method of Diagnosis/University of Utah* (T80/05) (EPO (Technical Board of Appeal); *Breast and Ovarian Cancer/University of Utah* (T1213/05) (EPO (Technical Board of Appeal), 27 settembre 2007.

⁹⁷ Estremamente interessante sull'argomento l'interrogazione di Bart Staes (Verts/ALE) alla Commissione europea del 5 marzo 2002 avente ad oggetto proprio il rilascio delle private in questione.

cui i brevetti Myriad subirono un "ridimensionamento" era per la discrepanza fra la sequenza descritta nei documenti attestanti la priorità del ritrovato e quella coperta poi da privativa nel brevetto depositato. In questo senso la persona "esperta" non avrebbe potuto derivare «directly and unambiguously»⁹⁸ l'oggetto del brevetto depositato sulla base dei documenti presentati per la priorità. Per motivi analoghi il "ridimensionamento" è continuato fino alla revoca del brevetto sul gene BRCA2 nel 2010⁹⁹.

5. Considerazioni conclusive

La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in esame è stata pronunciata all'unanimità. Leggendone il testo, si ha l'impressione che il caso fosse in realtà estremamente semplice, lineare, tanto da non essere necessarie più di diciotto pagine. Non sono presenti particolari citazioni, se non quelle dei pertinenti precedenti giurisprudenziali, né particolari riferimenti alla casistica sviluppatasi in seno allo USPTO, né tanto meno particolari analisi scientifiche (fatta eccezione per il Trattato di Watson sulla biologia molecolare del gene¹⁰⁰). Il contenuto della sentenza è altrettanto lineare: una singola stringa di DNA, anche se opportunamente isolata, non può in alcun modo essere oggetto di brevetto poiché non rispetta il criterio della «new composition of matter» fissato dalla sezione 101 dell'USC. All'opposto, una data sequenza di cDNA può ben essere oggetto di diritti esclusivi. Sul punto giova sottolineare che, per la Corte, il DNA ricombinante è DNA creato sinteticamente che differisce dall'informazione contenuta in natura, nel caso di specie, solo per il fatto di non avere introni. Esso è pertanto perfettamente brevettabile in conformità al principio della «nuova composizione di materia».

L'intervento della Corte Suprema è, in questo senso, il primo a definire in maniera netta la dicotomia cDNA-brevettabile/DNA-non brevettabile. La distinzione sembra ora maggiormente incentrata sul profilo della *new composition of matter*, ma è utile ricordare che hanno pari valenza tutti i criteri fissati dalla sezione 101, primo fra tutti la non ovvietà. Nel 2009, la Corte di Appello Federale, nel caso *In re Kubin*¹⁰¹, ha fornito una

⁹⁸ *Breast and Ovarian Cancer/University of Utah* (T1213/05) (EPO (Technical Board of Appeal), p. 32).

⁹⁹ Vedi Commissione di Ricorso Tecnico T 0902/07 - 3 marzo 2004 del 7 settembre 2010.

¹⁰⁰ Vedi J. D. WATSON ET AL., *Molecular Biology of the Gene*, 6th ed., Cold Spring Harbor Laboratory Press, 2008.

¹⁰¹ Vedi *In re Kubin*, 561 F.3d 1351 (Fed. Cir. 2009) [S89].

chiarissima interpretazione del principio in questione statuendo che «(1) knowing a lot about the protein a target gene encodes plus (2) general knowledge of the techniques for isolating and sequencing target genes renders the target gene itself obvious»¹⁰². Già dal 2009, lo spazio per brevettabilità era stato enormemente ristretto, data l'accertata non brevettabilità di singoli geni con proteine *target* conosciute.

Si osserva, per le susesposte ragioni, che lo spazio per nuovi brevetti su singoli geni di DNA, a seguito dell'ultimissima pronuncia della Corte Suprema, si è enormemente ristretto fino a chiudersi del tutto.

Prima di concludere si ritiene utile sottolineare talune conseguenze che la sentenza ha avuto nel breve periodo. La prima riguarda la rilevanza pratica della decisione stessa per la Myriad. Le azioni della Myriad hanno subito un discreto ribasso, ma a ben guardare la società ha subito più un danno di facciata che altro. Difatti, da quanto risulta dal giudizio della Corte Suprema più di tre quarti dei brevetti sui BRCA, non sono stati invalidati, quindi una larga fetta di diritti su sonde e cDNA rimangono perfettamente validi. I brevetti invalidati sarebbero comunque terminati nel 2015-2016. D'altra parte, per tutto il periodo di egemonia sui BRCA, la Myriad ha generato una copiosa quantità di dati sui risultati del *test*, dati ottenuti dai pazienti e che rappresentano un vantaggio unico nell'interpretazione di mutazioni, in particolare per quelle meno conosciute, o per quelle di cui non si ha ancora una precisa chiave di lettura¹⁰³. La decisione della Corte suprema non ha affatto pregiudicato tale enorme vantaggio.

Per quanto riguarda tutte le imprese interessate allo sfruttamento dei *test* diagnostici sui BRCA, non si può ritenere che la sentenza produca cambiamenti significativi. Considerando, infatti, che i brevetti invalidati sarebbero comunque spirati nell'arco dei prossimi due anni, è agevole notare che i potenziali concorrenti avrebbero comunque dovuto iniziare a predisporre tutte le attività utili per approfittare della fine del monopolio della Myriad. La sentenza, sotto tale profilo, avrebbe unicamente accelerato il decorso naturale dei brevetti sui BRCA e nemmeno di molto.

Per quanto riguarda la ricerca scientifica, non pare che la sentenza abbia avuto echi di rilievo; già da tempo, infatti, il mondo scientifico americano non sembrava curarsi dell'esistenza di una consolidata privativa in materia¹⁰⁴.

¹⁰² Vedi *In re Kubin*, cit. *supra*, nota 101, p. 6, par. 28.

¹⁰³ Le c.d. Variants of Uncertain Significance (VUS): cambiamenti imprevedibili nel messaggio, delezione ed inserzioni in frame, sostituzioni asimmetriche ed alterazioni nelle regioni non codificanti. Fonte <http://research.nhgri.nih.gov/bic/>.

¹⁰⁴ Interessanti al riguardo le Raccomandazioni dell'American College of Medical Genetics

D'altro canto, a prescindere dal breve periodo, occorre ribadire il punto fondamentale che emerge dalla sentenza in commento: la Corte Suprema non ha riconosciuto alcuna attività inventiva relativamente alle sequenze di DNA isolate e purificate. Questo implica un netto capovolgimento della prassi fino ad oggi tenuta dallo USPTO¹⁰⁵ e un sostanziale abbandono della dottrina della «purification and isolation».

Proprio in questo senso si pone la circolare distribuita il 13 giugno alle divisioni esaminatrici dello USPTO dove si legge «Myriad significantly changes the Office's examination policy regarding nucleic acid-related technology», nello specifico «The Court held that isolating a "gene from its surrounding genetic material is not an act of invention". The Supreme Court held that other claims are patent-eligible, because they are limited to cDNA, which is a type of man-made DNA composition that is not naturally-occurring. The Court held that cDNA is not a "product of nature" and is patent eligible under § 101. The USPTO is closely reviewing the decision in Myriad and will issue more comprehensive guidance on patent subject matter eligibility determinations, including the role isolation plays in those determinations¹⁰⁶».

Ad avviso di chi scrive, tutto ciò costituisce una specificazione dei dettami già espressi nella sentenza *Chakrabarty*. Una specificazione, tuttavia, rivoluzionaria che, già da subito, ha prodotto cambiamenti a livello di sistema e che, di fatto, dà impulso ad un indirizzo da cui difficilmente sarà possibile tornare indietro. Alla luce di queste considerazioni, non possiamo accogliere con favore la questione relativa al cDNA. La molecola brevettata dalla Myriad è sì un composto non rinvenibile in natura, ma l'attività inventiva che ha portato all'individuazione è così flebile che la stessa composizione e la stessa codifica sono suscettibili di verificarsi naturalmente seppur sia improbabile che accada¹⁰⁷.

and Genomics for Reporting of Incidental Findings in Clinical Exome and Genome Sequencing di Robert C. Green, MD, et al. dove si legge: «We also did not address issues of patents in making these recommendations». In altre parole, una delle maggiori organizzazioni nel campo ha emesso una raccomandazione (suscettibile quindi di divenire uno *standard* in materia) secondo la quale i propri membri nell'operazione di sequenziamento possono non tenere conto di questioni legate a brevetti.

¹⁰⁵ Vedi per un'attenta analisi sulla tipologia dei brevetti sui geni e delle tendenze sviluppate in materia in seno allo USPTO: J. A. ROSENFELD - C. E. MASON, *Pervasive sequence patents cover the entire human genome*, in *Genome Medicine* 2013, 5:27.

¹⁰⁶ Vedi il *Memorandum «Supreme Court Decision in Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, Inc»* distribuito il 13 giugno 2013 alle divisioni esaminatrici dello USPTO. Fonte http://www.uspto.gov/patents/law/exam/myriad_20130613.pdf.

¹⁰⁷ Vedi *supra*, nota n. 70.

Vietando la brevettabilità delle sequenze genetiche la Corte Suprema ha di fatto compiuto un balzo notevole, ma ritornare (proprio in un momento in cui sarebbe stato possibile oltrepassare) alla dottrina del «product of nature» rimane una soluzione per il breve periodo, che riduce le distanze, ma che non pone ancora i presupposti per una regolamentazione strutturale di un settore capace di svilupparsi esponenzialmente.

Difatti, sebbene sia stata statuita la non brevettabilità delle sequenze genetiche *sic et simpliciter*, rimane comunque una discreta zona grigia relativamente alle sequenze derivate da quelle preesistenti in natura o che presentino lievi difformità rispetto al modello originario (leggasi: naturale) così come per proteine e linee cellulari isolate e/o purificate dal corpo umano.

La questione non è di secondo rilievo e sarà di estremo interesse vedere quali saranno i passi che compirà lo USPTO nell'opera di ri-orientamento delle proprie *guideline* nel medio e lungo periodo e come le stesse si ripercuoteranno tanto sull'industria quanto sulla scienza.

Richiamando la metafora introduttiva, Achille accorcia incredibilmente le distanze, continua a non arrivare nel breve periodo alla tartaruga, può quasi vederla, e, sebbene il cambiamento delle condizioni della gara rendano il raggiungimento più possibile, i due avranno ancora, se non un'infinità, di sicuro ancora molta strada da percorrere.

Paolo Stazi*

SINTESI

L'articolo analizza la posizione della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Association for Molecular Pathology c. Myriad Genetics*. Nel caso in esame la Corte afferma la non brevettabilità delle sequenze genetiche inalterate seppur purificate ed isolate dal contesto preesistente.

L'articolo analizza la decisione ponendola a confronto con i precedenti giurisprudenziali della Corte, la prassi dell'Ufficio Statunitense Brevetti e infine con il quadro normativo e giurisprudenziale dell'Unione europea. La trattazione prosegue individuando le conseguenze della decisione della Corte nel breve e nel medio periodo, arrivando a concludere che di fatto la decisione in esame rappresenta un momento di svolta e, in piccola parte, un'occasione mancata

* Dottore in Giurisprudenza; Business Process Specialist / Novartis Vaccines and Diagnostics

ABSTRACT

This article provides an analysis of the position of the Supreme Court of the United States on the Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics case. In its ruling, the Court affirmed the non-patentability of naturally occurring gene sequences, including isolated and purified sequences.

The ruling is analyzed through comparison with the judicial precedents of the Court, the practices of the United States Patent & Trademark Office and the European Union regulatory and legal context. The treatise further marks out the consequences of the Court's decision in the short and medium term, coming to the conclusion that the decision at issue represents indeed a turning point and, to a small extent, a missed opportunity.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

LA NUOVA DISCIPLINA DEL «CONTROLLO DI FRONTIERA» PER UNA EFFICACE GESTIONE DELLE FRONTIERE ESTERNE

Regolamento (Ue) n. 610/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che modifica il Regolamento (Ce) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, i Regolamenti (Ce) n. 1683/95 e (Ce) n. 539/2001 del Consiglio e i Regolamenti (Ce) n. 767/2008 e (Ce) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio*

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'art. 77, par. 2,
vista la proposta della Commissione europea,
previa trasmissione del progetto di atto legislativo ai parlamenti nazionali,
deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria¹,
considerando quanto segue:

1. La politica dell'Unione europea nel settore delle frontiere esterne mira a una gestione integrata per garantire un livello elevato e uniforme di controllo e sorveglianza, necessario corollario alla libera circolazione delle persone nell'ambito dell'Unione e componente essenziale di uno spazio di libertà, sicurezza e

* In *Gu-Ue* n. L 182 del 29 giugno 2013, p. 1. In argomento v. *infra*, p. 705 ss., il commento di GIUSEPPE LICASTRO.

¹ Posizione del Parlamento europeo del 12 giugno 2013 (non ancora pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*) e decisione del Consiglio del 20 giugno 2013.

giustizia. A tal fine, dovrebbero essere istituite norme comuni in materia di criteri e procedure di controllo delle frontiere esterne, tenuto conto delle pressioni specifiche e sproporzionate cui sono sottoposti alcuni Stati membri alle rispettive frontiere esterne. Le norme dovrebbero essere governate dal principio di solidarietà tra Stati membri.

(*Omissis*)

5. Dopo vari anni di applicazione pratica è emersa la necessità di apportare alcune modifiche in base all'esperienza pratica degli Stati membri e della Commissione nell'applicazione del Regolamento (Ce) n. 562/2006, ai risultati delle valutazioni Schengen, alle relazioni e alle richieste degli Stati membri e agli sviluppi del diritto primario e secondario dell'Unione, nonché la necessità di chiarire e definire in modo più efficace i problemi tecnici critici.

(*Omissis*)

Hanno adottato il presente regolamento:

Articolo 1

Modifiche del Regolamento (Ce) n. 562/2006

Il Regolamento (Ce) n. 562/2006 è così modificato:

1. l'articolo 2 è così modificato: (*Omissis*)

e. è inserito il punto seguente:

«8 bis. "valico di frontiera condiviso": qualsiasi valico di frontiera situato sul territorio di uno Stato membro o su quello di un Paese terzo, in cui guardie di frontiera dello Stato membro e guardie di frontiera del Paese terzo effettuano verifiche in uscita e in entrata gli uni dopo gli altri conformemente al relativo diritto nazionale e ai sensi di un accordo bilaterale (...)».

(*Omissis*)

ALLEGATO I

Gli allegati del Regolamento (Ce) n. 562/2006 sono così modificati:

(*Omissis*)

4. l'allegato VI è così modificato:

a. il punto 1 è così modificato:

i. al punto 1.1., è aggiunto il punto seguente:

«1.1.4. Valichi di frontiera condivisi

1.1.4.1. Gli Stati membri possono concludere o mantenere accordi bilaterali con Paesi terzi confinanti sull'istituzione di valichi di frontiera condivisi, in cui le guardie di frontiera dello Stato membro e le guardie di frontiera del Paese terzo effettuano gli uni dopo gli altri verifiche all'ingresso e all'uscita conformemente al diritto nazionale, sul territorio dell'altra parte. I valichi di frontiera condivisi possono essere situati sul territorio dello Stato membro o sul territorio del Paese terzo.

1.1.4.2. Valichi di frontiera condivisi situati sul territorio dello Stato membro: gli accordi bilaterali che istituiscono valichi di frontiera condivisi situati sul territorio dello Stato membro autorizzano espressamente le guardie di frontiera del Paese terzo a esercitare le loro funzioni nello Stato membro rispettando i seguenti principi:

a. protezione internazionale: il cittadino di un Paese terzo che chiede protezione internazionale sul territorio dello Stato membro ha accesso alle pertinenti procedure dello Stato membro conformemente all'*acquis* unionale in materia di asilo; (*Omissis*)

1.1.4.3. Valichi di frontiera condivisi situati sul territorio del Paese terzo: gli accordi bilaterali che istituiscono valichi di frontiera condivisi situati sul territorio del Paese terzo autorizzano espressamente le guardie di frontiera dello Stato membro a esercitare le loro funzioni nel Paese terzo. Ai fini del presente regolamento, i controlli effettuati dalle guardie di frontiera degli Stati membri in un valico di frontiera condiviso situato sul territorio di un Paese terzo sono considerati effettuati sul territorio dello Stato membro interessato. Le guardie di frontiera degli Stati membri esercitano le loro funzioni in conformità del Regolamento (Ce) n. 562/2006 e nel rispetto dei seguenti principi:

a. protezione internazionale: il cittadino di un Paese terzo che ha superato il controllo all'uscita delle guardie di frontiera del Paese terzo e chiede successivamente protezione internazionale alle guardie di frontiera dello Stato membro presenti nel Paese terzo è autorizzato ad accedere alle pertinenti procedure degli Stati membri conformemente all'*acquis* unionale in materia di asilo. Le autorità del Paese terzo accettano il trasferimento dell'interessato nel territorio dello Stato membro; (*Omissis*)

1.1.4.4. Prima di concludere o di modificare qualunque accordo bilaterale sui valichi di frontiera condivisi con Paesi terzi vicini, lo Stato membro interessato consulta la Commissione sulla compatibilità dell'accordo con il pertinente diritto unionale. Gli accordi bilaterali preesistenti sono comunicati alla Commissione entro il 20 gennaio 2014.

Se ritiene l'accordo incompatibile con il pertinente diritto unionale, la Commissione lo notifica allo Stato membro interessato. Lo Stato membro compie tutti i passi necessari per modificare l'accordo entro un lasso di tempo ragionevole in modo da eliminare le incompatibilità riscontrate. (...)».

(*Omissis*)

VERSO UN «SISTEMA INTEGRATO DI GESTIONE DELLE FRONTIERE ESTERNE»?*

L'istituzione progressiva di un «sistema integrato di gestione delle frontiere esterne» (art. 77, par. 1, lett. c., TFUE) costituisce senza un dubbio un significativo, fondamentale *strumento* che consente di *sviluppare* e *rafforzare* ulteriormente un settore (ampio e variegato) davvero molto particolare.

Le "potenzialità" di questo *strumento* avrebbero potuto "manifestarsi" recentemente proprio nel *quadro* delle diverse modifiche apportate dal Regolamento (Ue) n. 610/2013¹ (anche) al «codice frontiere Schengen»² (da adesso in avanti semplicemente, codice), ossia un «codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle perso-

* Il presente contributo è pubblicato anche sulla rivista *Foroeuropa*, n. 4 - luglio agosto 2013, <http://www.foroeuropa.it/> (n.d.r.).

¹ Cfr. *Gu-Ue* n. L 182 del 29 giugno 2013, p. 1 ss. Particolarmente rilevante l'*inclusione* dell'art. 3 *bis* «Diritti fondamentali» (sulla *situazione* dei «diritti umani in Europa», con riferimento al «trattamento degli stranieri» v. anche A. CASSESE, *L'esperienza del male. Guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra. Conversazione con Giorgio Acquaviva*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 91-92; riguardo al «rapporto fra norme internazionali sul trattamento degli stranieri e norme internazionali sui diritti umani» v. R. PISILLO MAZZESCHI, *Sui rapporti fra diritti umani e diritti degli stranieri e dei migranti nell'ordinamento internazionale*, in ID. - P. PUSTORINO - A. VIVIANI (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 7 ss., in argomento v. anche A. CASSESE, *Diritto internazionale*, II ed., a cura di P. GAETA, Bologna, il Mulino, 2013, pp. 115-117): la norma *precisa* che «In sede di applicazione del presente regolamento, gli Stati membri agiscono nel pieno rispetto del pertinente diritto unionale, compresa la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (...), del pertinente diritto internazionale, compresa la convenzione relativa allo status dei rifugiati firmata a Ginevra il 28 luglio 1951 (...), degli obblighi inerenti all'accesso alla protezione internazionale, in particolare il principio di *non-refoulement* (non respingimento), e dei diritti fondamentali. (...)». Tale puntualizzazione, sembrerebbe, mediante una "*lettura* in combinato disposto": da un lato *rafforzare* il contenuto del secondo periodo dell'art. 13, par. 1, del codice concernente sostanzialmente i "*limiti*" al respingimento; dall'altro "*armonizzare*" la disciplina contemplata dall'art. 12 del codice riguardante la «sorveglianza di frontiera», segnatamente, l'«*insieme*" del nuovo contenuto del par. 1 del suddetto articolo introdotto proprio dal Regolamento (Ue) n. 610/2013.

² In dottrina, sul «codice frontiere Schengen» v. da ultimo il capitolo 3 (dal titolo) *The Schengen Borders Code*, p. 33 ss., nonché il capitolo 6 (dal titolo) *Other Border Control Measures*, p. 205 ss., del volume a cura di S. PEERS - E. GUILD - J. TOMKIN, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition. Vol. 1*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

ne» istituito dal Regolamento (Ce) n. 562/2006³ (in minima parte modificato anche dal Regolamento (Ue) n. 265/2010⁴), concernente non solo i principi fondamentali in materia, ma anche tutta una dettagliata serie di modalità da osservare durante l'esecuzione sia delle verifiche (relative, ad esempio, al rispetto delle precise condizioni stabilite per l'*ingresso* dei cittadini di Paesi terzi) sia della sorveglianza di frontiera (anche *tra* i valichi di frontiera): *verifiche* e *sorveglianza* di frontiera costituiscono infatti il c.d. «controllo di frontiera» (si tratta di «elementi fondamentali della gestione delle frontiere», così *statuisce* la parte prima del *catalogo Schengen* (UE) dedicata ai controlli alle frontiere esterne⁵). Occorre rammentare che il codice ha abrogato, ossia ha sostituito – con le corrispondenti disposizioni *ivi* previste nel titolo II (frontiere esterne) e nel titolo III (frontiere interne), nonché negli allegati – sia gli artt. 2-8 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen⁶ relativi all'attraversamento delle frontiere interne ed esterne sia il Manuale comune⁷ strumento di *complemento* per la gestione delle frontiere esterne.

Il *contenuto* del Regolamento (Ue) n. 610/2013 avrebbe potuto *incidere* significativamente nel "contesto" di un "meccanismo", *consolidato* nel corso del tempo, che prevede per un nuovo Stato membro l'applicazione dell'*acquis* di Schengen «in due fasi distinte»⁸: quindi l'applicazione in due fasi anche del codice che costituisce proprio uno *sviluppo* dell'*acquis* di Schengen integrato (all'epoca) nell'ordinamento dell'Unione europea⁹.

³ Cfr. *Gu-Ue* n. L 105 del 13 aprile 2006, p. 1 ss.

⁴ Cfr. *Gu-Ue* n. L 85 del 31 marzo 2010, p. 1 ss.

⁵ Cfr. il *catalogo Schengen* (UE) concernente i *controlli alle frontiere esterne*, il *rimpatrio* e la *riammissione* in doc. n. 7864/09 del Consiglio dell'Unione europea del 19 marzo 2009, p. 12.

⁶ Cfr. *Guce* n. L 239 del 22 settembre 2000, p. 19 ss. Sull'Accordo di Schengen e la relativa Convenzione di applicazione v. anche L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2000, rispettivamente: p. 80 ss., p. 88 ss.

⁷ Cfr. *Guce* n. C 313 del 16 dicembre 2002, p. 97 ss.

⁸ In argomento v. anche A. LANG, *L'Unione europea quale spazio senza frontiere interne: implicazioni per i cittadini dei paesi confinanti*, in C. FIAMINGO - E. GIUNCHI (a cura di), *Muri, confini, passaggi. Studi storico-politici e prospettive giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 249 ss.

⁹ Sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nonché il suo successivo *sviluppo* v., tra i tanti, G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, nuova ed. riveduta e aggiornata, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 75; B. NASCIMBENE, *Lo «spazio Schengen»: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1999, p. 309 ss.; F. PASTORE, *Forme e livelli di cooperazione internazionale nell'attività di controllo delle frontiere*, in IAI (a cura di), *Immigrazione e asilo nel quadro della politica italiana e nel contesto dell'Unione europea*, raccolta di saggi, Roma, 2000, p. 24; E. GUILD, *Moving the Borders of Europe*, Inaugural Lecture, University of Nijmegen, 2001, p. 13 ss., consultabile sul sito internet <http://cmr.jur.ru.nl/cmr/docs/oratie.eg.pdf>; Comitato parlamentare Schengen, Europol e immigrazione, *Documento conclusivo, approvato dal Comitato, dell'indagine conoscitiva sullo spazio Schengen nella nuova costruzione europea*, Roma, 26 gennaio 2006, p. 15 ss., consultabile sul sito internet http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stenbic/30/2006/0126/INTERO.pdf; G. CAGGIANO,

Più in particolare, appare opportuno qui riportare un *passo* di una rilevante, ancora attuale comunicazione della Commissione dal titolo «Verso una gestione integrata delle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea» che, con riferimento al suddetto "meccanismo", *esplicita*: «l'adesione all'Unione europea non significa automaticamente che un nuovo Stato membro sia autorizzato ad applicare l'integralità dell'*acquis* di Schengen, poiché a tal fine è necessaria una specifica decisione del Consiglio previa constatazione che lo Stato membro ha raggiunto il livello richiesto di sicurezza alle frontiere esterne»¹⁰ (che costituiscono, peraltro, le *nuove* frontiere esterne dell'Unione); infatti, con riferimento ovviamente al codice, la *prima* di questa delicata e complessa fase prevede solo l'*attuazione* di determinate disposizioni del titolo II (artt. 4-19) dedicato proprio alla disciplina relativa alle frontiere *esterne* (appare qui *utile* ricordare sinteticamente che l'allegato II dell'atto di adesione della Croazia all'Unione europea, dedito *all'elenco delle disposizioni dell'acquis di Schengen (...)*¹¹, ha previsto proprio la disciplina appena illustrata); l'*attuazione* delle disposizioni del titolo III (artt. 20-31), quindi sostanzialmente l'*opportunità* di abolire gradualmente il controllo di frontiera alle *frontiere interne* (da ritenere però nel corso della *prima* fase «frontiere esterne temporanee»: v. art. 17, par. 1, del codice), conformemente all'*obiettivo* all'epoca "riaffermato" dalla Convenzione di applicazione dell'*accordo di Schengen*¹² – appunto – la «soppressione dei controlli sulla circolazione delle persone alle frontiere [denominate all'epoca] comuni»,

Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia, in *Studi integr. eur.*, 1, 2008, p. 127 ss.; M. CONDINANZI - A. LANG - B. NASCIBENE, *Citizenship of the Union and Freedom of Movement of Persons*, Boston-Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 216 ss.; A. LANG, *L'Unione europea quale spazio senza frontiere interne: implicazioni per i cittadini dei paesi confinanti*, in C. FIAMINGO - E. GIUNCHI (a cura di), *Muri, confini, passaggi*, cit. *supra*, nota 8, p. 248 ss.; M. DI FILIPPO, *Controllo delle frontiere e ruolo della cooperazione internazionale*, in A. M. CALAMIA - M. DI FILIPPO - M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, Cedam, 2012, pp. 137-138.

¹⁰ Cfr. doc. Com(2002) 233 definitivo, del 7 maggio 2002, p. 5.

¹¹ Cfr. *Gu-Ue* n. L 112 del 24 aprile 2012, p. 40, prima alinea.

¹² Vale la pena ricordare che il suddetto *obiettivo* è stato sommariamente "valutato" da F. PASTORE, nel corso dell'accattivante disamina concernente «il rapporto complesso e contraddittorio che lega l'Europa (...) alle dinamiche migratorie internazionali» dal titolo *L'Europa di fronte alle migrazioni. Divergenze strutturali, convergenze settoriali* in *Quaderni di sociologia*, Vol. L, n. 40, 2006, p. 7 ss., una «tappa importante» contemplata (appunto) dall'*accordo di Schengen* «ma non la prima, di un lungo e complesso processo di integrazione settoriale (...)» (cfr., *ivi*, p. 14, nota 10); l'Autore infatti ha rinviato (più) opportunamente al suo contributo *Visas, Borders, Immigration: Formation, Structure and Current Evolution of the EU Entry Control System*, in N. WALKER (ed.), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 89 ss. (cfr. *ibidem*).

dipende invece dalla suddetta decisione del Consiglio che consente – quindi – il passaggio alla *seconda* fase.

Il summenzionato "meccanismo" avrebbe potuto essere ulteriormente "perfezionato" attraverso l'*inclusione*, nel contesto dell'art. 17 del codice dedicato al «Controllo congiunto», che (già) si riferisce (però) *genericamente* all'attuazione in *due fasi* dell'*acquis* di Schengen¹³, di una puntuale disposizione di *contenuto* e *portata* "ampia" tale da *esplicitare* le *norme* del titolo II del codice da applicare durante la *prima* fase di attuazione dell'*acquis* di Schengen anche nel "contesto" della disciplina *introdotta* (appunto) dal Regolamento (Ue) n. 610/2013 concernente la *possibilità* di istituire «valichi di frontiera condivisi», naturalmente alla frontiera terrestre, con Paesi terzi *limitrofi*: si tratta della rilevante *possibilità* di concludere o *mantenere* accordi bilaterali di *cooperazione* Stati membri-Paesi terzi limitrofi – da sottoporre necessariamente al vaglio della Commissione – nel quadro ovviamente del «controllo di frontiera», tesi all'istituzione di «valichi di frontiera condivisi» vale a dire «qualsiasi valico di frontiera situato sul territorio di uno Stato membro o su quello di un paese terzo, in cui guardie di frontiera dello Stato membro e guardie di frontiera del paese terzo effettuano verifiche in uscita e in entrata gli uni dopo gli altri conformemente al relativo diritto nazionale e ai sensi di un accordo bilaterale» (punto 8 *bis* dell'art. 2 del codice, introdotto dal Regolamento (Ue) n. 610/2013, che *definisce* la "nozione" di *valico di frontiera condiviso*). Il *contenuto* e la *portata* di detta disposizione da *includere*, avrebbe potuto "agire", segnatamente, sul *punto* 1.1.4.3. dell'allegato VI «valichi di frontiera condivisi situati sul territorio del paese terzo» mediante una puntuale chiarificazione delle *norme* del titolo II da applicare – da parte delle guardie di frontiera dello Stato membro – durante la suddetta *prima* fase, al fine di "comporre" una disciplina uniforme di un *punto* peculiare dell'alle-

¹³ Cfr. la corposa *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce un «codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone»*, Com(2004) 391 definitivo, del 26 maggio 2004, p. 24. Occorre *tenere presente* che tale "proposta" è stata considerata rilevante nel corso della puntuale nonché attuale *relazione* di R. PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Atti del IX Convegno della SIDI (Roma, 17-18 giugno 2004), Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, p. 345 ss., specificatamente pp. 356-359, sviluppata prendendo in esame diversi *settori* (naturalmente anche il settore *frontiere*): la summenzionata proposta è stata appunto ritenuta un «provvedimento significativo» nel contesto dello *sviluppo* di una «politica comune di gestione integrata delle frontiere esterne» poiché – *incipit* iniziale – il «controllo» e la «gestione efficace delle frontiere esterne» costituiscono «un primo importante fattore di prevenzione dell'immigrazione clandestina e di lotta contro il traffico illecito di migranti e la tratta di esseri umani» cfr. *ivi*, p. 356.

gato VI del codice¹⁴ che si caratterizza, ulteriormente, per quanto concerne il profilo della *territorialità*¹⁵ poiché «i controlli effettuati dalle guardie di frontiera degli Stati membri in un valico di frontiera condiviso situato sul territorio di un paese terzo sono considerati effettuati sul territorio dello Stato membro interessato».

Tale *inclusione* avrebbe potuto costituire, indubbiamente, una significativa *azione* verso la progressiva "costruzione" di un «sistema integrato di gestione delle frontiere esterne».

Giuseppe Licastro*

SINTESI

Questa nota tratta della "gestione integrata delle frontiere" a livello UE, in particolare: "costruzione" (?) di un «sistema integrato di gestione delle frontiere esterne».

ABSTRACT

This note discusses of "integrated border management" at EU level, in particular: "construction" (?) of an «integrated management system for external borders».

¹⁴ Occorre succintamente evidenziare che il summenzionato *punto* ha subito un significativo "mutamento" rispetto alla versione contemplata nella *proposta* di modifica del 2011 (v. doc. Com(2011)118 definitivo, del 10 marzo 2011, pp. 24-25): *versione* appunto esaminata da G. LICASTRO, *L'evoluzione del "controllo di frontiera": i «valichi di frontiera condivisi»*, in questa *Rivista*, 4, 2011, p. 769 ss. (ivi riferimenti bibliografici), specificamente p. 771.

¹⁵ Appare interessante richiamare lo studio di P. COSTA, *Riflessioni su alcuni aspetti teorici della territorialità*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2013, consultabile in www.costituzionalismo.it, che *rievoca* (anche) il pensiero di H. Kelsen e T. PERASSI. Riguardo il pensiero dell'illustre giurista HANS Kelsen, in argomento, v. anche l'opera *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Edizioni di Comunità, 1952, particolarmente p. 211 ss.; si tratta della traduzione di SERGIO COTTA e GIUSEPPINO TREVES del volume dal titolo *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945.

* Dottore in giurisprudenza

CONSIGLIO EUROPEO*

Conclusioni del Consiglio europeo, 19-20 dicembre 2013

Per la prima volta, dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio europeo ha tenuto un dibattito tematico sulla difesa, individuando azioni prioritarie per una cooperazione più forte. Il dibattito è stato preceduto da una riunione con il segretario generale della NATO. Questi ha esposto la sua valutazione delle sfide attuali e future in materia di sicurezza e ha accolto con favore gli sforzi e gli impegni in atto dell'UE e dei suoi Stati membri, compatibili con quelli della NATO e dai quali la NATO stessa trae beneficio.

Il Consiglio europeo si compiace dell'orientamento generale raggiunto dal Consiglio sul meccanismo unico di risoluzione delle crisi, che costituirà una pietra angolare dell'unione bancaria. Il Consiglio europeo ha esaminato la situazione economica e i progressi realizzati nell'attuazione del patto per la crescita, l'occupazione e la competitività. Il Consiglio europeo ha inoltre individuato le caratteristiche principali dei partenariati per la crescita, l'occupazione e la competitività a sostegno delle riforme strutturali, nella prospettiva di concludere le discussioni entro l'ottobre del prossimo anno.

I. Politica di sicurezza e di difesa comune

1. La difesa è importante. Una politica di sicurezza e di difesa comune efficace aiuta a rafforzare la sicurezza dei cittadini europei e contribuisce alla pace e alla stabilità nei paesi vicini e nel mondo più in generale. Tuttavia, l'ambiente strategico e geopolitico europeo è in rapida evoluzione. In Europa i bilanci per la difesa sono sottoposti a vincoli che limitano la capacità di sviluppare, dispiegare e sostenere le capacità militari. La frammentazione dei mercati europei della difesa compromette la sostenibilità e la competitività dell'industria europea della difesa e della sicurezza.

2. L'UE e i suoi Stati membri devono assumere maggiori responsabilità per rispondere a tali sfide se vogliono contribuire a mantenere la pace e la sicurezza tramite la PSDC insieme ai *partner* chiave quali le Nazioni Unite e la NATO. La politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC) continuerà a svilupparsi in piena

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo è reperibile sul sito internet <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx?lang=it> (n.d.r.).

complementarità con la NATO nel quadro concertato del partenariato strategico fra l'UE e la NATO e nel rispetto dell'autonomia e delle procedure decisionali di ciascuno, il che significa che si deve disporre dei mezzi necessari e mantenere un livello sufficiente di investimenti. Oggi il Consiglio europeo assume il forte impegno di sviluppare ulteriormente una PSDC credibile ed efficace in conformità del trattato di Lisbona e delle opportunità che esso offre. Il Consiglio europeo invita gli Stati membri ad approfondire la cooperazione in materia di difesa migliorando la capacità di condurre missioni e operazioni e sfruttando appieno le sinergie al fine di migliorare lo sviluppo e la disponibilità delle necessarie capacità civili e militari, con il sostegno di una base industriale e tecnologica di difesa europea (EDITB) più integrata, sostenibile, innovativa e competitiva. Ciò avrà ricadute positive anche in termini di crescita, posti di lavoro e innovazione per il settore industriale europeo in generale.

3. In risposta alle conclusioni del Consiglio europeo del dicembre 2012, importanti lavori sono stati intrapresi dalla Commissione, dall'alto rappresentante, dall'Agenzia europea per la difesa e dagli Stati membri. Il 25 novembre 2013 il Consiglio ha adottato conclusioni sostanziali, che il Consiglio europeo approva.

4. Su tale base il Consiglio europeo ha individuato una serie di azioni prioritarie costruite intorno a tre assi: aumentare l'efficacia, la visibilità e l'impatto della PSDC; potenziare lo sviluppo delle capacità e rafforzare l'industria europea della difesa.

a. Aumentare l'efficacia, la visibilità e l'impatto della PSDC (*Omissis*)

b. Potenziare lo sviluppo delle capacità (*Omissis*)

c. Rafforzare l'industria europea della difesa (*Omissis*)

Un mercato della difesa ben funzionante e basato sull'apertura, sulla parità di trattamento e di opportunità e sulla trasparenza per tutti i fornitori europei è fondamentale. Il Consiglio europeo accoglie con favore la comunicazione della Commissione intitolata "Verso un settore della difesa e della sicurezza più concorrenziale ed efficiente". Prende atto dell'intenzione della Commissione di elaborare, in stretta cooperazione con l'alto rappresentante e l'Agenzia europea per la difesa, una tabella di marcia per la sua attuazione. Sottolinea l'importanza di garantire la piena e corretta attuazione ed applicazione delle due direttive in materia di difesa del 2009, tra l'altro al fine di aprire il mercato ai subappaltatori di tutta Europa, assicurare economie di scala e consentire una migliore circolazione dei prodotti della difesa.

*Ricerca - duplice uso (*Omissis*)*

*Certificazione e normazione (*Omissis*)*

PMI (Omissis)

Sicurezza dell'approvvigionamento (Omissis)

d. Prossimi passi

22. Il Consiglio europeo invita il Consiglio, la Commissione, l'alto rappresentante, l'Agenzia europea per la difesa e gli Stati membri, nelle rispettive sfere di competenza, ad adottare misure risolutive e verificabili per attuare gli orientamenti suesposti. Il Consiglio europeo valuterà i progressi concreti su tutte le questioni nel giugno 2015 e fornirà ulteriori orientamenti sulla base di una relazione del Consiglio fondata su contributi della Commissione, dell'alto rappresentante e dell'Agenzia europea per la difesa.

II. Politica economica e sociale

23. Il Consiglio europeo accoglie con favore l'analisi annuale della crescita 2014 e la relazione sul meccanismo di allerta presentate dalla Commissione. Riconosce che, sebbene la ripresa economica sia ancora modesta, non uniforme e fragile, le prospettive economiche stanno diventando gradualmente più positive. Il risanamento di bilancio differenziato e favorevole alla crescita, il riequilibrio interno e il risanamento dei bilanci delle banche registrano tutti ulteriori progressi. La disoccupazione si è stabilizzata, anche se a livelli inaccettabilmente elevati. Nel 2014 e 2015 la ripresa economica e la creazione di posti di lavoro saranno sostenute da un'attuazione decisa e ambiziosa delle politiche concordate.

24. Gli Stati membri e l'Unione europea continueranno ad agire in modo determinato per promuovere la crescita sostenibile, l'occupazione e la competitività in conformità alle cinque priorità indicate nell'analisi annuale della crescita.

25. L'analisi annuale della crescita individua settori in cui si pongono sfide importanti ed è necessario compiere ulteriori progressi. È opportuno prestare un'attenzione specifica al rafforzamento del funzionamento e della flessibilità del mercato unico di prodotti e servizi, al miglioramento del clima imprenditoriale e all'ulteriore risanamento dei bilanci delle banche al fine di affrontare la frammentazione finanziaria e di ripristinare la normale erogazione di prestiti all'economia. Azioni prioritarie dovrebbero essere: rafforzare la competitività, sostenere la creazione di posti di lavoro e combattere la disoccupazione, in particolare la disoccupazione giovanile anche tramite la piena attuazione della garanzia per i giovani, e dare seguito a riforme del funzionamento del mercato del lavoro.

Le politiche dovrebbero puntare, in particolare, a:

- rafforzare gli incentivi, fiscali e di altro tipo, alla creazione di posti di lavoro, anche alleggerendo il carico fiscale sul lavoro;
- allungare la vita lavorativa, aumentare la partecipazione al mercato del lavoro, accelerare l'attuazione di misure attive per il mercato del lavoro e continuare a modernizzare i sistemi di istruzione e formazione, apprendimento lungo tutto l'arco della vita e formazione professionale compresi;

- assicurare che il costo del lavoro evolva in funzione di incrementi della produttività;
- affrontare il divario tra domanda e offerta di competenze;
- accrescere la mobilità della forza lavoro.

Restano cruciali politiche atte a favorire l'innovazione e a generare incrementi di produttività.

Attuazione del patto per la crescita e l'occupazione (Omissis)

III. Unione economica e monetaria

28. Dalla presentazione, nel dicembre scorso, della relazione "Verso un'autentica Unione economica e monetaria" sono proseguiti i lavori sui quattro elementi costitutivi per rafforzare l'architettura dell'Unione economica e monetaria (UEM). Il Consiglio europeo ha incentrato le discussioni sull'unione bancaria ed economica. Tale processo si basa sul quadro istituzionale dell'UE, nel pieno rispetto dell'integrità del mercato unico, assicurando nel contempo condizioni di parità tra gli Stati membri dell'UE. Sarà aperto e trasparente nei confronti degli Stati membri che non usano la moneta unica.

Unione bancaria (Omissis)

Partenariati per la crescita, l'occupazione e la competitività (Omissis)

Dimensione sociale dell'UEM (Omissis)

IV. Flussi migratori

41. Il Consiglio europeo ha discusso la relazione della presidenza sui lavori della task force "Mediterraneo" a seguito delle tragedie avvenute di recente al largo della costa di Lampedusa. Il Consiglio europeo ribadisce di essere determinato a ridurre il rischio che nuove tragedie di questa natura si ripetano in futuro.

Il Consiglio europeo accoglie con favore la comunicazione della Commissione che delinea trentotto azioni operative. Il Consiglio europeo chiede di mobilitare tutti gli sforzi per realizzare le azioni proposte nella comunicazione secondo un calendario preciso indicato dalla Commissione. Un dialogo più intenso con i paesi terzi al fine di evitare che i migranti intraprendano viaggi pericolosi verso l'Unione europea dovrebbe essere una priorità. Le campagne di informazione, i programmi di protezione regionale, i partenariati per la mobilità e un'efficace politica di rimpatrio sono elementi importanti di questo approccio globale. Il Consiglio europeo ribadisce l'importanza che attribuisce al reinsediamento delle persone che necessitano di protezione e al fatto di contribuire alle iniziative globali in questo campo. Chiede altresì il rafforzamento delle operazioni di sorveglianza

delle frontiere e delle attività di lotta contro la tratta e il traffico di esseri umani svolte da FRONTEX, nonché di assicurare che si dimostri la dovuta solidarietà a tutti gli Stati membri sottoposti a una forte pressione migratoria.

42. Il Consiglio europeo invita il Consiglio a controllare con regolarità la realizzazione delle azioni. Ritournerà sulla questione dell'asilo e della migrazione in una prospettiva più ampia e più a lungo termine nel giugno del 2014, quando saranno definiti orientamenti strategici per l'ulteriore programmazione legislativa ed operativa nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Prima di tale riunione, la Commissione è invitata a riferire al Consiglio sulla realizzazione delle azioni delineate nella comunicazione.

V. Allargamento e processo di stabilizzazione e di associazione (*Omissis*)

VI. Relazioni esterne

*Nona conferenza ministeriale dell'OMC (*Omissis*)*

*Siria (*Omissis*)*

*Repubblica Centrafricana (*Omissis*)*

*Partenariato orientale (*Omissis*)*

VII. Altre questioni

*Energia (*Omissis*)*

*Strategia dell'UE per la regione alpina (*Omissis*)*

DOCUMENTAZIONE

OCCORRE EVITARE ALTRI DANNI AL SITO DI POMPEI

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage

Decisions adopted by the World Heritage Committee at its 37th session (Phnom Penh, 2013)*

(Omissis)

77. Archaeological Areas of Pompei, Herculaneum and Torre Annunziata (Italy) (C 829) - Decision 37 COM 7B.77

The World Heritage Committee,

1. Having examined Document WHC-13/37.COM/7B.Add,
2. Recalling Decisions 35 COM 7B.96 and 36 COM 7C, adopted at its 35th (UNESCO, 2011) and 36th (Saint-Petersburg, 2012) sessions respectively,
3. Takes note of the numerous initiatives put in place by the State Party, including the «Great Pompeii Project», supported by the European Commission, and the «Towards a system of Governance» project;
4. Notes requests that a joint World Heritage Centre/ICOMOS reactive monitoring mission to the property took place in January 2013 and the State Party to implement the recommendations of the mission, in particular:
 - a. finalize the new management plan, with the involvement of all the authorities in charge at different levels, different stakeholders and the community, and

* World Heritage Committee - Thirty-seventh session - Phnom Penh, Cambodia, 16 - 27 June 2013. World Heritage 37 COM. WHC-13/37.COM/20 - Paris, 5 July 2013 - Original: English / French. Il testo integrale della decisione è reperibile sul sito internet <http://whc.unesco.org/en/soc/1964> (n.d.r.). In argomento v. *infra*, p. 723 ss., il commento di CLAUDIA MIGLIORATI.

submit it to the World Heritage Centre for review by the Advisory Bodies by 1 February 2014,

b. include in the new management plan a public use plan and a risk management plan, as well as provisions to regulate and control development at the vicinity of the property,

c. ensure, through the new management plan, that adequate qualified staff, contractors and funds are allocated for the supervision and maintenance of the site,

d. officially submit the proposal of the new buffer zone to the World Heritage Centre, by 1 February 2014, in accordance with Paragraphs 163-165 of the Operational Guidelines,

e. closely monitor the quality of work in the interventions to be done in the framework of the «Great Pompeii Project» and the daily maintenance of the site;

5. Also requests the State Party to inform the World Heritage Centre regularly and in due time about any project planned in accordance with Paragraph 172 of the Operational Guidelines;

6. Further requests the State Party to invite a joint World Heritage Centre/ICOMOS reactive monitoring mission in 2014-2015 in order to assess the progress achieved in implementing the measures outlined above;

7. Requests furthermore the State Party to submit to the World Heritage Centre a progress report by 1 February 2014, and an updated report on the state of conservation of the property and the implementation of the above by 1 February 2015, for examination by the World Heritage Committee at its 39th session in 2015, with a view to considering, in the absence of substantial progress, the possible inscription of the property on the List of World Heritage in Danger.

(Omissis)

D.L. n. 34 del 31 marzo 2011 - Disposizioni urgenti in favore della cultura, in materia di incroci tra settori della stampa e della televisione, di razionalizzazione dello spettro radioelettrico, di abrogazione di disposizioni relative alla realizzazione di nuovi impianti nucleari, di partecipazioni della Cassa depositi e prestiti, nonché per gli enti del Servizio sanitario nazionale della regione Abruzzo¹

*Articolo 2 - Potenziamento delle funzioni di tutela
dell'area archeologica di Pompei²*

1. Al fine di rafforzare l'efficacia delle azioni e degli interventi di tutela nell'area archeologica di Pompei e nei luoghi ricadenti nella competenza territoriale

¹ Titolo così modificato dalla legge di conversione n. 75 del 26 maggio 2011, in *Guri* n. 122 del 27 maggio 2011. In *Guri* n. 74 del 31 marzo 2011. Il testo completo del provvedimento, coordinato con la legge di conversione e le successive modifiche, è reperibile sul sito internet www.normattiva.it

² Cfr. anche l'art. 1, del d.l. n. 91 dell'8 agosto 2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 112 del 7 ottobre 2013.

della Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Napoli e di Pompei, il Ministro per i beni e le attività culturali adotta, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, un programma straordinario e urgente di interventi conservativi di prevenzione, manutenzione e restauro da realizzarsi nelle suddette aree. Il piano è predisposto dalla competente Soprintendenza ed è proposto dal Direttore generale per le antichità, previo parere del Consiglio superiore per i beni culturali e paesaggistici.

2. Per la realizzazione del programma di cui al comma 1 si provvede anche mediante l'utilizzo di risorse derivanti dal fondo per le aree sottoutilizzate (F.A.S.), di cui all'art. 61 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e successive modificazioni, destinati alla regione Campania, nonché di una quota dei fondi disponibili nel bilancio della Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Napoli e di Pompei, determinata con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali. La quota da destinare al programma straordinario di manutenzione da parte della regione Campania è individuata dalla Regione medesima nell'ambito del Programma di interesse strategico regionale (PAR) da sottoporre al CIPE per l'approvazione³.

3. Per il conseguimento degli obiettivi e per la realizzazione del programma di cui al comma 1 è autorizzata l'assunzione, in deroga alle disposizioni di cui all'art. 2, commi 8-bis e 8-quater, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, e di cui all'art. 1, commi 3 e 4, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, mediante l'utilizzazione di graduatorie in corso di validità, di personale di III area, posizione economica F1, nel limite di spesa di euro 900.000 annui a decorrere dall'anno 2011. Tale personale è vincolato alla permanenza presso le sedi di servizio della Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Napoli e di Pompei per almeno un quinquennio dalla data di assunzione. È altresì autorizzata, in deroga alle medesime disposizioni di cui al primo periodo, l'assunzione di ulteriore personale specializzato, anche dirigenziale, mediante l'utilizzazione di graduatorie in corso di validità, nel limite delle ordinarie facoltà assunzionali consentite per l'anno 2011 dalla normativa vigente, da destinare all'espletamento di funzioni di tutela del patrimonio culturale. (*Omissis*).

4. La Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Napoli e di Pompei, ai fini dell'attuazione del programma di cui al comma 1, può altresì avvalersi, nel rispetto dei principi e delle disposizioni di fonte comunitaria, della società ALES S.p.A., interamente partecipata dallo Stato, mediante stipula di un'apposita convenzione, nell'ambito delle risorse disponibili, per l'affidamento diretto di servizi tecnici, anche afferenti alla fase di realizzazione degli interventi in attuazione del programma di cui al comma 1.

5. Al fine della realizzazione del programma di cui al comma 1, i termini minimi stabiliti dagli artt. 70, 71, 72 e 79 del dlgs 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, sono ridotti della metà. Per l'affidamento dei lavori compresi nel programma è sufficiente il livello di progettazione preliminare, in deroga all'art.

³ Comma così modificato dall'art. 1, comma 1, della legge di conversione n. 75 del 26 maggio 2011, in *Guri* n. 122 del 27 maggio 2011.

203, comma 3-*bis*, del citato dlgs n. 163 del 2006, salvo che il responsabile del procedimento ritenga motivatamente la necessità di acquisire un maggiore livello di definizione progettuale.

6. Gli interventi previsti dal programma di cui al comma 1 ricadenti all'esterno del perimetro delle aree archeologiche sono dichiarati di pubblica utilità, indifferibili e urgenti e possono essere realizzati, ove occorra, in deroga alle previsioni degli strumenti di pianificazione urbanistica e territoriali vigenti, sentiti la Regione e il Comune territorialmente competente.

7. Allo scopo di favorire l'apporto di risorse provenienti da soggetti privati per l'esecuzione dei lavori, dei servizi e delle forniture di cui al comma 1, gli obblighi di pubblicità, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, previsti dagli artt. 26 e 27 del codice dei contratti pubblici, di cui al dlgs 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, per i contratti di sponsorizzazione finalizzati all'acquisizione di risorse finanziarie o alla realizzazione degli interventi ricompresi nel programma straordinario di cui al comma 1, si considerano assolti con la pubblicazione di un avviso pubblico nella *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* e, ove occorrente, nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*, nonché su due quotidiani a diffusione nazionale, per almeno trenta giorni, contenente un elenco degli interventi da realizzare, con l'indicazione dell'importo di massima stimato previsto per ciascuno intervento. In caso di presentazione di una pluralità di proposte di sponsorizzazione, la Soprintendenza provvede ad assegnare a ciascun candidato gli specifici interventi, definendo le correlate modalità di valorizzazione del marchio o dell'immagine aziendale dello *sponsor*, secondo quanto previsto dall'art. 120 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al dlgs 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni. In caso di mancata o insufficiente presentazione di candidature, il Soprintendente può ricercare ulteriori *sponsor*, senza altre formalità e anche mediante trattativa privata.

8. In deroga a quanto previsto dall'art. 4, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 29 maggio 2003, n. 240, al fine di assicurare l'equilibrio finanziario delle Soprintendenze speciali ed autonome, nonché il reintegro degli stanziamenti di bilancio dello stato di previsione della spesa del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, il Ministro per i beni e le attività culturali, con proprio decreto, può disporre trasferimenti di risorse tra le disponibilità depositate sui conti di tesoreria delle Soprintendenze medesime, in relazione alle rispettive esigenze finanziarie, comunque assicurando l'assolvimento degli impegni già presi su dette disponibilità, o versamenti all'entrata del bilancio dello Stato, per i quali il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato con propri decreti ad apportare le occorrenti variazioni di bilancio, ai fini della loro riassegnazione, in aggiunta agli ordinari stanziamenti di bilancio, allo stato di previsione della spesa del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo per l'attività di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale⁴.

⁴ Comma così modificato dall'art. 40, comma 1, del d.l. n. 69 del 21 giugno 2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 98 del 9 agosto 2013.

D.L. n. 91 dell'8 agosto 2013 - Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo⁵

Capo I

**Disposizioni urgenti per la tutela, il restauro
e la valorizzazione del patrimonio culturale italiano**

Articolo 1 - Disposizioni urgenti per accelerare la realizzazione del Grande Progetto Pompei e per la rigenerazione urbana, la riqualificazione ambientale e la valorizzazione delle aree interessate dall'itinerario turistico-culturale dell'area pompeiana e stabiese, nonché per la valorizzazione di Pompei, della Reggia di Caserta, del Polo Museale di Napoli e per la promozione del percorso turistico-culturale delle residenze borboniche

1. Al fine di potenziare ulteriormente le funzioni di tutela dell'area archeologica di Pompei, di rafforzare l'efficacia delle azioni e di accelerare gli interventi di tutela e di valorizzazione del sito affidati all'attuazione del Grande Progetto Pompei approvato dalla Commissione europea con la Decisione n. C(2012) 2154 del 29 marzo 2012, nel quadro del programma straordinario e urgente di interventi conservativi di prevenzione, manutenzione e restauro di cui all'art. 2 del decreto-legge 31 marzo 2011, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 maggio 2011, n. 75, il Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, nomina con proprio decreto, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, un rappresentante della realizzazione del Grande Progetto e del programma straordinario, denominato «direttore generale di progetto», nonché un vice direttore generale vicario, in possesso dei seguenti requisiti: appartenenza al personale di ruolo delle amministrazioni dello Stato di cui all'art. 1, comma 2, del dlgs 30 marzo 2001, n. 165; comprovata competenza ed esperienza pluriennale; assenza di condanne passate in giudicato per reati contro la pubblica amministrazione. *(Omissis)* Ferme restando le funzioni, i compiti e le attribuzioni della Soprintendenza competente in ordine alla gestione ordinaria del sito e quale beneficiario finale degli interventi ordinari e straordinari attuati nell'ambito del sito medesimo, e in stretto raccordo con essa, il «direttore generale di progetto»⁶:

a. definisce e approva gli elaborati progettuali degli interventi di messa in sicurezza, restauro, e valorizzazione previsti nel quadro della realizzazione del «Grande Progetto Pompei»;

⁵ In *Guri* n. 186 del 9 agosto 2013.

⁶ Il primo e il secondo periodo del comma 1 dell'art. 1 sono stati modificati dalla legge di conversione n. 112 del 7 ottobre 2013, in *Guri* n. 236 dell'8 ottobre 2013. Il testo completo del provvedimento, coordinato con la legge di conversione e le successive modifiche, è reperibile sul sito internet www.normattiva.it.

b. assicura l'efficace e tempestivo svolgimento delle procedure di gara dirette all'affidamento dei lavori e all'appalto dei servizi e delle forniture necessari alla realizzazione del «Grande Progetto Pompei», assumendo le funzioni di stazione appaltante, provvedendo a individuare e a dare esecuzione a tutte le misure atte ad accelerare gli affidamenti e seguendo la fase di attuazione ed esecuzione dei relativi contratti, anche avvalendosi, attraverso il Dipartimento per lo sviluppo e la coesione economica, del supporto fornito alla progettazione e all'attuazione degli interventi dall'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti per lo sviluppo di impresa Spa di cui al dlgs 9 gennaio 1999, n. 1, e successive modificazioni, anche con riferimento, ove necessario per l'accelerazione degli affidamenti di cui alla presente lettera, alle sue funzioni di centrale di committenza di cui all'art. 55-bis del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, nonché di altri soggetti terzi;

c. assicura la più efficace gestione del servizio di pubblica fruizione e di valorizzazione del sito archeologico, predisponendo la documentazione degli atti di gara e seguendo la fase di attuazione ed esecuzione dei relativi contratti;

d. assume direttive atte a migliorare l'efficace conduzione del sito, definendo obiettivi e modalità per assicurare il rafforzamento delle competenze e del contributo del complesso del personale della Soprintendenza agli obiettivi di miglioramento delle condizioni di fruizione e valorizzazione del sito;

e. provvede ad assicurare le condizioni di supporto organizzativo e amministrativo alle attività di tutela e di valorizzazione di competenza della Soprintendenza;

f. svolge le funzioni di cui lettere *a.*, *b.* e *c.* sentito il Comitato di pilotaggio del Grande Progetto Pompei di cui al decreto interministeriale 19 dicembre 2012, anche al fine di garantire la coerenza con le funzioni di coordinamento istituzionale, impulso all'attuazione e riferimento unitario per i collegamenti con la politica di coesione e per i rapporti con la Commissione Europea di detto Comitato;

f-bis informa con cadenza semestrale il Parlamento sullo stato di avanzamento dei lavori e su eventuali aggiornamenti del crono-programma⁷;

f-ter collabora per assicurare la trasparenza, la regolarità e l'economicità della gestione dei contratti pubblici, anche al fine di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose, nel quadro del Protocollo di legalità stipulato con la prefettura - Ufficio territoriale del Governo⁸. (*Omissis*)

2. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, si provvede alla costituzione di una apposita struttura di supporto al direttore generale di progetto, con sede nell'area archeologica di Pompei. (*Omissis*)

⁷ Lettera aggiunta dalla legge di conversione n. 112 del 7 ottobre 2013.

⁸ Lettera aggiunta dalla legge di conversione n. 112 del 7 ottobre 2013. Cfr. inoltre l'art. 1, comma 395, della l. n. 147 del 27 dicembre 2013 per l'interpretazione autentica delle disposizioni contenute nel secondo periodo del presente comma.

IL SITO ARCHEOLOGICO DI POMPEI A RISCHIO DI CANCELLAZIONE DALLA LISTA DEL PATRIMONIO MONDIALE

Sommario: 1. *Il sistema Unesco di protezione dei beni culturali e naturali* - 2. *La World Heritage List* - 3. *Il sito archeologico di Pompei* - 4. *La protezione del patrimonio culturale nell'Unione europea* - 5. *Il Marchio del patrimonio culturale europeo ed il Grande Progetto Pompei* - 6. *Conclusioni*.

1. Il sistema Unesco di protezione dei beni culturali e naturali

Nel suo significato più comune l'espressione «patrimonio culturale» evoca un insieme di oggetti, di conoscenze e di ricordi che hanno un'importanza particolare per un individuo o per un'intera società. Così, se per un singolo una fotografia in bianco e nero o qualche ricordo di famiglia possono essere considerati piccoli tesori, anche per una comunità esistono luoghi simbolo, siti e punti di riferimento per la difesa dei quali è disposta a lottare contro chi li metta in pericolo.

In quest'ottica il patrimonio non è solo "radice" di una soggettività individuale, ma è anche l'effetto di una scelta di accogliere una tradizione, un'eredità delle precedenti generazioni, così come lo è ciò che noi stessi lasciamo a quelle future. «Nell'idea che il patrimonio culturale non può essere acquisito, ma solo ereditato, risiede la sua forza»¹. Per questo motivo anche se le immagini evocate dalla parola «patrimonio» sono comunemente rappresentate da grandi monumenti o da importanti ed antiche vestigia, esso sintetizza la cultura di un popolo, la sua storia, le sue abitudini e le sue espressioni materiali. Per questo è necessariamente qualcosa di tutt'altro che di statico nei suoi confini.

¹ F. MATARASSO, *La storia sfigurata: la creazione del patrimonio culturale nell'Europa contemporanea*, in S. BODO - M. R. CIFARELLI (a cura di), *Quando la cultura fa la differenza. Patrimonio, arti e media nella società multiculturale*, Roma, Meltemi, 2006.

Ben più complesso ed articolato è il concetto di «patrimonio culturale dell'umanità» sul piano giuridico internazionale.

Il diritto internazionale ha conosciuto in materia di salvaguardia del patrimonio culturale una evoluzione costante in tutta la seconda metà del XX secolo e, ancor di più, nello scorcio di questo, soprattutto attraverso lo sviluppo del diritto pattizio che ha accompagnato e determinato quel processo di *internazionalizzazione* dei beni culturali.

A ben vedere, il concetto di «appartenenza» del patrimonio culturale all'intera umanità, da cui deriva l'espressione «patrimonio mondiale», aveva trovato la sua prima consacrazione già nel Patto di Roerich del 1935². Una manifestazione ulteriore del valore attribuito al patrimonio si è avuta anche grazie alla campagna condotta dall'UNESCO nel 1960 per salvare i Templi di Abu Simbel dalle acque crescenti del Nilo durante la costruzione della diga di Assuan, trattandosi di siti aventi un valore inestimabile per l'intera comunità internazionale.

La concezione universalistica trova la sua principale estrinsecazione con la Convenzione dell'Aja del 1954³, rivelatrice di una tendenza globale a proteggere tutti i beni culturali e naturali che presentino un «valore universale eccezionale» tale da far sorgere in capo ai singoli attori nazionali ed internazionali un vero e proprio dovere di protezione. Tale Convenzione si occupa principalmente della sorte dei beni mediante la configurazione di un sistema di preservazione e di conservazione fisica in senso stretto e stabilisce, inoltre, per la prima volta, le modalità del trasporto dei beni culturali nei territori interessati da attività belliche prevedendo l'utilizzazione di un segno distintivo che li identifica. L'art. 4 impone, tra gli altri, l'obbligo di impedire e far cessare qualsiasi atto di furto, saccheggio o sottrazione di beni culturali sotto qualsiasi forma. La sorte dei beni culturali, una volta terminato il conflitto, è invece regolata dal Primo Protocollo alla Convenzione che, all'art. 3, stabilisce l'obbligo di restituzione, escludendo che quelli esportati dal territorio occupato possano essere poi tratti a titolo di riparazione.

Nella definizione della Convenzione i beni sono considerati culturali a prescindere dalla loro origine o dal loro proprietario. La qualificazione è data dalla grande importanza e non dal valore intrinseco del bene, mentre la protezione dei beni culturali stessi si realizza attraverso un insieme di

² V. MAINETTI, *Le principe du patrimoine culturel de l'humanité: de la République des Arts à un ordre public international*, in AA. VV., *Alberico Gentili: la salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale*, Atti del convegno. Dodicesima Giornata Gentiliana, San Ginesio, 22-23 settembre 2006, Milano, Giuffrè, 2008, p. 583 ss.

³ Convention concerning the Protection of the world Cultural and Natural Heritage, 16 novembre 1972, resa esecutiva in Italia con legge n. 184 del 6 aprile 1977.

misure positive volte a salvaguardarne l'integrità⁴. In particolare, accanto alla protezione generale, la Convenzione prevede una protezione speciale da accordare ad un numero limitato di rifugi destinati a proteggere i beni culturali mobili, ai centri monumentali e ad altri beni immobili di altissima importanza⁵. La protezione speciale è riconosciuta a quei beni iscritti nel «registro internazionale dei beni culturali sotto protezione speciale» ed è disciplinata in modo dettagliato nel relativo Regolamento di esecuzione. Tale Convenzione rappresenta una tappa fondamentale nel processo di maturazione dell'esigenza di tutela dei beni culturali nell'ambito del diritto internazionale bellico ed è caratterizzata da un approccio particolarmente "moderno" alla materia che si coglie già nel preambolo, dove si afferma che «i danni arrecati ai beni culturali, a qualsiasi popolo appartengano, costituiscono danno al patrimonio dell'umanità intera, poiché ogni popolo contribuisce alla cultura mondiale». Si tratta di affermazione particolarmente significativa sul piano dei principi, dal momento che comporta il superamento della tradizionale visione statalistica della protezione dei beni culturali con l'introduzione della nozione di patrimonio comune dell'umanità, unitario e inscindibile, il cui depauperamento costituisce un danno non solo per il singolo Stato territoriale ma per l'umanità intera e comporta una responsabilità per lo Stato offensore.

Successivamente, con la Convenzione di Parigi del 1972 sul patrimonio culturale naturale e mondiale (stipulata nel corso della Conferenza generale dell'UNESCO, riunita a Parigi dal 17 ottobre al 21 novembre 1972 in diciassettesima sessione)⁶ viene assicurato al patrimonio culturale mondiale minacciato dal degrado e dalla distruzione provocati dalla stessa evoluzione della vita sociale ed economica, un livello di tutela più elevato.

Tale Convenzione introduce la nozione di beni del patrimonio culturale e di patrimonio naturale che, se presentano un *interesse eccezionale*, devono essere conservati come parte del patrimonio di tutta l'umanità. Garantire la «tutela» del patrimonio culturale e naturale di «*valore universale*

⁴ G. COLOMBINI, *La nozione flessibile di proprietà pubblica. Spunti di riflessione di diritto interno ed internazionale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 531.

⁵ Secondo l'art. 8, la protezione speciale è accordata a due condizioni: *a.* che detti beni si trovino ad una distanza sufficiente da un grande centro industriale e da qualsiasi obiettivo che costituisca un punto di interesse bellico; *b.* che essi non siano usati per fini militari. Il comma 5 dell'art. 8 prevede «l'eccezione» secondo la quale un bene situato vicino ad un obiettivo militare può rientrare nella protezione speciale qualora la Parte che la richiede si impegni a non utilizzare in caso di conflitto tale obiettivo militare e ad organizzarne già dal tempo di pace un uso alternativo.

⁶ Questa Convenzione è stata resa esecutiva in Italia con legge n. 184 del 6 aprile 1977, in *Guri* n. 129 del 13 maggio 1977, ed è entrata in vigore il 23 settembre 1978. Ad essa ci riferiremo nel corso di questa indagine chiamandola semplicemente Convenzione.

eccezionale» diviene, quindi, compito di tutta la comunità internazionale la quale integra ed assiste, tecnicamente e finanziariamente, ove necessario, l'azione dello Stato interessato. Al centro della suddetta Convenzione⁷ c'era l'idea che eccezionali conquiste culturali, come anche il patrimonio naturale, non sono di proprietà esclusiva dello Stato sul cui territorio si trovano ma appartengono a tutta l'umanità⁸. Come tali, spetta a tutti gli Stati prendersene cura e assumersi la responsabilità della loro protezione e conservazione per le generazioni future.

Nella stessa Convenzione, all'art. 5 viene affermato il principio secondo il quale tutti gli Stati parte si impegnano per quanto possibile: *a.* di adottare una politica generale intesa ad assegnare una funzione al patrimonio culturale e naturale nella vita collettiva e a integrare la protezione di questo patrimonio nei programmi di pianificazione generale; *b.* di istituire sul loro territorio, in quanto non ne esistono ancora, uno o più servizi di protezione, conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale e naturale, dotati di personale appropriato, provvisto dei mezzi necessari per adempiere i compiti che gli incombono; *c.* di sviluppare gli studi e le ricerche scientifiche e tecniche e perfezionare i metodi di intervento che permettono ad uno Stato di far fronte ai pericoli che minacciano il proprio patrimonio culturale o naturale; *d.* di prendere i provvedimenti giuridici, scientifici, tecnici, amministrativi e finanziari adeguati per l'identificazione, protezione, conservazione, valorizzazione e rianimazione di questo patrimonio; *e.* di favorire l'istituzione o lo sviluppo di centri nazionali o regionali di formazione nel campo della protezione, conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale e naturale e promuovere la ricerca scientifica in questo campo.

In particolare, la Convenzione opera una distinzione tra la nozione di: *a. patrimonio culturale*, nel quale sono inclusi i monumenti, le opere di architettura, di scultura, di pittura, le strutture archeologiche, i complessi

⁷ Delle quali si citano alcuni *considerando*: «considerando che il degrado e la sparizione di un bene del patrimonio culturale e naturale costituisce un impoverimento nefasto del patrimonio di tutti i popoli del mondo (...) beni unici ed insostituibili a qualsiasi popolo essi appartengano (...); considerando che alcuni beni del patrimonio culturale e naturale presentano un interesse eccezionale che richiede la loro conservazione come parte del patrimonio mondiale di tutta l'umanità ...».

⁸ M. T. CAO - S. SILIANI, in <http://www.testimonianzeonline.com/pagina.asp?IDProdotto=450> hanno inquadrato il diritto al patrimonio comune dell'umanità tra i c.d. diritti di terza generazione, in quanto appartenenti ai popoli e all'umanità nel suo complesso e non ai singoli individui come i diritti di prima e seconda generazione. Talvolta i diritti di terza generazione possono entrare in conflitto con i diritti tradizionali e la soluzione di questo tipo di conflitti implica una chiara visione politica (possibilmente che sappia guardare oltre il limite del proprio mandato e l'interesse immediato della propria parte politica) e non solo tribunali competenti e coraggiosi.

(gruppi architettonici validi per la loro unità), i siti (opera dell'uomo o dell'uomo e della natura, incluse le zone archeologiche); *b. patrimonio naturale* (monumenti naturali costituiti da formazioni fisiche, biologiche, geologiche e zone costituenti *habitat* di specie vegetali o animali minacciati); *c. siti misti*, frutto dell'azione combinata della natura e dell'uomo, che conservano la memoria di modi di vita tradizionali e rappresentano il legame tra la natura e la cultura.

Con questo strumento convenzionale gli Stati hanno voluto esprimere l'esigenza di superare ed abbandonare la fase di isolamento e di supremazia culturale nazionale per riconoscere a tutte le culture uguale dignità, in un reciproco rapporto di interdipendenza e di multiculturalità, essendo ogni cultura parte integrante della cultura di tutti i popoli⁹.

Questa fondamentale innovazione ha indotto a considerare i beni culturali come espressione della realizzazione sociale di un popolo, piuttosto che da un punto di vista meramente estetico. Tanto è vero che, secondo la concezione "universalistica" del valore del patrimonio culturale, una tutela internazionale applicativa della Convenzione dev'essere riconosciuta non solo ai capolavori da sempre qualificati come tali (si pensi alle piramidi di Giza o al santuario di Machu Picchu) perché evocativi del genio artistico e architettonico dell'umanità, ma anche a tutti quelli che rappresentano più semplicemente espressione di un certo modello culturale, come ad esempio uno stile architettonico.

Pertanto, accanto ad istanze volte alla tutela di interessi facilmente localizzabili in ambiti spaziali ben determinati, risulta sempre più accentuata l'interdipendenza dei popoli ormai consapevoli di vivere in un mondo globalizzato e accomunati dalla coscienza di condividere valori che trascendono le singole realtà geografiche. Per questo si è persino sostenuto che l'ambiente, in generale, costituirebbe uno spazio extraterritoriale¹⁰!

È stato, tuttavia, opportunamente rilevato che, per quanto la teoria universalistica applicata alla dimensione culturale abbia condotto ad un risultato di grande pregio, essa corra il rischio di attribuire al patrimonio un carattere di eccessiva staticità laddove esso è, invece, qualcosa di dinamico e di mutevole nel tempo¹¹. Pertanto, al fine di adeguare la disciplina pattizia a tale concezione del patrimonio culturale, è stato creato il Comitato inter-

⁹ S. A. WILLIAMS, *The International and the National protection of the Movable cultural property: a comparative study*, New York, Oceana Publications, 1978, p. 54 ss.

¹⁰ N. SINGH, *Le droit des espaces internationaux. Introduction*, in M. BEDJAOUI (réd. gén.), *Droit international: bilan et perspectives*, t. II, Parigi, Pedone, 1991, p. 879.

¹¹ F. LENZERINI, *Patrimonio culturale: elemento essenziale dell'identità dei popoli*, in AA. VV., *Alberico Gentili: la salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale*, cit. supra, nota 2, p. 382 ss.

governativo per la protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale¹². Si tratta di un organo ristretto, formato da ventuno Stati Parti eletti per un periodo di sei anni, che nello svolgimento delle sue funzioni si avvale dell'opera di un *Bureau*¹³, del Centro del patrimonio mondiale¹⁴ e di organismi consultivi, quali l'UICN¹⁵, l'ICOMOS¹⁶ e l'ICCROM¹⁷. Tra le attività principali affidate al Comitato vi è, in particolare, l'iscrizione dei beni culturali e naturali, giudicati di valore universale eccezionale, sul Registro internazionale dei beni culturali sotto protezione speciale, ovvero, come di seguito, *Lista del patrimonio mondiale*¹⁸ e sulla *Lista del patrimonio mondiale in pericolo*¹⁹. Esso, infatti, si impegna a diffondere e ad aggiornare a livello globale tutte le informazioni circa l'esistenza di siti iscritti nelle predette liste, anche al fine di responsabilizzare l'opinione pubblica e di quanti, a livello nazionale, si occupano ed operano per la salvaguardia del patrimonio culturale²⁰.

Più precisamente, e per quanto qui interessa, il Comitato provvede alla redazione della Lista del patrimonio mondiale che comprende tutti i maggiori beni di interesse artistico e storico e tutti i maggiori monumenti internazionali. Questa Lista è aggiornata periodicamente dal Direttore generale dell'UNESCO sulla base di elenchi proposti degli Stati membri firmatari. Scopo della Lista è proteggere tutti i beni culturali carichi di una profonda rappresentatività in termini di appartenenza geo-culturale che, come espressamente previsto dal Regolamento per l'attuazione della Convenzione sul Patrimonio Mondiale, oltre a presentare un «valore universale

¹² Cfr. artt. 8 ss. della Convenzione. In seguito detto anche "Comitato del patrimonio mondiale" o più semplicemente "Comitato". Sul punto, si veda D. SABELLI, *La Convenzione sul patrimonio mondiale: limiti giuridico-politici*, in M. C. CICIRIELLO (a cura di), *La protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale a venticinque anni dalla Convenzione dell'UNESCO*, Napoli, Editoriale scientifica, 1997, p. 163 ss.

¹³ La prassi ha creato tale organo al fine di coordinare i lavori del Comitato e di fissare la data, l'ora e l'ordine del giorno delle sedute. Il *Bureau* è formato da sette Stati, facenti parte del Comitato, il quale annualmente elegge un Presidente, cinque Vicepresidenti e un *Rapporteur*.

¹⁴ Il Centro del patrimonio mondiale svolge le funzioni del Segretariato, previsto dall'art. 14 della Convenzione, ed è stato istituito nel 1992. Il Segretariato viene nominato dal Direttore generale dell'UNESCO.

¹⁵ Unione Mondiale per la Natura, creata nel 1948, con sede a Gland in Svizzera, sito internet www.iucn.org.

¹⁶ Consiglio internazionale dei monumenti e dei siti creato nel 1965 e avente sede a Parigi, sito internet www.icomos.org.

¹⁷ Centro internazionale di studi per la conservazione ed il restauro dei beni culturali, creato dall'UNESCO nel 1956 con sede a Roma, sito internet www.iccrom.org.

¹⁸ Cfr. art. 11, commi 2 e 3, della Convenzione.

¹⁹ Cfr. art. 11, commi da 4 a 7, della Convenzione.

²⁰ Cfr. artt. 27, 28 e 29 della Convenzione.

eccezionale ed essere unici al mondo, siano in grado di illustrare l'evoluzione della società e degli insediamenti umani nel corso dei secoli, sotto l'influsso di sollecitazioni e/o di vantaggi originati nel loro ambiente naturale e delle forze sociali, economiche e culturali successive, interne ed esterne».

La prima Lista fu redatta solo nel 1978. Tra i vari siti figuravano la necropoli di Memphis e le piramidi di Giza, il parco di Yellowstone, le chiese creuse di Lalibela in Etiopia e la città antica di Damasco.

Ad oggi l'UNESCO riconosce nella Lista ben 981 siti²¹, tra beni culturali, naturali e misti, presenti in centosessanta Paesi del mondo. L'Italia è lo Stato che ne detiene il maggior numero. Tra questi, il sito archeologico di Pompei è da qualche tempo al centro dell'attenzione per l'imminente rischio di una sua cancellazione dalla predetta lista a causa dei crolli di alcune costruzioni dovuto sia ad eventi naturali sia alla sua cattiva gestione da parte delle amministrazioni locali e centrale.

2. La *World Heritage List*

Per quanto concerne i meccanismi di funzionamento della Convenzione e della Lista del patrimonio mondiale – nonché l'inclusione in questa di un determinato sito – è prevista una particolare procedura che si articola in diverse fasi. Preliminarmente, l'iniziativa per l'inserimento nella stessa di un determinato sito spetta allo Stato²² entro i cui confini si trovano i beni o il sito che devono presentare i tratti meritevoli della qualifica di *outstanding universal value*. Lo Stato presenta al Comitato la lista propositiva (*tentative list*) dei beni e dei siti che intende far iscrivere nell'arco di cinque-dieci anni, oltre ad un piano dettagliato sulle modalità di gestione e di protezione già in atto.

In una fase successiva, viene predisposta e sottoposta al Comitato, per ogni singolo bene, la documentazione completa al fine dell'iscrizione definitiva nella Lista. Nello svolgimento di tali attività preparatorie il World Heritage Centre (WHC²³) offre assistenza agli Stati nella preparazione del-

²¹ La Lista è reperibile sul sito internet www.patrimoniounesco.it

²² Per quanto concerne l'Italia le domande di inserimento nella Lista propositiva devono essere inoltrate dalle Amministrazioni competenti per la gestione del sito (ad esempio dal Sindaco, dalle Sovrintendenze o da un Ente parco) al Presidente del Gruppo di Lavoro interministeriale presso il Ministero per i Beni e le Attività Culturali. Tale gruppo valuta le diverse proposte pervenute ai fini della compilazione della nuova Lista propositiva. Ogni anno il Ministero per i Beni e le Attività Culturali decide quali siti già presenti nella lista propositiva, debbano essere presentati al Comitato per il Patrimonio Mondiale.

²³ Creato nel 1992 il World Heritage Centre (WHC) coordina le attività relative al patrimonio mondiale e assicura la gestione quotidiana della Convenzione.

la corretta documentazione che deve accompagnare le proposte di inclusione (le *nominations*) e funge, peraltro, da filtro, atteso che, una volta espresso parere favorevole sul formato del *dossier*, li trasmette all'organo consultivo competente. A questo punto il Comitato esamina le *nominations* sulla base di criteri fissati nelle Linee Guida Operative (che unitamente al testo della Convenzione rappresentano il documento principale del Comitato per il Patrimonio Mondiale) e tenendo conto delle valutazioni espresse dagli organi consultivi (dell'ICOMOS per i siti di valore storico-artistico e dell'UICN per i siti naturali). Solo al termine di tale fase il Comitato deciderà per l'inclusione nella Lista di un dato bene o sito, salvo rivolgersi allo Stato di riferimento per ottenere maggiori informazioni necessarie o modificare qualche punto della strategia di protezione oppure, in caso contrario, rigettare la domanda.

Dunque, poiché ciascun sito può essere eletto come patrimonio culturale dell'umanità in base ad una o più motivazioni, il numero complessivo di criteri di selezione, ovvero di requisiti qualitativi dei siti culturali, costituisce un indicatore statistico interessante in quanto rappresenta una misura indiretta del valore qualitativo, oltre che quantitativo, del patrimonio culturale nazionale.

I criteri indicati nelle Linee guida (che fino alla fine del 2004 erano suddivise in sei criteri per i beni culturali e quattro per quelli naturali, ma unificate e corrette dopo l'implementazione della *Global Strategy* nel 2005) ai quali ispirarsi per promuovere l'inserimento di un determinato sito nell'apposita Lista consistono nell'idoneità di questo a rappresentare un capolavoro del genio creativo dell'uomo, l'aver esercitato un'influenza considerevole di un dato periodo o di un'area culturale determinata, sullo sviluppo dell'architettura, delle arti monumentali, della pianificazione urbana o della creazione di paesaggi, costituire una testimonianza unica o quantomeno eccezionale di una civiltà o di una tradizione culturale scomparsa, offrire un esempio eminente di un tipo di costruzione o di complesso architettonico o di paesaggio che illustri un periodo significativo della storia umana, costituire un esempio eminente di insediamento umano o di occupazione del territorio tradizionale, rappresentativi di una cultura (o di culture) soprattutto quando esso diviene vulnerabile per effetto di mutazioni irreversibili, essere direttamente o materialmente associato ad avvenimenti o tradizioni viventi, idee credenze o opere artistiche e letterarie con un significato universale eccezionale (criterio da applicare solo in circostanze eccezionali o in concomitanza con altri criteri), contenere fenomeni naturali superlativi o aree di bellezza naturale eccezionale e di importanza estetica, rappresentare esempi eccezionali degli stadi principali

della storia della terra, compresa la presenza di vita, processi geologici significativi in atto per lo sviluppo della forma del territorio o caratteristiche geomorfiche o fisiografiche significative, contenere gli *habitat* più importanti e significativi per la conservazione *in situ* delle diversità biologiche, comprese quelle contenenti specie minacciate di eccezionale valore universale dal punto di vista scientifico o della conservazione.

Tale complesso di criteri è naturalmente suscettibile di modifica da parte del Comitato, onde adeguare le esigenze di protezione alla evoluzione del concetto di Patrimonio Mondiale.

Per quanto concerne i vantaggi derivanti dall'iscrizione nella Lista di un certo sito, va considerato che la Convenzione prevede all'art. 15 – Titolo IV – l'istituzione di un apposito *Fondo del patrimonio mondiale* che viene adoperato per fornire agli Stati contraenti la Convenzione assistenza preparatoria, cooperazione tecnica ed assistenza d'urgenza²⁴, chiedendo in contropartita che gli stessi Stati si impegnino in una cooperazione sul piano internazionale²⁵. Questo fondo ammonta a quattro milioni di dollari l'anno²⁶, ed è alimentato da contributi obbligatori degli Stati membri della Convenzione e da donazioni da parte di privati, di Paesi membri e di terzi o, infine, di altre organizzazioni internazionali.

Da un punto di vista pratico, non rileva tanto o non rileva soltanto la possibilità di ricevere contribuzioni da questo fondo. Il riconoscimento di «Sito del Patrimonio Mondiale», segnalando la qualità e il valore di quel patrimonio, lo pone sotto i riflettori internazionali e consente di attirare più facilmente fondi nazionali e internazionali per la sua tutela e la sua valorizzazione²⁷. Contribuisce, inoltre, in maniera notevole ad alimentare il turismo. L'etichetta di «Patrimonio Mondiale» serve, senza dubbio, ad aumentare l'attrazione del sito e la sua capacità di posizionarsi nel mercato turistico internazionale.

Di contro, l'inserimento di un determinato bene all'interno della lista non esclude la possibilità che possa esservi rimosso. La Convenzione pre-

²⁴ Sul punto si veda M. FRIGO, *La protezione dei beni culturali nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 174 ss.

²⁵ In questo senso, M. JACOBUCCI, *L'azione italiana in sede UNESCO per la protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale*, Commissione italiana per l'UNESCO, in *Bollettino di informazione*, 1992, nn. 1 e 3, p. 12 ss.

²⁶ E. BERTACCHINI - D. SACCONE, *The Political Economy of World Heritage*, International Centre for Research on the Economics of Culture, Institutions and Creativity (EBLA) - Centro Studi Silvia Santagata (CSS), Work Paper 01/2011; E. BERTACCHINI, *Patrimonio Mondiale UNESCO: la tensione tra valore universale e interessi nazionali*, in *Taifter Journal*, n. 37, luglio 2011.

²⁷ B. S. FREY - L. STEINER, *World Heritage List: does it make sense?*, in *International Journal of Cultural Policy*, Vol. 17, No. 5, November 2011, p. 555-573.

vede l'obbligo per ciascuno Stato membro di presentare al Comitato, ogni sei anni, un rapporto circa l'effettiva applicazione della Convenzione del patrimonio mondiale e che rendiconti, soprattutto, circa lo stato di conservazione dei beni del patrimonio mondiale situati sul suo territorio. Invero, il testo originario della Convenzione non faceva riferimento all'eventualità di esclusione del bene dalla Lista, ma nel 1980 il Comitato, reputando verosimile un'ipotesi del genere, elaborò un meccanismo idoneo a regolare l'eventuale rimozione. Il Comitato si è, infatti, attribuito il potere di escludere un determinato bene dalla Lista in due ipotesi. La prima riguarda il caso in cui un bene sia deteriorato a tal punto da aver perso le caratteristiche che ne avevano determinato l'iscrizione. La seconda ricorre quando, essendo il bene incluso nella Lista minacciato dall'azione dell'uomo, lo Stato Parte interessato non abbia, nel termine stabilito, attuato le misure correttive necessarie indicate dal Comitato. Inoltre, il Centro del patrimonio mondiale può ricevere informazioni circa lo stato di conservazione del bene dal medesimo Stato Parte o anche da fonti diverse.

Pertanto, una volta raccolte le informazioni necessarie, anche da parte dell'organizzazione consultiva competente, con la collaborazione dello Stato e previo accertamento della attendibilità e veridicità delle informazioni, il Centro valuta l'adozione delle misure più opportune. Laddove risulti che il bene non abbia perso il suo valore universale eccezionale, il Comitato non dà alcun seguito all'azione intrapresa. Viceversa, nel caso in cui il sito in questione risulti seriamente danneggiato, ma appare ancora possibile salvare le caratteristiche per le quali era stato iscritto sulla Lista del patrimonio mondiale, il Comitato, sulla base degli elementi oggettivi a sua disposizione, ha due alternative. Può decidere di non escludere il bene, a condizione che lo Stato Parte interessato si impegni ad adottare e ad eseguire le misure ritenute necessarie al fine di provvedere al ripristino del bene in un lasso di tempo ragionevole; oppure può concedere, utilizzando il Fondo del patrimonio mondiale, alla Parte in questione, l'assistenza tecnica essenziale per compiere i lavori di restauro occorrenti.

Nell'ipotesi in cui, invece, risulti che il bene ha perduto definitivamente il suo valore universale eccezionale, il Comitato decide di escluderlo dalla Lista del patrimonio mondiale. In tal caso, il Comitato ha l'obbligo d'informare lo Stato interessato dell'intenzione di adottare una simile decisione per modo che questo abbia la possibilità di esporre il suo punto di vista e possa presentare osservazioni che vengono esaminate dal Comitato. Un'ultima ipotesi è quella in cui il Comitato non abbia informazioni bastevoli per consentirgli di adottare una decisione. In tal caso, si limita a chiedere al Centro del patrimonio mondiale di adottare tutte le misure ne-

cessarie al fine di raccogliere notizie sullo stato del bene, dei pericoli che lo minacciano e di capire se sia ancora possibile ed utile il ricorso ad un'azione di ripristino. In realtà, il primo caso di cancellazione di un sito dalla Lista si è avuto solo nel 2009 e ha riguardato la città di Dresda²⁸.

Diversamente, il Comitato decide anche sulla iscrizione e sulla cancellazione dei siti dalla *Danger List*, in cui vengono inseriti tutti quei siti la cui conservazione, a prescindere dall'attività umana, può comunque essere messa in pericolo da fattori difficili da controllare, come ad esempio terremoti o disastri naturali. Sono inclusi nella *Danger List* i siti *per la cui conservazione sono necessarie delle importanti operazioni*: si tratta di un criterio apparentemente soggettivo che, appunto per ciò, viene utilizzato in maniera diversa. Mentre alcuni Paesi cercano di includere i propri siti nella *Danger List* in modo da ottenere supporto da parte della comunità internazionale, altri cercano di evitare di avere siti nella Lista in modo da non dare una cattiva immagine del proprio Paese.

L'obiettivo principale della *Danger List* è quello di veicolare l'informazione verso la comunità internazionale la quale deve in qualche modo farsi carico del problema ed agire in supporto di tali siti in pericolo, indipendentemente dal Paese in cui si trovino.

Il pericolo, che può essere reale o potenziale, deve essere analizzato in maniera scientifica in modo da poter sviluppare un programma di misure correttive da mettere in atto. Alcuni esempi possono essere quelli dei palazzi reali di Abomey, in Benin, che furono iscritti direttamente nella *Danger List* quando entrarono a fare parte della Lista del Patrimonio Mondiale nel 1985. Da allora è stato finanziato un programma di restauro che ha riportato gli edifici ad un livello di protezione tale da non essere più a rischio. Così come sono state restaurate le moschee di Timbuctu, in Mali, messe a rischio dall'avanzare del deserto; o anche gli edifici gotici e barocchi della città di Ragusa di Dalmazia, che sono stati restaurati dai danni della guerra.

Più complessi sono generalmente i pericoli delle aree naturali dove non sempre si riesce a restaurare i danni o fermare le cause di pericolo. Un caso è quello delle concessioni minerarie in aree originariamente parte della Riserva naturale del Monte Nimba, un'area forestale tra Guinea e Costa d'Avorio tra le più importanti di tutta l'Africa Occidentale.

²⁸ Ciò è avvenuto dopo che nel 2009 un *referendum* popolare aveva definitivamente approvato il progetto di costruzione di un ponte di collegamento tra le due parti della città che, ad avviso del Comitato dell'Unesco, avrebbe compromesso il paesaggio e lo scenario della valle dell'Elba.

3. Il sito archeologico di Pompei

La situazione in cui versa attualmente il sito archeologico di Pompei, iscritto nel 1977 insieme ad Ercolano ed Oplonti nella Lista del patrimonio mondiale, è estremamente preoccupante. Le carenze nella sua manutenzione e nella sua gestione sono emerse in maniera grave nell'eclatante episodio del crollo della *Schola Armaturarum*, meglio nota come la Casa dei Gladiatori, avvenuto nel novembre 2010, cui hanno fatto seguito eventi a causa di pesanti piogge, culminati, allo stato, in un ulteriore crollo del novembre e dicembre 2013.

Alla luce di questi allarmanti accadimenti l'Unesco, al fine di comprendere l'effettivo stato di conservazione del sito di Pompei ed effettuare le valutazioni sul suo mantenimento nella lista, ha organizzato una missione ispettiva sotto la supervisione di Christopher Young, esperto di gestione del patrimonio culturale del World Heritage Center, secondo il quale Pompei è costituita dai *resti più importanti del mondo romano, per ciò che riguarda il racconto della vita quotidiana*²⁹. Young è stato coadiuvato in questa missione da due specialisti di stanza a Parigi, in rappresentanza del Consiglio internazionale dei monumenti e dei siti: Jean-Pierre Adam, professore alla Ecole du Louvre, e Alix Barbet, direttore di ricerca al *Centre National de la Recherche Scientifique*. Il loro rapporto su Pompei e sui vicini siti di Ercolano ed Oplonti è stato presentato nel giugno 2013 all'Unesco World Heritage Committee a Parigi.

Nonostante il sito rimanga in discrete condizioni, sono state evidenziate molteplici cause che hanno determinato e causato i crolli, imputabili in buona parte ad inappropriati metodi di restauro, ad una generale mancanza di personale qualificato, a carenze strutturali (infiltrazioni d'acqua, mancanza di canaline di drenaggio) ed ai danni apportati dalla luce (ad esempio alcuni mosaici andavano preservati dalla stessa). Pertanto, come riportato dal Presidente della Commissione Nazionale Italiana Unesco Giovanni Puglisi «Il governo italiano ha tempo fino al 31 dicembre 2013 per adottare misure idonee per Pompei e l'Unesco ha tempo fino al 1 febbraio 2014 per valutare ciò che farà il governo italiano e rinviare al prossimo Comitato Mondiale 2014 ogni decisione»³⁰.

Per comprendere quale sarà il destino di Pompei dunque, non occorre attendere molto.

²⁹ M. BAILEY, *Italy allows Unesco into Pompeii*, in *The art newspaper*, reperibile sul sito internet www.theartnewspaper.com del 4 gennaio 2012.

³⁰ Cfr. <http://napoli.repubblica.it/>, 29 giugno 2013.

4. La protezione del patrimonio culturale nell'Unione europea

L'interesse dell'Unione europea per lo spazio della cultura è relativamente recente, considerato che, in origine, le sue finalità erano di natura esclusivamente economica. Invero, ancora oggi, si può parlare di un processo *in itinere*, frammentato e non ancora compiuto. Solo negli ultimi anni si è registrato un crescente interesse dell'Unione europea per il settore della cultura ed in particolare per la politica degli scambi di beni culturali tra Paesi europei e quelli non appartenenti all'area Europa, nell'ottica della valorizzazione di un patrimonio comune a tutti gli Stati e all'Unione stessa.

Nella sua formulazione originaria il Trattato di Roma del 1957 non prevedeva alcuna esplicita competenza comunitaria in materia di beni culturali; tantomeno se ne occupava per quanto riguarda la loro circolazione, se non in via mediata, restando impregiudicata la competenza interna degli Stati nella gestione, nella valorizzazione e nella protezione del patrimonio artistico nazionale. Esso precisava soltanto che tali divieti e restrizioni non dovevano costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra i Paesi membri³¹. Per questa ragione molti hanno sempre parlato a questo proposito di una sorta di "*dominio riservato*" riconosciuto agli Stati³², con la conseguente implicita ammissione di attribuire al principio della *lex rei sitae*, ovvero della competenza dello Stato in cui i beni si trovano, un rango superiore e principale.

A partire dagli anni Settanta le istituzioni comunitarie hanno – a più riprese – dimostrato una rinnovata sensibilità per la cultura; manifesto di tale nuovo interesse per la materia è stata senza dubbio la Dichiarazione di Copenaghen del 1973 sull'identità europea, con cui si affermò per la prima volta l'esistenza appunto, di una identità comune fondata sulla condi-

³¹ Su questa disposizione si veda E. FANARA, *Commento all'art. 36*, in R. QUADRI - R. MONACO e A. TRABUCCHI (diretto da), *Commentario CEE*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 203 ss.; A. PAPA, *Strumenti e procedimenti della valorizzazione del patrimonio culturale. Ruolo dei livelli di governo e promozione delle identità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. 97 ss.

³² F. FRANCONI, *Principi e criteri ispiratori per la protezione internazionale del patrimonio culturale*, in F. FRANCONI - A. DEL VECCHIO e P. DE CATERINI (a cura di), *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa comune della cultura*, Atti del Convegno. Roma, 8-9 maggio 1998, Milano, Giuffrè, p. 12. La rigidità con cui è stata sempre accolta quest'accezione si desume peraltro, anche da un ulteriore elemento: dinnanzi al dominio riservato degli Stati si arresta finanche l'azione ordinaria delle Nazioni Unite. L'art. 2, par. 7, della Carta dell'ONU, infatti, dispone che «Nessuna disposizione del presente Statuto autorizza le Nazioni Unite ad intervenire in questioni interne di uno Stato, che sono di competenza di quello Stato, né obbliga gli Stati Membri a sottoporre tali questioni ad una procedura di regolamentazione in applicazione del presente Statuto; questo principio non pregiudica però l'applicazione di misure coercitive secondo quanto previsto dal Capitolo VII».

visione tra gli Stati membri di stessi principi e valori culturali, praticamente di un *idem sentire*.

L'anno successivo una risoluzione del Parlamento europeo fece per la prima volta riferimento alla necessità di varare azioni comuni nell'ambito della cultura, in particolare per la salvaguardia del patrimonio culturale³³. A tale Risoluzione fece poi seguito, nello stesso anno, l'inserimento nel bilancio comunitario di fondi appositamente destinati al finanziamento di progetti per il recupero ed il restauro di siti e monumenti culturali nazionali dei singoli Stati membri³⁴.

A ben vedere però, tutti questi interventi, per quanto presentassero un'indubbia importanza simbolica, mancavano di un riconoscimento formale e di una precisa base giuridica tale da impedire che il sistema di regolamentazione e di tutela del patrimonio culturale rimanesse espressione dell'attività politico-intergovernativa.

Solo nel 1974 il Parlamento europeo ha approvato una risoluzione a favore della salvaguardia del patrimonio culturale europeo con le prime misure di finanziamento per il restauro di beni culturali di grande rilievo simbolico (mentre nel 1976 un'altra risoluzione del Parlamento ha istituito l'Orchestra dei giovani dell'Unione Europea). Iniziava dunque a farsi strada, nell'opinione pubblica come nel dibattito politico continentale, una formula destinata ad avere successo: quella di «Europa dei cittadini» e di «Europa dal volto umano», che ha orientato i lavori del Comitato Adonni-no, istituito a Fontainebleau nel 1984, per il rafforzamento e la promozione dell'immagine della Comunità «in Europa e nel mondo»³⁵. Tuttavia, nonostante il rilievo dato dalla prima Commissione Delors del 1985 al patrimonio culturale, fra l'altro con la previsione di un portafoglio apposito per il governo di cultura e ambiente, il tema non ha trovato sbocchi normativi concreti per tutti gli anni Ottanta, nemmeno in quella importante tappa del cammino europeo, intermedia fra il Trattato istitutivo di Roma e quello di Maastricht.

La svolta si ebbe in occasione del Consiglio europeo svoltosi a Roma il 14 e il 15 dicembre 1990, a margine del quale furono avviate due conferenze intergovernative sull'unione monetaria e politica. In tale circostanza

³³ Risoluzione del Parlamento europeo sulla salvaguardia dei beni culturali in Europa, in *Guce* n. C 62 del 30 maggio 1974, p. 5.

³⁴ Si pensi al restauro del Palazzo dei Dogi a Venezia, all'Acropoli di Atene ed al Quartiere Chiado di Lisbona, o ancora al Progetto della «città europea della cultura» o infine, all'Orchestra dei giovani.

³⁵ Sul punto, M. FIORILLO, *Verso il patrimonio culturale dell'Europa unita*, in *Riv. ass. cost. it.*, n. 4, 2011; B. OLIVI, *L'Europa difficile. Storia politica dell'integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 270 ss.

alcuni Capi di Stato e di Governo manifestarono la necessità di estendere le competenze comunitarie al fine di salvaguardare il patrimonio culturale europeo. Ma fu solo con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, nel 1993, che la cultura trovò una sua dimensione comunitaria, frutto di un compromesso tra l'esigenza da un lato, di concedere competenze più ampie alla Comunità anche mediante l'introduzione di procedure decisionali più rapide, e, dall'altro, di rispettare le resistenze degli Stati alla cessione di ulteriori "fette" di sovranità a vantaggio della Comunità.

Il termine «*cultura*» ha trovato, infatti, per la prima volta cittadinanza, addirittura tra gli obiettivi della Comunità, nell'art. 3 del Trattato di Maastricht³⁶, ma la sintesi del rilievo offerto al fattore culturale si trova nell'art. 128 CE, divenuto, poi, art. 151 TCE e ora art. 167 TFUE³⁷. L'attuale testo dell'art. 167 TFUE, che conferma *in toto* i precedenti, è una disposizione organica, all'interno di un titolo dedicato alla cultura. Esso regola finalità, obiettivi, ambito d'intervento e processo decisionale in materia. A mente del predetto articolo, l'Unione deve, innanzitutto, contribuire al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando, nello stesso tempo, «il retaggio culturale comune» (comma 1). La sua azione sarà pertanto diretta ad incoraggiare la cooperazione fra gli Stati membri, integrandone ed appoggiandone, «se necessario» (comma 2), l'azione, per: *a.* il miglioramento della

³⁶ Secondo R. MASTROIANNI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nella definizione delle competenze statali e comunitarie in materia di politiche culturali*, RIDPC, 1994, p. 63 ss., l'inserimento del termine cultura ha invero, rappresentato «un aspetto importante, dal momento che l'inclusione della cultura tra le materie indicate dall'art. 3 sancendo l'eventualità del ricorso agli interessi culturali per l'interpretazione teleologica delle norme del trattato, comporta di per sé la sanzione definitiva di una specifica dimensione culturale dell'ordinamento comunitario, che potrebbe trovare idonei strumenti giuridici d'intervento nelle norme che attribuiscono alla comunità la generica competenza fondata non su criteri sostanziali, ma su criteri legati alla realizzazione di obiettivi generali».

³⁷ L'art. 167 TFUE – ex art. 151 del TCE –, Titolo XIII, dedicato alla cultura, stabilisce che: «1. L'Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune. 2. L'azione dell'Unione è intesa ad incoraggiare la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, ad appoggiare e ad integrare l'azione di questi ultimi nei seguenti settori: - miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei, - conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea, - scambi culturali non commerciali, - creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo. 3. L'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di cultura, in particolare con il Consiglio d'Europa. 4. L'Unione tiene conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norma di altre disposizioni dei trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture. 5. Per contribuire alla realizzazione degli obiettivi previsti dal presente articolo: - il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato delle regioni, adottano azioni di incentivazione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri; - il Consiglio, su proposta della Commissione, adotta raccomandazioni».

conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei; *b.* la conservazione e la salvaguardia del «patrimonio culturale d'importanza europea»; *c.* gli scambi culturali non commerciali; *d.* la creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo. L'Unione e gli Stati membri devono inoltre, favorire la cooperazione con i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di cultura, in particolare con il Consiglio d'Europa. Inoltre, l'Unione deve anche tener conto (comma 4) degli «aspetti culturali» nell'azione che svolge a norma delle disposizioni del Trattato.

Merita inoltre, un'attenzione particolare la formula linguistica adottata anche nel testo del TFUE, di «*patrimonio culturale d'importanza europea*», che chiarisce la realtà già protetta a Maastricht: quest'espressione, che si sostituisce a quella di «*beni di importanza comunitaria*», rappresenta in altri termini il superamento di un concetto di patrimonio inteso solo come nazionale³⁸ o comunque legato a considerazioni di stampo politico. La terminologia scelta ha, quindi, consentito di qualificare anche in ambito europeo il patrimonio come valore comune del popolo europeo, con lo scopo di valorizzare le testimonianze materiali più significative della cultura europea che rappresentino elementi di un «retaggio culturale comune».

Nel tentativo di realizzare un regime comune e «comunitario» di protezione del patrimonio europeo – ovvero dei singoli Stati membri – sono stati approvati diversi programmi in tale settore; si pensi al programma *Caleidoscopio*³⁹, volto a incoraggiare la creazione artistica e a promuovere la diffusione della cultura in Europa mediante gli scambi e la cooperazione culturale. È seguito poi il programma *Arianna*⁴⁰, per il miglioramento della cooperazione tra Stati membri nel settore letterario, nonché per la promozione della conoscenza della storia dei popoli europei. Infine è stato promosso il programma *Raffaello*⁴¹, indirizzato a incentivare la cooperazione mirante alla protezione, conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale europeo, nonché a migliorare le possibilità di accesso dei cittadini europei a tale patrimonio.

³⁸ In proposito, già la Risoluzione del Parlamento europeo del 10 settembre 1991 sulle relazioni culturali tra Comunità europea e Paesi dell'Europa centrale e dell'Europa dell'Est (in *Guce* n. C 267 del 14 ottobre 1991, p. 45) chiariva che «l'Europa nel suo complesso possiede un patrimonio culturale comune che ha le sue radici tanto all'Est quanto all'Ovest e il salvataggio del patrimonio architettonico dei Paesi dell'Europa centrale e orientale riveste una grande importanza per l'identità culturale dell'Europa nel suo insieme».

³⁹ Istituito con decisione n. 719/96/Ce, in *Guce* n. L 99 del 20 aprile 1996, p. 20.

⁴⁰ Istituito con decisione n. 2085/97/Ce, in *Guce* n. L 291 del 24 ottobre 1997, p. 26.

⁴¹ Istituito con decisione n. 2228/97/Ce, in *Guce* n. L 305 dell'8 novembre 1997, p. 31.

A queste iniziative di "prima generazione", è seguito il programma *Cultura 2000*⁴², durato sino al 2006 (e che ha mostrato apprezzabili esiti in merito allo sviluppo di forme di partenariato europeo in ambito culturale), il quale ha raggruppato in un unico strumento di programmazione e finanziamento i tre precedenti programmi. Il Programma *Cultura 2000* ha rappresentato un significativo progresso rispetto al passato, poiché, agendo in chiave generalista, è andato a costituire l'unico strumento di finanziamento delle attività culturali per il periodo 2000-2004⁴³. Il programma d'azione *Cultura 2000* ha segnato, da un lato, un temporaneo punto d'arrivo della politica comunitaria in materia di beni culturali e, dall'altro, ha dato attuazione organica all'art. 151 TCE. Esso ha incoraggiato, altresì, la creazione, la conoscenza e la diffusione della cultura dei popoli europei nel campo della musica, della letteratura, dello spettacolo dal vivo, dei beni immobili e mobili e delle nuove forme espressive promuovendo la cooperazione tra organismi e operatori culturali e le competenti istituzioni culturali degli Stati membri. Ha sostenuto le iniziative che, per la loro portata e la dimensione europea, favoriscono lo sviluppo delle culture all'interno ed all'esterno dell'Unione. Attraverso questo programma l'Unione ha contribuito economicamente alla realizzazione di progetti suggeriti dagli operatori del settore (amministrazioni pubbliche o privati), sotto forma di azioni specifiche caratterizzate dalla novità e dalla sperimentazione, o di azioni integrate all'interno di accordi di cooperazione (ad esempio con gli Stati aderenti allo Spazio economico europeo).

Il programma ha coinvolto i venticinque Stati che all'epoca costituivano l'Unione europea, i Paesi dello Spazio economico europeo (Islanda, Liechtenstein e Norvegia), e altri tre Paesi: Bulgaria, Romania e Turchia⁴⁴. Ciò nell'ottica di un migliore sostegno dei progetti multiculturali (c.d. "approccio orizzontale") e di una maggiore efficacia e visibilità dell'intervento comunitario. Da ultimo, è in corso il programma *Cultura 2007-13*⁴⁵ che si propone di promuovere la mobilità delle persone che lavorano nel settore culturale e di incoraggiare la circolazione transnazionale delle opere e dei prodotti artistici e culturali (nonché favorire il dialogo intercultu-

⁴² Adottato con decisione comune del Parlamento europeo e del Consiglio n. 508/2000/Ce, in *Guce* n. L 63 del 10 marzo 2000, p. 1.

⁴³ Originariamente il programma sarebbe dovuto scadere il 31 dicembre 2004, ma è stato prorogato senza modifiche sino al termine del 2006 grazie alla decisione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 626/2004/Ce, in *Guce* n. L 99 del 3 aprile 2004, p. 3.

⁴⁴ I primi due, all'epoca, non erano ancora membri dell'Unione ed il terzo era solo candidato all'adesione.

⁴⁵ Istituito con decisione del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, n. 1855/2006/Ce, in *Guce* n. L 372 del 27 dicembre 2006, p. 1.

rale). Ispirato ad una logica meno circoscritta rispetto ai precedenti programmi, *Cultura 2007-13* prevede un consistente sostegno finanziario (ben 400 milioni di euro) rivolto sia a progetti di cooperazione che ad organismi operativi nel settore nonché ad ottimizzare l'impatto di tali progetti nel settore della cooperazione culturale.

Ancora, nel dicembre 2009, il Consiglio dell'Unione ha inserito la conservazione del patrimonio culturale tra i temi per i quali è necessario coordinare i programmi di ricerca degli Stati membri, affidando all'Italia il ruolo di Stato coordinatore.

Infine, va ricordato il programma *Europa Creativa 2014-2020* istituito con il Regolamento (Ue) n. 1295/2013⁴⁶ che, nel tener conto della diversificazione dei settori culturali e creativi europei, e dunque, dei confini nazionali e linguistici, intende contribuire al rafforzamento di uno spazio culturale condiviso. Tale programma si inserisce in un panorama culturale estremamente ricco e fortemente indipendente⁴⁷ in cui trovano voce le varie tradizioni culturali europee la cui promozione comporta, peraltro, anche interessanti ritorni in termini economici. Come chiarisce, infatti, il *considerando* n. 20 del Regolamento, il programma *Europa Creativa* intende «tener conto della duplice natura della cultura e delle attività culturali riconoscendo, da un lato, il valore intrinseco e artistico della cultura e, dall'altro, il valore economico di tali settori, incluso il loro più ampio contributo a livello di società apportato alla creatività, all'innovazione e all'inclusione sociale».

E, così, dopo che l'art. 3 del Regolamento individua gli obiettivi perseguibili sia nella protezione, nella promozione e nello sviluppo della diversità culturale e linguistica europea sia nella promozione del patrimonio culturale dell'Europa e nel rafforzamento della competitività dei settori culturali e creativi europei, l'art. 5, considera il valore intrinseco ed economico della cultura. Esso sottolinea, infatti, che il programma si propone di sostenere le azioni e le attività con un valore aggiunto europeo nei settori culturali e creativi⁴⁸.

⁴⁶ Regolamento (Ue) n. 1295/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, che istituisce il programma Europa creativa (2014-2020) e che abroga le decisioni n. 1718/2006/Ce, n. 1855/2006/Ce e n. 1041/2009/Ce, in *Gu-Ue* n. L 347 del 20 dicembre 2013, p. 221.

⁴⁷ *Considerando* n.11.

⁴⁸ Sulle benefiche ricadute in termini economici prodotte da una idonea valorizzazione dei beni culturali, F. CAPELLI, *Il rilancio dell'economia attraverso la valorizzazione dei beni culturali*, in questa *Rivista*, 2013, p. 281, il quale sottolinea, appunto, come il restauro e la conservazione dei beni culturali rappresenti non solo il modo più appropriato per difendere l'inestimabile valore culturale e sociale che il patrimonio di un Paese detiene, ma altresì, uno strumento efficace per il rilancio dell'attività economica di un Paese, e dunque, dell'Italia.

In linea di continuità con quanto si è esposto sinora, in una prospettiva di raffronto tra la normativa in materia di patrimonio culturale in ambito UE e UNESCO – ed anche con riferimento al rischio per il sito di Pompei di poter essere cancellato dalla lista UNESCO – appare di importanza particolarmente significativa la Decisione n. 1194/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011, mediante la quale è stata prevista un'azione dell'Unione europea per il Marchio del patrimonio europeo da attribuire, mediante una specifica procedura, a siti ubicati nell'Unione che rivestono un ruolo importante nella storia, nella cultura e nella costruzione dell'Europa.

5. Il Marchio del patrimonio culturale europeo ed il Grande Progetto Pompei

Rispetto al regime UNESCO che si basa sulla Lista del patrimonio mondiale l'obiettivo perseguito dal Marchio consiste nel mettere in evidenza il patrimonio europeo comune al fine di rafforzare il senso di appartenenza dei cittadini all'Unione e il dialogo tra le culture degli Stati membri⁴⁹. Rispetto alle iniziative adottate dall'Unesco e dal Consiglio d'Europa, quella dell'Unione sottolinea, quasi con una certa enfasi, il valore simbolico europeo dei siti e la loro dimensione educativa. L'obiettivo principale del Marchio, infatti, non è la mera conservazione dei siti, che dovrebbe essere garantita dai regimi di protezione già esistenti, ma la promozione della loro dimensione europea volta al fine di renderli accessibili e fruibili ad un pubblico quanto più ampio possibile, in particolare ai giovani, con informazioni di qualità e attività didattiche e culturali che ne sottolineino il ruolo e la loro collocazione nella storia e nell'integrazione europea.

Le procedure di selezione e di controllo a livello UE sono effettuate da un *Panel* composto di tredici esperti indipendenti nominati dal Parlamento europeo, dal Consiglio, dalla Commissione e dal Comitato delle regioni, che ha il ruolo di garantire la corretta applicazione dei criteri da parte dei siti in tutti gli Stati membri⁵⁰.

La procedura stabilisce che ciascuno degli Stati membri dell'UE potrà proporre, ogni due anni, uno o due siti al *Panel*, che, come detto, valuterà le candidature e sceglierà un sito per Paese. Questi, in effetti, devono dimostrare di possedere una o più delle seguenti caratteristiche:

⁴⁹ Art. 3 della Decisione n. 1194/2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, che istituisce un'azione dell'Unione europea per il marchio del patrimonio europeo, in *Gu-UE* n. L 303 del 22 novembre 2011, p. 1 ss.

⁵⁰ Artt. 7-11 della Decisione n. 1194/2011/UE, *loc. cit.*

a. carattere transfrontaliero o paneuropeo, che serve a comprendere come la loro influenza e attrattiva passata e presente vadano oltre le frontiere nazionali di uno Stato membro;

b. collocazione e ruolo nella storia e nell'integrazione europee e legame con eventi, personalità o movimenti chiave europei;

c. collocazione e ruolo nello sviluppo e nella promozione dei valori comuni che sono alla base dell'integrazione europea.

Ai siti così selezionati la Commissione UE assegnerà il Marchio. I criteri per l'assegnazione sono molteplici e chiaramente definiti: oltre alla tipologia del sito e all'alto valore simbolico per la storia, la cultura e la costruzione europea, conterranno, fra gli altri, la capacità di promozione del sito, anche come destinazione turistica sostenibile, la dimensione educativa rivolta ai cittadini, soprattutto ai giovani, nonché la capacità di realizzare attività di rete con gli altri siti riconosciuti finalizzate allo scambio di esperienze e all'avvio di iniziative comuni. Il conseguimento del Marchio non è dunque, connesso in maniera specifica alla conservazione dei siti, ma piuttosto alla promozione e all'accesso ad essi e alle attività correlate che vengono proposte. Il Marchio comporta nuove opportunità per valorizzare e dare visibilità al patrimonio storico-culturale dell'Europa e ai principi e valori che sono alla base della storia e dell'integrazione europee. Esso manifesta maggiore sensibilità verso il turismo culturale europeo di qualità con le conseguenti ricadute economiche per i territori interessati e stabilisce criteri comuni, univoci e trasparenti per gli Stati membri partecipanti.

Il Marchio, inoltre, è assegnato in modo permanente e i siti riconosciuti sono soggetti ad un controllo periodico⁵¹ per verificare il rispetto continuo dei criteri richiesti. Il loro venir meno può, tuttavia, comportare il ritiro del *label* europeo, previo dialogo con lo Stato membro in questione attraverso la Commissione, al fine di agevolare gli adeguamenti necessari del sito⁵².

Di particolare interesse è quanto espresso nella sezione 2 delle «Informazioni per i siti candidati» relative al «Marchio del patrimonio europeo»⁵³ nella quale si afferma che «la Commissione europea e il panel europeo di esperti indipendenti incaricato di valutare le proposte di siti (cfr. sezione 12) presteranno la dovuta attenzione a garantire che non sussistano rischi di duplicazione o sovrapposizione tra il marchio del patrimonio europeo e altre iniziative nel campo del patrimonio culturale, quali

⁵¹ Art. 15 della Decisione n. 1194/2011/Ue, *cit. supra*, nota 49.

⁵² *Ivi*, art. 16.

⁵³ Reperibile in lingua inglese sul seguente sito internet: http://ec.europa.eu/culture/tools/actions/heritage-label_en.htm.

l'elenco del patrimonio mondiale dell'UNESCO, la lista rappresentativa del patrimonio culturale immateriale dell'umanità dell'UNESCO e gli itinerari culturali europei del Consiglio d'Europa (cfr. articolo 5 della decisione n. 1194/2011/UE).

Dal dato testuale risulta, dunque, che le liste dell'UNESCO e dell'Unione europea sono alternative tra loro. Esse, però, non sono incompatibili. Ad un'analisi approfondita del contesto normativo risulta, infatti, che un determinato sito, seppure già iscritto nella Lista del patrimonio mondiale UNESCO, o in qualsiasi altra iniziativa nel campo del patrimonio culturale, ha la possibilità di candidarsi per ottenere anche il Marchio del patrimonio europeo, purché questa scelta si fondi su valutazioni differenti, basate su criteri autonomi e distinti, così come, d'altronde, diverse sono le esigenze sottese al riconoscimento del Marchio del patrimonio europeo rispetto all'iscrizione nella Lista UNESCO. Mentre l'inserimento di un sito in questa Lista appare maggiormente legato ai suoi aspetti architettonici ed al suo puro ed astratto valore estetico, il riconoscimento del Marchio europeo tende, invece, a valorizzare l'importanza sociale e l'espressione dell'identità europea. In particolare, il Marchio deve servire a sensibilizzare i cittadini europei, soprattutto i giovani, alla conoscenza e alla difesa del patrimonio culturale comune, a favorire la condivisione di esperienze e lo scambio di buone pratiche nell'Unione, ad estendere e a migliorare l'accesso per tutti, a promuovere il dialogo interculturale, a favorire le sinergie fra il patrimonio culturale, da un lato, e il settore della creazione e della creatività contemporanea, dall'altro, ed infine, a contribuire all'attrattiva e allo sviluppo economico e sostenibile delle regioni, in particolare attraverso il turismo culturale.

L'esistenza di un Marchio europeo, anche se non comporta finanziamenti diretti a favore dei siti che l'ottengono⁵⁴ favorisce quelli che ne sono dotati nel chiedere il sostegno di altri programmi dell'Unione.

Il sistema di azione realizzato sinora in seno all'UE appare particolarmente interessante. A conferma di un sempre più rapido percorso di avvicinamento al settore della cultura, sulla scia della Decisione relativa al Marchio del patrimonio europeo l'Unione si è recentemente interessata alla protezione anche di specifici siti archeologici dimostrando di poter svolgere, in un futuro non lontano, un ruolo importante sulla scena internazionale per quanto riguarda la tutela condivisa del patrimonio culturale comune d'Europa.

⁵⁴ Il bilancio del marchio del patrimonio europeo, inferiore a un milione di euro l'anno, copre i soli costi di gestione dell'iniziativa a livello UE.

Per il momento il sito di Pompei non è stato dotato del Marchio del patrimonio europeo⁵⁵, tuttavia, nel marzo 2012 si è avuta l'approvazione di un ingente progetto mirato esclusivamente alla sua conservazione. Si tratta del c.d. Grande Progetto Pompei che, sostenuto da fondi UE per lo sviluppo regionale e da investimenti nazionali⁵⁶, va oltre il mero "salvataggio" del sito e punta alla sua utilizzazione nel quadro dello sviluppo culturale, sociale ed economico del territorio, dal momento che Pompei costituisce una delle più importanti attrazioni turistiche del Paese. In questo modo l'Unione ha dimostrato di credere che l'attuazione di un regime di protezione del patrimonio comune europeo serva sia al raggiungimento di scopi prettamente economici (favorendo un sempre maggiore afflusso turistico culturale) sia preservare valori comuni e condivisi dalla collettività.

Il Grande Progetto Pompei, che ha trovato recentemente una propria collocazione nel sistema normativo nazionale⁵⁷, si inserisce in questa rinnovata ottica di promozione del patrimonio culturale europeo e rappresenta, al di sopra di tutti gli altri progetti sinora realizzati, il superamento di quell'atteggiamento proprio degli Stati membri di farsi esclusivi portatori dell'interesse alla promozione e alla protezione della cultura.

In definitiva si è trattato di un'azione europea, seppure caratterizzata da margini non particolarmente ampi. Tale operato si è risolto, essenzialmente, in misure di incentivazione e sostegno a favore della cooperazione culturale.

6. Conclusioni

Dall'esame dei molteplici progetti culturali emerge come nell'Unione europea, soprattutto nell'ultimo ventennio, vi sia stata un'apertura degli

⁵⁵ Per l'Italia, i siti che hanno ricevuto il Marchio del patrimonio culturale europeo in base al sistema vigente finora sono i Luoghi natali di Rossini, Puccini e Verdi; il Luogo natale di Alcide De Gasperi; l'Isola di Ventotene; il Palazzo del Campidoglio a Roma.

⁵⁶ Il progetto, che si avvale dell'Intesa Interistituzionale Legalità e Sicurezza del 20 gennaio 2012 tra il Ministro della Coesione, il Ministro dei Beni e delle Attività Culturali, il Ministro dell'Interno, il Ministro dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ed il Presidente dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici per la sicurezza degli appalti, dispone di finanziamenti pari a 105 milioni di euro a valere sul Programma Operativo Interregionale «Attrattori culturali, naturali e turismo» (POIn). Esso trova, a livello nazionale, il suo fondamento normativo nell'art. 2 del dl 31 marzo 2011, n. 34, in *Guri* n. 74 del 31 marzo 2011, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 maggio 2011, n. 75, in *Guri* n. 122 del 27 maggio 2011. Al riguardo si veda http://www.pompeisites.org/allegati/GPP/Progetto_TEC.pdf.

⁵⁷ Il Dl 8 agosto 2013, n. 91 - Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo convertito in legge n. 112 del 7 ottobre 2013.

Stati, un tempo gelosamente ancorati alle proprie competenze esclusive in materia culturale, verso un regime sovranazionale dei beni culturali. Probabilmente, questa inversione di tendenza nasce dall'interesse da parte degli Stati membri di valorizzare i propri patrimoni nazionali utilizzando, attraverso lo strumento della "condivisione" della cultura, i mezzi e gli strumenti normativi predisposti in sede internazionale a tal fine.

La chiave di volta, al fine di realizzare un sistema comune di tutela del patrimonio comune europeo, non limitato dalla gestione accentrata dei Governi nazionali, sta nell'idea di concepire la protezione della cultura non come una prerogativa dello Stato sul quale si trovi il bene, il quale afferma in questo modo la propria primazia, quanto piuttosto, del diritto di ciascun individuo di poter godere e soprattutto di *fruire* liberamente del patrimonio culturale europeo.

Per quanto riguarda i problemi del sito archeologico di Pompei e la possibilità che la tutela UE ed UNESCO tornino realmente utili alla loro soluzione va detto che se, da un lato, lo spettro di protezione offerto dall'UNESCO gode di un respiro globale più esteso – per ovvie ragioni legate alla maggiore eco che comporta, essendo maggiore il numero degli Stati che vi partecipano – dall'altro, quello garantito dall'UE con il Grande progetto Pompei – in parte per ragioni legate ai maggiori finanziamenti a disposizione, in parte per il superamento dell'*eccezione culturale* – potrebbe offrire una garanzia in più, e non solo in termini di riabilitazione del sito. Conviene forse valutare in termini di opportunità e convenienza quale sia il regime di protezione più "utile" per salvaguardare il sito di Pompei. Forse, un regime di protezione culturale su base regionale potrebbe condurre a risultati concreti e più rapidi nel sistema di tutela del patrimonio culturale; al di là di una convenienza di carattere economico, data dai maggiori fondi a disposizione dell'Unione, il sistema di protezione culturale regionale appare più vicino ai cittadini ed alla possibilità di una fruizione concreta da parte di questi.

In ogni caso, quale che sarà la soluzione che alla fine prevarrà, occorre che essa garantisca la migliore protezione del sito per garantirne la sua fruizione a tutti sia nel presente che nel futuro.

Questo d'altronde, è anche l'orientamento accolto dalla Convenzione di Faro⁵⁸ del 2011, che non si sovrappone agli strumenti internazionali esistenti ma li integra, chiamando le popolazioni a svolgere un ruolo attivo

⁵⁸ Convenzione-quadro stipulata nell'ottobre del 2005 in Portogallo sotto l'egida del Consiglio d'Europa. Il 27 febbraio 2013 l'Italia ha firmato a Strasburgo la Convenzione di Faro sul valore del patrimonio culturale, portando a ventuno il numero degli Stati Parti. La Convenzione è entrata in vigore il 1° giugno 2011.

nel riconoscimento dei valori dell'eredità culturale, e invitando gli Stati a promuovere un processo di valorizzazione partecipativo, fondato sulla sinergia fra pubbliche istituzioni, cittadini privati, associazioni, soggetti che la Convenzione all'art. 2 definisce «*comunità di eredità*», costituite da «insiemi di persone che attribuiscono valore a degli aspetti specifici dell'eredità culturale, che desiderano, nell'ambito di un'azione pubblica, sostenere e trasmettere alle generazioni future».

La Convenzione di Faro non fa parte del diritto comunitario, e tuttavia già individua una *Common heritage of Europe* fondata sulla tutela di diritti e di libertà fondamentali, con il fine di promuovere lo sviluppo di una società pacifica e stabile, fondata sul rispetto per i diritti dell'uomo, per la democrazia e per lo Stato di diritto.

Iniziative come il «marchio culturale europeo» o accordi come la *Convenzione di Faro* esaminati singolarmente non dimostrano nulla; e tuttavia si tratta di segnali chiari di una certa affezione al problema della protezione condivisa del patrimonio culturale, che non possono essere trascurati, in quanto rappresentano il futuro dell'Unione.

Claudia Migliorati*

SINTESI

L'interesse della Comunità internazionale per la protezione del patrimonio culturale mondiale ha conosciuto, in special modo negli ultimi decenni, uno sviluppo progressivo del diritto internazionale, alla luce dell'affermazione del principio condiviso che il patrimonio culturale di uno Stato sia anche espressione del patrimonio dell'intera umanità.

In questi termini, il sito archeologico di Pompei rappresenta certamente, non solo un esempio del patrimonio culturale nazionale e mondiale, ma al tempo stesso una preoccupazione per le maggiori organizzazioni internazionali, quali l'UNESCO e l'UE, viste le condizioni precarie in cui versa il sito di Pompei.

In quest'ottica si intendono affrontare nel presente lavoro le tematiche connesse da un lato al rischio per il sito di Pompei di essere cancellato dalla Lista del Patrimonio mondiale dell'UNESCO, dall'altro, le prospettive di tutela offerte dall'UE attraverso l'adozione di un apposito progetto (Il Grande Progetto Pompei) finalizzato al restauro dello stesso ed alla sua fruizione da parte dell'intera comunità internazionale.

* Dottore di ricerca in Diritto Internazionale / Università Federico II; cultore di Diritto Internazionale Privato / Università degli Studi di Napoli Federico II e Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli

ABSTRACT

The interest of the international community for the protection of world cultural heritage has known, especially in recent decades the progressive development of international law in light of the affirmation of the principle that the shared cultural heritage of State is also an expression of heritage for all humanity.

In these terms, the archaeological site of Pompeii is certainly an example of the national cultural heritage and the world and at the same time a concern for major international organizations such as UNESCO and the EU, especially for the precarious conditions that are being poured into the Pompeii site.

That is why it is intended in this paper to address issues related to the risk that the Pompeii site might be deleted from the World Heritage List of UNESCO and, on the other hand, to the prospects of protection offered by the EU through the adoption of a specific project (The Great Pompeii Project) aimed at the restoration of the site and its use by the entire international community.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

COME UTILIZZARE LE ESPERIENZE DEL PASSATO PER AFFRONTARE I PROBLEMI ATTUALI E QUELLI FUTURI CONCERNENTI IL CONFLITTO TRA PALESTINESI E ISRAELIANI

Sommario: *Premesse - I. I precedenti cui fare riferimento - 1. Il caso della Regione "Saar" - 2. Una geniale intuizione tecnico-giuridica abbinata ad un atto di notevole coraggio politico - II. Gli insegnamenti ricavabili dall'applicazione dei meccanismi che hanno reso possibile l'integrazione europea - 1. In generale - a. Primo insegnamento - b. Secondo insegnamento - c. Terzo insegnamento - c. Quarto insegnamento - 2. Messa in pratica degli insegnamenti - III. Considerazioni finali e conclusive - 1. Gli insegnamenti sopra visti applicati alla fattispecie in esame - a. Primo insegnamento: progetto concreto e circoscritto - b. Secondo insegnamento: gradualità nell'attuazione del progetto - c. Terzo insegnamento: creazione di apposite istituzioni - c. Quarto insegnamento: necessità di uno sviluppo economico - 2. Conclusioni.*

Premesse

Nessuno può essere tanto ingenuo o sprovveduto da ritenere che la soluzione del problema palestinese sia legata al fattore tempo, una soluzione che possa cioè dipendere dal logoramento delle due parti in conflitto.

La tensione oggi raggiunta in Medio Oriente lascia invece presagire un estremo aggravamento dei contrasti e, quel che è peggio, un allargamento dei medesimi con il coinvolgimento di altri Stati.

Poiché l'impossibilità di stabilire accordi liberamente accettati da entrambe le parti rende le prospettive del conflitto terrificanti, non solo per i territori coinvolti ma per il mondo intero, occorre sforzarsi di ricavare, dalle esperienze del passato, utili indicazioni e suggerimenti per trovare qualche via d'uscita.

D'altra parte, la gravità della situazione è ormai tale che non è più ammissibile né concepibile lasciar qualcosa di intentato per prevenire l'irreparabile.

I. I precedenti cui fare riferimento

1. *Il caso della Regione "Saar"*

Pur tenendo conto della indubbia diversità tra le situazioni da mettere a confronto nonché della diversa dimensione del fenomeno cui fare riferimento e degli eventi che l'hanno determinato, riteniamo che il caso storico-politico da prendere in considerazione per ricavarne utili indicazioni, per il prosieguo del nostro ragionamento, sia quello concernente il controllo sulla "Saar", la Regione situata tra la Francia e la Germania passata, a turno, varie volte attraverso i secoli sotto la sovranità dei francesi e dei tedeschi fino all'attribuzione definitiva alla Germania nel 1957.

In occasione della Conferenza di Versailles (1919) per la conclusione del Trattato di Pace che pose fine alla Prima Guerra Mondiale (1914-1918), il Governo francese rivendicò la sovranità sulla Regione ("Saar") per motivi storici, militari ed economici. Tale rivendicazione fu ovviamente contrastata dalla Germania.

Dal punto di vista storico, secondo il Governo francese, la Francia aveva esercitato la sovranità sulla Regione Saar fin dai tempi di Luigi XIV ("Roi soleil": 1643-1715) e dopo averla persa per un certo periodo a favore della Prussia l'aveva poi recuperata ai tempi della Rivoluzione francese (1789). Successivamente la Francia aveva di nuovo perso la sovranità sulla Saar con la disfatta di Napoleone a Waterloo (1815), ma l'aveva nuovamente acquisita dopo la vittoria nella Prima Guerra Mondiale (1918) e intendeva conservarla.

Dal punto di vista militare la Francia doveva mantenere il controllo sulla Saar per potersi difendere meglio contro eventuali aggressioni della Germania. Infine, sotto il profilo economico, la Francia voleva mantenere il controllo sulle importanti miniere di carbone che si trovavano in tale Regione. In tal modo, sfruttando il carbone della Saar e i propri giacimenti di ferro situati nella contigua Regione francese della Lorena (Lorraine), la Francia intendeva sviluppare a fondo la propria industria carbosiderurgica avvantaggiando così economicamente entrambe le Regioni.

La pretesa del Governo francese, contrastata dalla Germania, venne rigettata sia dagli Stati Uniti sia dall'Inghilterra.

Di conseguenza la Regione Saar, sulla base di un compromesso raggiunto con notevole difficoltà, fu sottoposta all'amministrazione di una Commissione internazionale di cinque membri nominata dalla Società delle Nazioni (l'Organizzazione internazionale che, dopo la Seconda Guerra Mondiale, verrà sostituita dalle Nazioni Unite: ONU). Alla Francia fu riconosciuta la proprietà delle miniere di carbone della Regione contesa, con l'impegno di indire un plebiscito dopo quindici anni di regime internazionale (1920-1935) per consentire agli abitanti della Saar di scegliere tra: l'annessione alla Francia, l'annessione alla Germania oppure la prosecuzione dell'amministrazione internazionale.

Nel 1935 si tenne il plebiscito che determinò, con oltre il 90% di voti favorevoli, l'annessione della Regione Saar alla Germania.

Nuovi problemi sorsero però dopo la Seconda Guerra Mondiale (1945). Terminata la guerra, la Francia riprese il controllo della Saar e riuscì ad imporre alla popolazione della regione un *referendum* per scegliere tra la prosecuzione dei legami con la Germania oppure la separazione da essa per vivere in un'area autonoma e democratica legata alla Francia. La popolazione scelse quest'ultima soluzione e la Saar fu sottoposta alla gestione di un Alto Commissariato francese.

Nel frattempo la vicina Regione tedesca della Ruhr, ugualmente ricca di miniere e di industrie carbossiderurgiche, poneva notevoli problemi obbligando le forze alleate, nel 1948, ad assoggettarla invece ad una apposita autorità internazionale.

Le complicazioni determinate dalle situazioni sopra descritte non lasciavano prevedere possibili soluzioni alle contese in atto.

Per di più la gravità delle tensioni politiche provocate dal blocco sovietico di Berlino (1948) e quella dei problemi economici causati dalle difficoltà di provvedere alla riparazione dei danni di guerra non consentivano di immaginare sbocchi pacifici di qualche affidabilità.

2. *Una geniale intuizione tecnico-giuridica abbinata ad un atto di notevole coraggio politico*

Le vicende sopra descritte fanno comprendere le gravi difficoltà in cui si sono trovate ad operare le autorità politiche dei vari Stati coinvolti nel conflitto europeo.

Le soluzioni di volta in volta individuate, per quanto caratterizzate da aspetti di una qualche originalità, rispettavano schemi già studiati e che

ugualmente sarebbero stati seguiti nello stesso periodo per risolvere i problemi della città di Tangeri in Marocco (Trattato di Parigi del 1923) e quelli della città di Danzica in Polonia (Trattato di Parigi del 1920).

Ma ciò che distingue il caso della Regione Saar (quello del primo esperimento successivo alla Prima Guerra Mondiale) dagli altri ad esso comparabili è che l'assoggettamento ad un organismo internazionale autonomo della gestione delle attività economico-commerciali della Regione, aveva dimostrato come fosse possibile, in tale periodo, creare sviluppo economico a favore dell'intera popolazione della Regione sottraendola all'influenza politica degli Stati in conflitto.

Diversamente da quello effettuato dopo la Prima Guerra Mondiale, l'esperimento realizzato dopo la Seconda Guerra Mondiale che, come abbiamo visto, ha sottoposto la Saar al Governo di un Alto Commissariato francese, non ha avuto successo. In effetti, sottoporre al governo di un Alto Commissariato francese un'intera regione che nel plebiscito del 1935 aveva scelto, con il 90,5% dei voti espressi, l'annessione alla Germania, significava disattendere i più elementari principi del sistema democratico.

Il secondo esperimento è stato quindi un insuccesso per il Governo francese che l'aveva voluto¹.

L'insuccesso finale subito dalla Francia ha fatto però brillare nella testa di una delle personalità francesi più intelligenti e lungimiranti di quel periodo, *Jean Monnet*, l'intuizione geniale di estendere il primo esperimento di gestione internazionale delle attività economiche esercitate nella Saar (quello effettuato dopo la Prima Guerra Mondiale) a tutte le aziende carbosiderurgiche francesi e tedesche con il coinvolgimento della Francia, della Germania e degli altri Stati europei interessati.

L'insuccesso del secondo esperimento della Saar, quello effettuato dopo la Seconda Guerra Mondiale, ha dunque suggerito a Jean Monnet, l'idea di far partecipare Francia e Germania, due Stati nemici, da secoli in guerra tra loro, ad un progetto rivoluzionario consistente nella creazione di un sistema di gestione in comune di tutte le risorse carbosiderurgiche esistenti nei due Paesi, affidandone l'amministrazione ad una struttura sovranazionale con poteri effettivi e sottoponendone il controllo ad una Corte di giustizia in grado di emettere decisioni vincolanti.

¹ Ciò nonostante la Francia fece un ultimo tentativo di mantenere un qualche controllo, anche indiretto, sulla regione imponendo l'organizzazione di un *referendum* sull'europeizzazione della Saar. Questa volta la proposta francese fu bocciata dalla popolazione e, alla fine, sulla base di un accordo franco-tedesco del 1956, la Saar venne definitivamente annessa alla Germania il 1° gennaio 1957.

L'insuccesso del secondo esperimento della Saar non solo ha suggerito a Jean Monnet la geniale intuizione, ma ha anche contribuito a fare riflettere, sui motivi di tale insuccesso, un altro uomo politico che sarebbe divenuto determinante per la realizzazione del progetto che Jean Monnet aveva concepito.

Si tratta di Robert Schuman che ha avuto in seguito, come Ministro degli Esteri francese, il coraggio politico di dare attuazione al progetto di Jean Monnet, assumendosene tutte le responsabilità di fronte al suo Paese.

Il tecnocrate Jean Monnet e il politico Robert Schuman hanno dunque "inventato" la Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) attuando un progetto di natura economica per risolvere un problema politico: il conflitto tra Francia e Germania.

Ciò che in seguito è avvenuto fa parte della nostra storia e il risultato derivato dall'idea geniale di Jean Monnet, è da tutti riconosciuto come assolutamente straordinario tanto sotto il profilo politico quanto sotto il profilo economico-sociale.

Val la pena riportare, qui di seguito, il celebre passo della dichiarazione di Robert Schuman (scritta da Jean Monnet) che ha avviato l'eccezionale processo di integrazione dell'Europa: *«L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto. (...) A tal fine, il governo francese propone di concentrare immediatamente l'azione su un punto limitato ma decisivo. Il governo francese propone di mettere l'insieme della produzione franco-tedesca di carbone e di acciaio sotto una comune Alta Autorità, nel quadro di un'organizzazione alla quale possono aderire gli altri paesi europei. La fusione delle produzioni di carbone e di acciaio assicurerà subito la costituzione di basi comuni per lo sviluppo economico, prima tappa della Federazione europea, e cambierà il destino di queste regioni che per lungo tempo si sono dedicate alla fabbricazione di strumenti bellici di cui più costantemente sono state le vittime. La solidarietà di produzione in tal modo realizzata farà sì che una qualsiasi guerra tra la Francia e la Germania diventi non solo impensabile, ma materialmente impossibile»*. Nella sua semplicità e nella sua chiarezza, il passo sopra riportato racchiude in poche righe tanto l'idea geniale di Jean Monnet quanto la prova del coraggio di Robert Schuman, consapevole di assumersi una responsabilità di enorme peso politico di fronte al suo Paese.

La misura di questa consapevolezza si ricava dal fatto che la celebre dichiarazione, letta la sera del 9 maggio 1950, non era stata comunicata ad alcun Ministero del Governo francese, neppure ai membri dello stesso Ministero degli Esteri di cui Robert Schuman era Ministro!!

La ragione era evidente: tutte le forze economiche e sindacali francesi

erano contrarie al progetto e una semplice notizia diffusa in anticipo, se male interpretata, avrebbe potuto compromettere il successo dell'intera iniziativa.

Nel prossimo paragrafo effettueremo un'analisi del passo, sopra riportato, della dichiarazione di Robert Schuman, studiandone le possibili applicazioni concrete in ambiti diversi.

II. Gli insegnamenti ricavabili dall'applicazione dei meccanismi che hanno reso possibile l'integrazione europea

1. In generale

Dal passo sopra riportato della dichiarazione di Robert Schuman si possono ricavare quattro insegnamenti.

a. Primo insegnamento: qualunque processo volto a conciliare le parti in conflitto deve partire da un progetto concreto e ben circoscritto, che sia fornito di regole precise e in grado di indicare, con chiarezza, obiettivi e funzioni nonché ruoli e meccanismi operativi.

Nel caso della CECA il progetto riguarda, in effetti, la gestione in comune di soli due prodotti: il carbone e il ferro.

b. Secondo insegnamento: lo sviluppo del progetto deve essere graduale, in modo da poter affrontare un problema dopo l'altro sulla base delle regole accettate e dei meccanismi stabiliti.

Nel caso della CECA il progetto prevedeva la gestione in comune del carbone e del ferro come tappa iniziale per la creazione successiva della Federazione europea.

c. Terzo insegnamento: è indispensabile creare apposite istituzioni dotandole dei poteri necessari per gestire il progetto comune.

Nel caso della CECA, sono state previste sia la creazione di un'Alta Autorità con poteri effettivi per gestire il progetto comune sia l'istituzione di una Corte di giustizia per risolvere le controversie fra le parti in conflitto.

d. Quarto insegnamento: è indispensabile che il progetto crei occasioni di sviluppo economico garantendo la massima diffusione del benessere di cui debbono beneficiare le popolazioni interessate.

Nel caso della CECA lo sviluppo economico era uno dei principali obiettivi perseguiti.

2. Messa in pratica degli insegnamenti

Mettendo in pratica i quattro insegnamenti sopra riportati, in ambito comunitario, sono stati realizzati gli straordinari risultati cui sopra è stato

fatto cenno.

Ma questi stessi insegnamenti hanno anche consentito di realizzare obiettivi politici importanti, come ha riconosciuto *John Hume*, parlamentare europeo e membro del Parlamento dell'Irlanda del Nord, insignito del Premio Nobel per la Pace nel 1999.

Intervenendo il 9 maggio 2000 a Bruxelles al Convegno celebrativo del 50° Anniversario della Dichiarazione di R. Schuman, organizzato dalla Commissione europea e dal Parlamento europeo, John Hume ha apertamente riconosciuto, suscitando interesse e consenso generali tra i partecipanti al Convegno, che il ristabilimento della Pace nell'Irlanda del Nord è stato possibile grazie all'applicazione di tre principi ricavati dall'esperienza comunitaria.

Si tratta dei tre principi che hanno trovato sistematica applicazione nel corso della storia della Comunità europea e dell'Unione europea, rendendo possibile il raggiungimento degli eccezionali risultati che tutto il mondo riconosce.

Il primo principio, secondo Hume, consiste nel rispetto delle «differenze». A ben vedere ogni conflitto nasce dall'esistenza di differenze: di nazionalità, di religione, di lingua, di etnia etc. L'obiettivo da perseguire, applicando il predetto principio, non è quello di cancellare le differenze esistenti ma quello invece di rispettarle.

La storia della prima Comunità europea, la Ceca, dimostra che l'applicazione di questo principio, consentendo di eliminare il pericolo di guerre in Europa a partire dai primi anni cinquanta, ha fornito le basi ed ha aperto la strada all'impressionante sviluppo ottenuto dagli Stati europei negli anni successivi.

Il secondo principio consiste nella creazione di istituzioni in grado di imporre agli Stati membri l'osservanza del primo principio appena visto, quello del rispetto delle differenze.

Le istituzioni dell'Unione europea operano sistematicamente rispettando le differenze e impongono da sempre agli Stati membri di fare altrettanto, mediante l'adozione di atti vincolanti che si applicano anche agli Enti pubblici nonché alle persone fisiche e giuridiche di tutta l'Europa.

Il terzo ed ultimo principio, sempre secondo Hume, consiste nel fornire stimoli ed occasioni di esercitare l'attività economica, rispettando le regole del mercato. A giudizio di Hume l'applicazione di quest'ultimo principio consente di valorizzare concretamente gli altri due perché rende economicamente proficua la loro funzione.

L'applicazione dei tre principi appena visti ha reso possibile il raggiungimento di un risultato insperato, vale a dire il ristabilimento della pa-

ce nell'Irlanda nel Nord, un obiettivo inseguito vanamente durante tre secoli nell'intento di porre fine alle violenze ed ai massacri che avevano lasciato sgomento il mondo intero.

Ma l'importante risultato ottenuto grazie all'applicazione dei tre principi appena ricordati, ha spinto John Hume a suggerire all'Unione europea di creare, all'interno della propria struttura, una vera e propria direzione operativa incaricata di svolgere un servizio speciale «per la pace e la riconciliazione».

Tale direzione dovrebbe svolgere la propria attività recandosi nelle zone del mondo nelle quali perdurano conflitti antichi e pericolosi allo scopo di trasmettere ai popoli coinvolti in tali conflitti un messaggio contenente la filosofia fondata sui principi sopra descritti, prestando la necessaria assistenza per darvi concreta applicazione.

Come ben si può comprendere, i principi enunciati da J. Hume sono direttamente connessi ai quattro insegnamenti sopra descritti ed esaminati.

III. Considerazioni finali e conclusive

Sulla base di quanto in precedenza esposto è ora possibile procedere all'elaborazione di alcune considerazioni conclusive con riferimento alla situazione del Medio Oriente.

Tali considerazioni saranno necessariamente svolte in forma schematica, data la difficoltà di tener conto di numerosi aspetti, di sicura rilevanza, noti soltanto a pochi specialisti.

1. *Gli insegnamenti sopra visti applicati alla fattispecie in esame*

Mettendo in pratica gli insegnamenti sopra esaminati possiamo ipotizzare l'elaborazione delle seguenti proposte:

a. *Primo insegnamento: progetto concreto e circoscritto*

Nel nostro caso il progetto dovrebbe concentrarsi sulla città di Gerusalemme.

Gerusalemme, la città Santa, città simbolo per ognuna delle tre religioni monoteiste, è una città da sottoporre ad un regime giuridico straordinario tale da consentire, tanto una gestione amministrativa adeguata per i cittadini residenti quanto la libertà di accesso, soprattutto ai luoghi di culto, per i cittadini non residenti di tutte le nazionalità.

b. Secondo insegnamento: gradualità nell'attuazione del progetto

Il regime da applicare alla città di Gerusalemme costituisce certo il primo passo per l'instaurazione di forme di collaborazione di altro tipo. Occorre però, in ogni caso, che la messa in funzione di tale regime avvenga dopo la creazione delle strutture previste e dopo la conclusione di tutti gli accordi necessari che dovranno essere sottoposti a controllo internazionale.

c. Terzo insegnamento: creazione di apposite istituzioni

Dal punto di vista operativo questo è l'aspetto più importante.

Come abbiamo visto, trattando del processo di integrazione europea, occorre che le decisioni con effetti vincolanti vengano adottate da una istituzione alla quale partecipino, oltre alle parti contendenti, anche gli altri soggetti, intenzionati a trovare soluzioni utili alla generalità degli interessati.

L'Alta Autorità della Ceca, istituita per gestire in comune il carbone e l'acciaio, appartenenti soprattutto alla Francia e alla Germania, era composta da nove Commissari quando i Paesi membri erano solo sei.

Ciò significa che la decisione finale non spettava ad alcuna delle parti contendenti ma dipendeva dalle convinzioni della maggioranza che detenevano il potere.

Situazioni analoghe si registravano in seno ad altre due istituzioni della Ceca, come il Consiglio dei Ministri e l'Assemblea parlamentare.

Anche in seno a queste istituzioni era necessario seguire la regola democratica del dibattito e delle decisioni a maggioranza. Occorrevano quindi argomenti validi per ottenere il consenso della maggioranza dei membri di ognuna delle due istituzioni.

Ma l'istituzione che si è rivelata determinante per il successo della Ceca è stata la Corte di giustizia. Questa istituzione, anch'essa formata dai rappresentanti di tutti gli Stati membri, ha svolto un ruolo decisivo per la soluzione delle controversie fra gli Stati membri fra loro, fra le istituzioni e gli Stati membri nonché fra gli operatori economici europei, da un lato, e le istituzioni e gli Stati membri dall'altro lato.

A ben vedere, pur non essendo una istituzione importante come l'Alta Autorità della Ceca, senza la Corte di giustizia la Ceca non avrebbe avuto modo di funzionare correttamente e, soprattutto, non potendo risolvere le controversie che continuamente nascevano, non sarebbe durata a lungo.

Che la presenza di una Corte di giustizia sia un elemento determinante per il successo di qualunque organizzazione interstatuale, lo dimostra an-

che la storia degli Stati Uniti d'America. Prima dell'approvazione della celebre Costituzione federale del 1787, i Tredici Stati che l'avevano approvata erano legati fra loro dagli articoli di una "Confederazione" che non era in grado di funzionare perché non prevedeva alcuna Corte di giustizia. Per questo i Tredici Stati furono costretti ad approvare la Costituzione federale del 1787 che invece la prevedeva.

Venendo ora alla situazione di Gerusalemme, l'accordo internazionale da stipulare dovrebbe innanzitutto prevedere una Istituzione dotata dei poteri di gestire la città in modo da garantire che all'interno delle zone assegnate alle parti contendenti ciascuna di esse le possa amministrare secondo le proprie leggi e regole mentre per i rapporti tra le autorità delle diverse zone e per quelli tra i cittadini di una zona e l'autorità preposta alle altre dovrebbe essere competente l'Istituzione di Gerusalemme.

La stessa Istituzione dovrebbe anche essere competente a garantire la libertà di accesso ai luoghi di culto in tutte le parti della città.

Analogamente, in caso di controversie, la Corte di giustizia di Gerusalemme avrebbe il potere di risolvere quelle insorte tra le autorità delle diverse zone come quelle tra i cittadini di una zona e le autorità delle altre. All'interno di ogni zona sarebbero invece competenti le autorità locali (amministrative e giudiziarie) nei rapporti e nelle controversie relativamente ai cittadini della stessa zona.

Un aspetto importante è la composizione delle istituzioni di Gerusalemme (amministrativa o giudiziaria).

Oltre alla presenza dei rappresentanti delle parti contendenti, occorre certo una presenza internazionale ma, a nostro avviso, di carattere speciale.

Sarebbe consigliabile, quindi, che i membri internazionali delle istituzioni di Gerusalemme fossero nominati dalle Nazioni Unite ma all'interno di una rosa di nomi designati dalle Organizzazioni politiche più rappresentative dei quattro continenti.

E così, ad esempio, se si stabilisce nell'accordo che l'Europa ha diritto di avere due rappresentanti in seno all'Istituzione amministrativa di Gerusalemme, l'Unione europea indicherà quattro nominativi (e, quindi, il doppio di quelli da nominare) e le Nazioni Unite sceglieranno i due da nominare come membri delle Istituzioni.

Per il Nord-America la designazione dei nomi potrebbe spettare al Nafta (Stati Uniti, Messico, Canada). Per il mondo arabo spetterebbe alla Lega araba etc.

Nello stabilire la struttura istituzionale, l'accordo internazionale dovrà fissare i confini dei territori riconosciuti alle parti contendenti non solo per

la città di Gerusalemme ma anche per l'intera area (Palestina) così da prevedere la possibilità che la gestione amministrativa dei rapporti tra le parti contendenti, come la risoluzione delle controversie, possano essere affidate, su richiesta di una delle parti, rispettivamente, all'Istituzione amministrativa o alla Corte di giustizia di Gerusalemme.

È ovvio che le decisioni dell'Istituzione amministrativa, una volta adottate secondo le regole previste dall'accordo internazionale, dovranno essere osservate dalle autorità delle parti contendenti, salva la possibilità di impugnazione davanti alla Corte di giustizia di Gerusalemme.

Analogamente, le decisioni della Corte di giustizia di Gerusalemme, dovranno essere applicate dalle autorità amministrative e giudiziarie delle parti contendenti.

Gli altri aspetti della gestione amministrativa e di quella giudiziaria potranno essere regolati tenendo conto delle necessità che dovessero essere affrontate.

È possibile immaginare che l'Unione europea possa stipulare un accordo speciale con le parti contendenti in modo da regolare congiuntamente i rapporti con le parti medesime sotto il profilo giuridico, economico e sociale.

d. Quarto insegnamento: necessità di uno sviluppo economico

Questo è, per ogni iniziativa volta a rendere possibile una cooperazione fra Stati indipendenti, il problema più importante da risolvere.

Per il caso in esame, potrebbe trattarsi però di un problema di importanza marginale se si dovesse trovare l'accordo sugli altri punti precedentemente esaminati.

È, infatti, così grande lo sgomento che le vicende del conflitto in Medio Oriente suscitano nel mondo intero da far ritenere più che certa la più ampia disponibilità di tutte le Nazioni a partecipare finanziariamente ed economicamente a qualunque iniziativa volta a porre fine a questo conflitto.

Sotto il profilo economico, quindi, non dovrebbero esservi difficoltà ad organizzare un imponente "*Piano Marshall*" mondiale per risolvere un conflitto che la coscienza civile delle nostre democrazie non è più in grado né di comprendere né di sopportare.

In ogni caso il sostegno internazionale dovrà tendere a far crescere l'economia e il benessere in tutta l'area riservando la possibilità alle Istituzioni di Gerusalemme, preposte alla gestione amministrativa e a quella giudiziaria, di controllare il corretto impiego dei finanziamenti e degli investimenti di capitale.

2. Conclusioni

Considerata l'impossibilità di raggiungere soluzioni credibili se le decisioni continuano a dipendere unicamente dalla volontà delle parti contendenti, ci sembra che quelle sopra indicate, basate su esperienze positive da tutti riconosciute, possano quantomeno meritare una favorevole attenzione ed un esame approfondito.

Ciò di cui si ha ora sicuramente bisogno è un grande sforzo di volontà e un atto di grande coraggio politico, nella convinzione che nulla debba essere tralasciato per prevenire lo scoppio di un conflitto dalle conseguenze imprevedibili.

Fausto Capelli

SINTESI

La ripresa, negli ultimi tempi, dello scambio di reciproche accuse tra israeliani e palestinesi minaccia di rendere ancora più ardua la ricerca di strumenti adeguati per attenuare i rischi connessi ad un grave inasprimento dell'annoso conflitto.

In questo articolo, l'Autore tenta di individuare, tra gli esempi storici del passato, quelli più adatti a servire da modello per contribuire al rilancio dei negoziati di pace.

ABSTRACT

The revival, in recent times, of the exchange of reciprocal accusations between Israelis and Palestinians threatens to make even more difficult the search for appropriate instruments to mitigate the risks related to a severe worsening of the age-old conflict.

In this article, the Author attempts to identify, among the historical examples of the past, those most likely to become a model to help the renewal of the peace negotiations.

CITTADINANZA EUROPEA: DIRITTO ALLA LIBERA CIRCOLAZIONE IN UNO SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E GIUSTIZIA

Sommario: *Premessa - 1. La giurisprudenza della Corte di giustizia e le tecniche di protezione e tutela della cittadinanza europea e dei diritti del cittadino europeo - 2. Cittadinanza europea e spazio di libertà, sicurezza e giustizia - 3. Giurisprudenza della Corte di giustizia su casi aventi ad oggetto un mandato d'arresto europeo in connessione con problematiche legate alla cittadinanza - 4. Caso Kozłowski: nozioni di «residenza» e «dimora», condizioni per l'accesso al trattamento più favorevole previsto dalla legislazione nazionale - 5. Caso Wolzenburg: il criterio del godimento effettivo dei diritti derivanti dallo status di cittadino dell'Unione come "filtro interpretativo" di disposizioni nazionali sul MAE che non richiamano la categoria del cittadino europeo - 6. Valutazioni conclusive sul ventaglio di tutele accordate al cittadino europeo nell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo - 7. Valutazioni conclusive sull'attuale portata della cittadinanza europea.*

Premessa

Il presente contributo analizza la tematica della cittadinanza europea e dei diritti del cittadino nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale. Nello specifico, prende in considerazione la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di cittadinanza europea e tende a dimostrare, da una parte, l'importanza di tale istituto in relazione alle sfide future dell'Unione europea e, dall'altra, a mettere in evidenza gli ostacoli, giuridici e politici, che si frappongono all'affermazione dello *status* di cittadino europeo, ad esempio nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale.

Un ampliamento del *focus* sulla cittadinanza europea favorirebbe il senso di consapevolezza dei cittadini degli Stati membri di essere anche (o

forse, soprattutto, dopo aver oltrepassato i confini nazionali) cittadini europei e la condivisione del progetto europeo. Soggetti responsabili per la realizzazione di tutto ciò sono l'Unione europea e gli Stati membri, che dovrebbero impegnarsi affinché il cittadino europeo sia non solo titolare delle libertà e dei diritti proclamati dall'Unione, ma anche protagonista delle politiche di cooperazione dell'Unione europea.

La costruzione di un'«Europa dei diritti»¹ dovrebbe, infatti, essere coniugata con la creazione di un'«Europa della giustizia»² che renda i cittadini europei non solo titolari di diritti, ma anche consci di poterli esercitare in uno spazio di giustizia, sempre nel rispetto reciproco e con una più forte responsabilità che è quella di essere cittadini europei. Del resto tale obiettivo è insito nell'istituzione stessa della cittadinanza europea, la quale mira a rendere il singolo «soggetto politico, partecipe e consapevole protagonista del processo di integrazione europea»³.

Al fine di verificare se, allo stato attuale, il cittadino europeo occupi una posizione di centralità, è d'uopo analizzare quale sia il complesso di tutele che gli sono offerte anche nel momento in cui si muove nello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libertà di circolazione delle persone» (art. 3, par. 2, TUE); spazio che, come afferma sempre il medesimo articolo, «è offerto ai cittadini europei». Tra le normative messe a punto nella regolamentazione di tale spazio, si è scelto di focalizzare l'attenzione sulla disciplina del mandato d'arresto europeo, contenuta nella decisione-quadro n. 2002/584/GAI⁴. Nell'analizzare l'impatto di tale decisione-quadro nel contesto normativo e giurisprudenziale europeo e nella vita dei cittadini europei si darà ampio spazio alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia.

1. La giurisprudenza della Corte di giustizia e le tecniche di protezione e tutela della cittadinanza europea e dei diritti del cittadino europeo

Dal punto di vista temporale si può affermare che, nel decidere su casi aventi ad oggetto problematiche collegate alla cittadinanza europea e in particolare al diritto di libera circolazione, la Corte ha, durante un primo

¹ Par. 2 del Programma di Stoccolma, in *Gu-Ue* n. C 115 del 4 maggio 2010.

² *Ivi*, par. 3.

³ C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 5; cfr.: U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2008, p. 97.

⁴ Decisione-quadro del Consiglio, n. 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri - Dichiarazioni di alcuni Stati membri sull'adozione della decisione-quadro, in *Guce* n. L 190 del 18 luglio 2002, pp. 1-20.

periodo, fornito interpretazioni nella «prospettiva del mercato interno»⁵, in seguito è arrivata a riconoscere il diritto alla libera circolazione a soggetti per il solo fatto di essere cittadini europei. La Corte è andata poi al di là dell'interpretazione estensiva del divieto di discriminazione tra cittadini nazionali e cittadini dell'Unione economicamente attivi e ha esteso la portata di tale principio anche ai cittadini europei per il solo fatto di essere tali⁶ e ai loro familiari⁷.

Tra le pronunce in questo ambito è da approfondire il caso *Zhu and Chen*⁸ poiché quest'ultimo chiarisce esaustivamente il passaggio da una «logica di mercato» (libertà di circolazione dei lavoratori dipendenti o autonomi, libertà di stabilimento, libera prestazione di servizi) ad una «logica associata alla cittadinanza»⁹, arrivando ad affermare l'esistenza di un diritto di soggiorno a favore dei cittadini dell'Unione negli Stati in cui questi ultimi non risiedono. Per comprendere l'importanza di tale sentenza è opportuno richiamare taluni aspetti del caso di specie. In tale vicenda viene invocato il diritto di soggiorno in uno Stato membro (il Regno Unito) a favore di una minore provvista della nazionalità di un altro Stato membro (l'Irlanda) e che quindi poteva vantare diritti di cittadinanza europea. Invero la piccola *Catherine Chen*, figlia di due cittadini cinesi, era nata in Irlanda dove vigeva il principio dello *ius soli*, quindi era cittadina irlandese e perciò europea. La madre di *Catherine Chen* si era poi trasferita in Galles, dove aveva richiesto un permesso di soggiorno per sé e per la

⁵ Cfr., ad esempio, la sentenza del 7 luglio 1976 in causa n. 118/75, *Watson e Belmann*, in *Raccolta*, 1976 p. 1185. In tale sentenza, la Corte, sulla base del principio di non discriminazione dei lavoratori di altri Stati membri rispetto ai lavoratori nazionali, ha inteso in maniera ampia le nozioni di «lavoratore» e di «prestatore di servizi».

⁶ Cfr., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2000 in causa n. C-184/99, *Grzelczyk*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6193 e annotata in questa *Rivista*, 2001, p. 696. Al signor Grzelczyk (studente cittadino francese) vengono riconosciute le stesse agevolazioni (nel caso: beneficio di una prestazione sociale di un regime non contributivo) che sarebbero state riconosciute ai cittadini dello Stato in cui si trovava (nel caso Belgio) poiché la cittadinanza dell'Unione è destinata a diventare «lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri» (punto 31) e una normativa nazionale che non pone nelle stesse condizioni i cittadini nazionali e i cittadini di altri Stati membri viola il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

⁷ Cfr., ad esempio la sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2002 in causa n. C-60/00, *Carpenter*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6279 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 528, in cui viene riconosciuto un diritto di soggiorno alla signora Carpenter, cittadina di uno Stato terzo, per la particolare importanza della tutela e del rispetto della vita familiare. Infatti, suo marito, il signor Carpenter, era un prestatore di servizi e sovente doveva viaggiare per lavoro, per cui molto spesso non poteva provvedere, a causa della sua professione, ai bisogni della sua famiglia; questo compito poteva, invece, essere agevolmente adempiuto dalla signora Carpenter.

⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 19 ottobre 2004 in causa n. C-200/02, *Zhu and Chen*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9925 e annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 89.

⁹ J. ZILLER, *Il diritto di soggiorno e di libera circolazione nell'Unione europea alla luce della giurisprudenza e del Trattato di Lisbona*, in *Diritto Amministrativo*, 2008, n. 4, pp. 944-945.

figlia. Visto che gli Stati membri, come noto, dispongono del potere di definire i criteri in base ai quali attribuire la nazionalità, la questione che si poneva era se una cittadina europea in tenera età, che disponeva di risorse sufficienti e di un'assicurazione di malattia ma che non risiedeva nello Stato membro al quale richiedeva il diritto di soggiorno, potesse godere di tale diritto in questo Stato e se questo diritto potesse essere fruito anche da sua madre, cittadina di uno Stato terzo. La Corte, seguendo la «prospettiva della cittadinanza europea» e facendo valere il criterio dell'effettività della cittadinanza attribuita da uno Stato membro, per cui gli altri Stati membri non dovrebbero sindacare tale attribuzione, ha riconosciuto il diritto di soggiorno in Regno Unito per la piccola Catherine Chen e per sua madre.

Prendendo, poi, in considerazione la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia è opportuno dedicare ampio spazio al caso *Ruiz Zambrano*.

Nella vicenda *Zambrano*¹⁰, la Corte si è trovata davanti al caso di due bambini-cittadini belgi (ai quali, ai sensi della legislazione belga, è stata riconosciuta la cittadinanza belga dal momento che in assenza di qualsivoglia iniziativa dei genitori volta ad ottenere la cittadinanza colombiana, la legge colombiana non riconosce tale cittadinanza ai bambini nati fuori del territorio della Colombia) e dei loro genitori, cittadini colombiani, che richiedono il diritto di soggiorno e il permesso di lavoro in Belgio. La sentenza *Zambrano* è di fondamentale importanza poiché in essa sembra emergere un «concetto di integrazione che trascende il superamento dei confini nazionali» per cui la tutela dell'art. 20 TFUE¹¹ sarebbe applicabile anche in assenza di circolazione¹².

La Corte di giustizia si è trovata ad affrontare nel caso *Zambrano* le questioni se gli artt. 18¹³, 20, 21¹⁴ TFUE, da soli o congiuntamente, conferiscano al cittadino dell'Unione un diritto di soggiorno nel territorio dello Stato membro di cui questi ha cittadinanza a prescindere dall'esercizio del

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia, dell'8 marzo 2011 in causa n. C-34/09, *Ruiz Zambrano*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 1177 e in questa *Rivista*, 2012, p. 459 con commento di E. PAGANO, *Ricongiungimento familiare, cittadinanza e residenza: dal caso Zambrano al caso Dereci*, 2012, p. 467.

¹¹ Art. 20 TFUE: «È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti dai Trattati».

¹² I. OTTAVIANO, *La Corte di Giustizia riconosce all'art. 20 TFUE un'autonoma portata attributiva di diritti al cittadino europeo*, in *Europa e diritto Privato*, 2011, n. 3, p. 797 ss., *passim*.

¹³ Principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

¹⁴ Diritto di circolare e di soggiornare liberamente.

diritto di libera circolazione negli Stati membri¹⁵ e, quindi, in mancanza di una connessione con il diritto dell'Unione.

La particolarità e la portata innovativa della pronuncia resa nel caso *Zambrano* stanno nel fatto che la Corte ha statuito che il diritto di non essere obbligati ad abbandonare il territorio dell'Unione debba essere riconosciuto ai figli dei coniugi Zambrano perché deriva direttamente dal loro essere cittadini europei e rientra nell'alveo dei «*droits essentiels*» di cittadinanza europea anche se non specificatamente elencato nell'art. 20 TFUE¹⁶. In tale ottica, la Corte, superando il «*collegamento privilegiato*» tra diritti di cittadinanza europea ed esercizio della libertà di circolazione¹⁷, ha ritenuto che il concedere ai genitori, cittadini colombiani, un diritto di soggiorno in uno Stato membro, nella specie il Belgio, e il riconoscere agli stessi un permesso di lavoro, sia funzionale affinché non sia «nullificato in concreto lo status di cittadini europei» dei figli e ad evitare che essi debbano abbandonare il territorio dell'Unione¹⁸. In particolare, la Corte di giustizia è arrivata ad affermare che il Belgio, nel particolare caso di specie, avrebbe dovuto assicurare ai coniugi Zambrano, cittadini di Stati terzi, soggiornanti legittimamente nel territorio dell'Unione e genitori di cittadini europei in tenera età, un diritto di soggiorno e un permesso di lavoro¹⁹.

Interessante è, anche, il ragionamento sviluppato dall'Avvocato Generale Sharpston nelle sue conclusioni nel caso *Zambrano*. Attraverso un'ampia ricostruzione della giurisprudenza, l'Avvocato Generale giunge ad ipotizzare che l'esercizio dei diritti derivanti dalla cittadinanza dell'Unione non è «(...) sempre indissolubilmente e necessariamente vincolato ad uno spostamento fisico» (punto 77)²⁰. Queste considerazioni, e soprattutto l'esigenza di garantire la tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea, conducono l'Avvocato Generale ad un'interpretazione dell'art. 21 TFUE, attraverso la quale ha considerato separatamente i due termini «circolare» e «soggiornare» (punto 81), di modo che si potrebbe ritenere che i

¹⁵ I. OTTAVIANO, *La Corte di Giustizia riconosce all'art. 20 TFUE un'autonoma portata*, cit. *supra*, nota 12.

¹⁶ P. MENGOZZI, *La sentenza Zambrano: prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa*, in *Studi integr. eur.*, 2011, n. 3, p. 417, *passim*.

¹⁷ L. MONTANARI, *Una nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e Mc Carthy*, in *La Comunità Internazionale*, 2011, p. 434.

¹⁸ P. MENGOZZI, *La sentenza Zambrano*, loc. cit., p. 429.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ L. MONTANARI, *Una nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea: alcune riflessioni sulle sentenze Ruiz Zambrano e Mc Carthy*, in *La Comunità Internazionale*, 2011, p. 439.

diritti connessi alla cittadinanza potrebbero essere fatti valere anche nei confronti dello Stato membro del quale si è cittadini e dal quale non ci si è mai allontanati²¹.

A partire dall'"evolutiva" pronuncia *Zambrano*, si sarebbero potuti prevedere futuri sviluppi nell'affermazione dello *status* di cittadino europeo²² al di là di situazioni di tipo transfrontaliero, circostanza che, però, non si è verificata nelle pronunce successive, quali, ad esempio la sentenza *McCarthy*²³. Si potrebbe ritenere, dunque, che il criterio «*l'essentiel des droits*» sia destinato ad operare in casi nei quali le misure nazionali producono effetti analoghi a quelli che si sarebbero verificati nel caso *Zambrano* e che avrebbero comportato l'impossibilità di esercitare diritti di cittadinanza europea²⁴.

D'altra parte, sono molti sono i "progressi giurisprudenziali" che la Corte di giustizia ha raggiunto anche nei casi successivi alla sentenza *Zambrano*.

A tal proposito, è importante analizzare la vicenda *Dereci*²⁵, apprezzando altresì le differenze con la sentenza *Zambrano*. La Corte di giustizia, nella sentenza *Dereci*, si è occupata di più casi collegati tra loro per il fatto che i ricorrenti delle cause principali sono tutti cittadini di Stati terzi, che desiderano vivere con i loro familiari, cittadini dell'Unione, residenti in Austria e cittadini austriaci.

È da precisare che nel caso *Dereci* «(...) i cittadini dell'Unione in questione non hanno mai fatto uso del loro diritto alla libera circolazione e

²¹ L. MONTANARI, *Una nuova tappa nella definizione della portata della cittadinanza europea*, cit. *supra*, nota 20, pp. 439-440.

²² *Ibidem*, p. 441.

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 2011 in causa n. C-434/09, *McCarthy*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 3375 e in questa *Rivista*, 2012, p. 460, con commento di E. PAGANO, *Ricongiungimento familiare*, cit. *supra*, nota 10. La signora McCarthy ha doppia cittadinanza: britannica ed irlandese, la stessa è nata e vive nel Regno Unito; la stessa non risulta lavoratrice subordinata né autonoma e non è economicamente indipendente, tanto che beneficia di prestazioni sociali. Essendo sposata con un cittadino giamaicano, la signora McCarthy presenta alle autorità britanniche una domanda di permesso di soggiorno per il coniuge, ma la stessa le viene rifiutata. A partire da tali fatti di specie, la Corte sottolinea che, proprio per il fatto che la signora McCarthy non ha mai esercitato il diritto di libera circolazione e sebbene goda di doppia cittadinanza la sua situazione «non presenta alcun fattore di collegamento con una qualsiasi delle situazioni contemplate dal diritto dell'Unione» (punto 55) e per questo motivo decisioni nazionali di rigetto della richiesta di permesso di soggiorno non sono da considerare lesive dei diritti derivanti dalla cittadinanza europea e, in particolare, del diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri previsto dall'art. 21 TFUE.

²⁴ P. MENGOZZI, *La sentenza Zambrano*, cit. *supra*, nota 16, p. 430.

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2011 in causa n. C-256/11, *Dereci e a.*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 11315 e in questa *Rivista*, 2012, p. 460, con commento di E. PAGANO, *Ricongiungimento familiare*, loc. cit.

che non dipendono dai ricorrenti nelle cause principali per la loro sussistenza» (punto 22), infatti «(...) i cittadini dell'Unione interessati non rischierebbero di dover abbandonare il territorio dell'Unione e, pertanto, di trovarsi privi del godimento effettivo dei diritti loro attribuiti dallo status di cittadino dell'Unione» (punto 40). La tecnica adottata dalla Corte nel risolvere il caso è quella di verificare innanzitutto se sia applicabile il diritto derivato (direttiva n. 2004/38/Ce²⁶) e, una volta constatata l'inapplicabilità di quest'ultimo (assenza di un previo esercizio del diritto di libera circolazione), di verificare se sia applicabile la base giuridica prevista dal Trattato, cioè l'art. 21 TFUE. Invero, se la direttiva n. 2004/38/Ce fornisce le definizioni di «aventi diritto» escludendo dal campo di applicazione della normativa coloro che non hanno fatto uso del diritto di libera circolazione, il TFUE, all'art. 21, riconosce come titolare del diritto di libera circolazione «ogni cittadino dell'Unione (...) fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai Trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi». Una volta affermato che i ricorrenti non potrebbero trovare tutela né attraverso il diritto derivato né fondandosi sulle basi giuridiche del Trattato, la Corte ha richiamato la nota definizione secondo cui «lo status di cittadino dell'Unione è destinato a diventare lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri»²⁷ e ha considerato che i cittadini europei potrebbero avvalersi di diritti di cittadinanza europea anche nei confronti degli Stati membri dei quali hanno la nazionalità. In tale panorama, eventuali dinieghi relativi all'esercizio dei diritti di cittadinanza, anche nei casi in cui la situazione di specie non ha «dimensione» transfrontaliera, dovrebbero essere posti a controllo affinché non comportino «(...) per il cittadino dell'Unione interessato privazione del godimento effettivo e sostanziale dei diritti attribuiti dallo status di cittadino dell'Unione, circostanza che spetta al giudice di rinvio verificare» (punto 74).

A partire da tali ragionamenti, la risposta resa dalla Corte nel caso *Dereci* è che il diritto dell'Unione non potrebbe essere interpretato nel senso che osta a che uno Stato membro neghi al cittadino di uno Stato terzo il soggiorno sul proprio territorio anche se questi sia interessato a risiedervi con un proprio familiare, cittadino dell'Unione. La Corte ha precisato, altresì, che eventuali limitazioni alla fruizione dei diritti di cittadinanza europea e in particolare del diritto di libera circolazione, devono essere sot-

²⁶ Direttiva n. 2004/38/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, in *Guce* n. L 158 del 30 aprile 2004, pp. 77-123. Cfr. L. TRIFONE, *La libera circolazione dei lavoratori ed il limite dell'ordine pubblico nella nuova direttiva n. 2004/38*, in questa *Rivista*, 2005, p. 7.

²⁷ Caso *Grzeleczyk*, *cit. supra*, nota 6.

toposte a verifica in modo da evidenziare se il risultato di siffatte restrizioni sia quello di privare il cittadino europeo del godimento effettivo e sostanziale dei diritti connessi al suo fondamentale *status*.

Un altro caso recente degno di nota è la vicenda *Ymeraga and Ymeraga-Tafarshiku*²⁸, nel quale la Corte di giustizia è pervenuta ad una conclusione analoga a quella della sentenza *Dereci*. Nel caso *Ymeraga* la Corte si è occupata della questione del ricongiungimento familiare di un cittadino europeo, signor Kreshnik Ymeraga, con i suoi genitori e fratelli dal Kosovo. Il signor Kreshnik Ymeraga, dopo aver vissuto, studiato e lavorato in Lussemburgo per anni, ha acquisito la cittadinanza lussemburghese e, quindi, anche quella europea.

Prendendo in considerazione il diritto secondario, la Corte ha affermato che le direttive n. 2003/86/Ce²⁹ e n. 2004/38/Ce non erano applicabili. Infatti, il signor Kreshnik Ymeraga non era cittadino di uno Stato terzo e i suoi parenti, soggetti maggiorenni, non potevano beneficiare del diritto di libera circolazione e soggiorno, sulla base dell'art. 2 della direttiva n. 2004/38/Ce, poiché non erano né «dipendenti» economicamente dal signor Kreshnik Ymeraga né membri dello stesso nucleo familiare. Inoltre, il signor Kreshnik Ymeraga non aveva mai esercitato il diritto di libera circolazione né aveva vissuto in uno Stato membro diverso dal Lussemburgo. Visto che la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia aveva evidenziato che la direttiva n. 2004/38/Ce mira a rafforzare il diritto di libera circolazione, tale direttiva è considerata non applicabile nel caso *Ymeraga*.

Altra questione da risolvere era se il diritto al ricongiungimento familiare potesse essere esercitato sulla base del diritto primario e in particolare dell'art. 21 TFUE.

L'interpretazione fornita nella sentenza *Ymeraga* dà alla Corte di giustizia l'opportunità di chiarire, ancora una volta, i diritti e i limiti alla possibilità di godere dei diritti di cittadinanza europea in relazione a situazioni di cittadini europei c.d. "statici".

Come nel caso *Dereci*, anche nella sentenza *Ymeraga* la Corte considera che uno Stato membro può negare l'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare «(...) purché un siffatto diniego non comporti per il cittadino dell'Unione interessato la privazione del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione» (punto 45). La protezione del godimento sostanziale dei diritti di cittadi-

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2013 in causa n. C-87/12, *Ymeraga and Ymeraga-Tafarshiku*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

²⁹ Direttiva n. 2003/86/Ce del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in *Gu-UE* L 251 del 3 ottobre 2003, pp. 12-18.

nanza europea è una questione talmente importante che non può essere limitata solo a situazioni transfrontaliere. Inoltre ogni tipo di interferenza deve essere evitata, infatti le «(...) normative che rientrano a priori nella competenza degli Stati membri (...)» e che hanno «(...) un rapporto intrinseco con la libertà di circolazione di un cittadino dell'Unione (...)» non possono determinare che un «(...) diritto di ingresso e di soggiorno sia negato ai suddetti cittadini nello Stato membro in cui risiede il cittadino di cui trattasi, al fine di non pregiudicare tale libertà» (punto 37).

2. Cittadinanza europea e spazio di libertà, sicurezza e giustizia

L'art. 3 par. 2, TUE, già in precedenza richiamato, statuisce che «l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libertà di circolazione delle persone».

Da questa disposizione è evidente il legame che sussiste fra la cittadinanza europea, la libertà di circolazione e la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. L'obiettivo di realizzare tale spazio richiede, anche, che vi sia «rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri» (art. 67, par. 1, TFUE). Leggendo le due norme in combinato disposto, si potrebbe arrivare ad interpretare nel senso che da una parte lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia è creato per i cittadini e per garantire loro ampio esercizio dei diritti di cittadinanza, ma dall'altra che un pieno rispetto dei diritti di cittadinanza europea va a "scontrarsi" con le diversità tra gli ordinamenti giuridici e le tradizioni giuridiche degli Stati membri.

3. Giurisprudenza della Corte di giustizia su casi aventi ad oggetto un mandato d'arresto europeo in connessione con problematiche legate alla cittadinanza

Il mandato d'arresto europeo (d'ora in poi «MAE») mira a sostituire alle "classiche" procedure di estradizione un nuovo meccanismo di cooperazione tra Stati «*in nome*» della libertà di circolazione delle decisioni giudiziarie in materia penale³⁰, principio che va a congiungersi con la libertà di circolazione delle persone.

³⁰ M. FICHERA, *Case C-66/08, Proceedings concerning Szymon Kozłowski, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 July 2008, CMLR*, 2009, n. 46, p. 242.

Inoltre, il MAE rappresenta un valido punto di riferimento per valutare se la cittadinanza europea sia presa in considerazione, soprattutto nella risoluzione dei casi giurisprudenziali, al fine di garantire il bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali³¹, libertà di cittadinanza europea, principio di parità di trattamento tra cittadini nazionali e cittadini di altri Stati membri e funzionamento dei meccanismi di cooperazione tra Stati.

La decisione-quadro elenca una serie di eccezioni che possono essere opposte alla libertà di circolazione delle decisioni giurisdizionali. Tra queste vi sono le deroghe in base alla nazionalità e alla residenza, in virtù delle quali lo Stato al quale sia chiesto di consegnare un proprio cittadino può subordinare la consegna del ricercato alla condizione che quest'ultimo, dopo essere stato ascoltato, venga rinviato nello Stato del quale l'individuo possiede la cittadinanza o nel quale è residente per scontarvi la pena irrogata nello Stato emittente. Riportando la lettera della norma, art. 5, punto 3, della decisione-quadro n. 2002/584/GAI: «L'esecuzione del mandato d'arresto europeo da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione può essere subordinata dalla legge dello Stato membro di esecuzione a una delle seguenti condizioni: (...) 3. Se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo ai fini di un'azione penale è cittadino o residente dello Stato membro di esecuzione, la consegna può essere subordinata alla condizione che la persona, dopo essere stata ascoltata, sia rinviata nello Stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privativa della libertà eventualmente pronunciate nei suoi confronti nello Stato membro emittente». Da tale ultima disposizione si può rilevare che, sebbene una delle novità introdotte dal MAE sia, come noto, il superamento del divieto di consegna dei propri cittadini, permane un certo legame tra il ricercato e lo Stato di origine³².

Un'altra eccezione, poi, è prevista per consentire che lo Stato dell'esecuzione possa impegnarsi ad eseguire esso stesso, conformemente al diritto interno, la pena o la misura di sicurezza prevista dal MAE quando il destinatario di questo sia un soggetto che risieda o dimori in tale Stato. Ai sensi dell'art. 4, punto 6, della decisione-quadro n. 2002/584/GAI: «l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo se il mandato d'arresto europeo è stato rilasciato ai fini dell'esecu-

³¹ L'azione-chiave 2.3, «Proteggere i più vulnerabili nell'Unione europea», del «Report on EU citizenship 2013», European Commission - Directorate General for Justice, in http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/redoing/factsheets/citizenship-report/ (ultima visione dicembre 2013) concerne il rafforzamento della protezione di soggetti sospettati o accusati in procedimenti penali e delle vittime di delitti.

³² V. BAZZOCCHI, *Il mandato d'arresto europeo e le Corti supreme nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 665.

zione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, qualora la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, se tale Stato si impegni a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al diritto interno». La *ratio* di tale disposizione non è propriamente finalizzata a privilegiare che il MAE sia eseguito in un certo Stato piuttosto che in un altro per il motivo che la legislazione penale vigente in quest'ultimo è più favorevole al ricercato, ma vuole consentire che il destinatario del MAE possa, una volta scontata la pena alla quale è stato condannato, reinserirsi nella società con la quale sussiste un intenso legame poiché vi possiede la cittadinanza, vi risiede o vi dimora. Con l'eccezione di cui all'art. 4, punto 6, MAE, sebbene sia evidente che la disciplina del MAE non individui nella categoria della cittadinanza europea il fondamento per una non esecuzione facoltativa, si potrebbe, comunque, affermare che i cittadini nazionali sono posti sullo stesso piano dei cittadini di altri Stati membri, sempre che questi ultimi dimostrino di essere cittadini, residenti o dimoranti nello Stato di esecuzione.

Quale sia il posto occupato dal cittadino europeo che non risulti cittadino o residente in un altro Stato membro (nei casi di cui all'art. 5, punto 3) ovvero cittadino, residente o dimorante in un altro Stato membro (nei casi di cui all'art. 4, punto 6), pare essere una problematica non presa in considerazione dalla normativa sul MAE; la stessa costituisce, d'altra parte, punto di profonda riflessione nella risoluzione di casi aventi ad oggetto deroghe all'esecuzione del MAE giunti davanti alla Corte di giustizia. Le vicende a cui si fa riferimento sono, in particolare, il caso *Kozłowski*³³ e il caso *Wolzenburg*³⁴.

4. Caso *Kozłowski*: nozioni di «residenza» e «dimora», condizioni per l'accesso al trattamento più favorevole previsto dalla legislazione nazionale

Nel caso *Kozłowski*, la Corte si è trovata davanti alla difficilissima questione del bilanciamento tra l'effettività del principio di riconoscimento reciproco (criterio base per la creazione di un'«Europa della giustizia») e la protezione di interessi meritevoli di tutela dell'individuo (traguardo necessario per la realizzazione di un'«Europa dei diritti»). In particolare la Corte doveva decidere se far operare, in piena automaticità, il MAE ovve-

³³ Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008 in causa n. C-66/08, *Kozłowski*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6041.

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2009 in causa n. C-123/08, *Wolzenburg*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 9621.

ro privilegiare un tipo di esecuzione che proteggesse i diritti del suo destinatario. Come osserva la Corte, ciò che risalta nella vicenda *Kozlowski* è il diritto dei condannati ad essere reintegrati nella società dopo aver «*estinto i debiti*»³⁵ con la comunità stessa.

Il signor Kozlowski, cittadino polacco, veniva condannato nel 2002 dall'autorità giudiziaria polacca a cinque mesi di detenzione per danneggiamento della proprietà altrui. La pena irrogata dalla sentenza era divenuta definitiva, ma non era ancora stata eseguita. Il signor Kozlowski si spostava tra la Polonia e la Germania e, in quest'ultimo Stato, tra il 2006 e il 2007 era stato condannato dall'autorità giudiziaria tedesca a scontare una pena detentiva di tre anni e sei mesi per vari episodi di truffa.

Proprio nel 2007, l'autorità giudiziaria polacca, non avendo il signor Kozlowski ancora scontato in Polonia la pena detentiva di cinque mesi già precedentemente irrogata, richiedeva all'autorità tedesca dell'esecuzione, con mandato d'arresto europeo, la consegna del signor Kozlowski. Informato dell'emissione del MAE, il signor Kozlowski, non acconsentiva alla propria consegna all'autorità giudiziaria emittente. Al riguardo è bene precisare che la legislazione tedesca, richiamata nella sentenza *Kozlowski*, trasponendo il MAE³⁶, e in particolare l'art. 4, punto 6, della decisione-quadro, ha disposto che: «La concessione dell'extradizione di uno straniero che abbia la propria dimora abituale nel territorio tedesco può inoltre essere rifiutata se (...) *b.* in caso di estradizione a scopo di esecuzione di una pena, l'interessato, previa informativa sui fatti pertinenti, non presti il proprio consenso con dichiarazione messa a verbale dinanzi al giudice e risulti prevalente un suo interesse meritevole di tutela a scontare la pena in Germania; (...)» (punto 17). La legislazione nazionale, dunque, pone l'accento sulla tutela degli interessi e dei diritti dei soggetti che abbiano una «dimora abituale» nel territorio tedesco e contro i quali sia stato emesso un MAE, qualora tali soggetti non prestino consenso a scontare la pena in un altro Stato membro.

Per la risoluzione di tale vicenda e, in particolare, per comprendere se il signor Kozlowski possa avvalersi della particolare tutela fissata dalla legislazione tedesca nel caso in cui l'interessato non presti consenso alla propria consegna, la Corte di giustizia si è dovuta pronunciare innanzitutto riguardo alla portata dei termini «risiedere» e «dimorare» contenuti nell'art. 4, punto 6, della decisione-quadro e che erano stati trasposti come «dimora abituale» nella legislazione nazionale. In tale sentenza, la Corte,

³⁵ M. FICHERA, *Case C-66/08, Proceedings concerning Szymon Kozlowski*, cit. *supra*, nota 30, *passim*.

³⁶ Legge 20 luglio 2006 disciplinante il mandato d'arresto europeo, in *BGBI* 2006, I, p. 1721.

al punto 41, afferma che quanto all'«(...) interpretazione dei termini "dimori" e "risieda", è importante precisare che (...) la definizione di questi due termini non può essere lasciata all'apprezzamento di ciascuno Stato membro» e al punto 42 aggiunge: «(...) dalla necessità di garantire tanto l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto il principio di eguaglianza, discende che i termini di una disposizione di tale diritto devono essere di norma oggetto, nell'intera Unione, di un'interpretazione autonoma e uniforme, da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione stessa e della finalità perseguita dalla normativa in questione». In tale prospettiva, i significati di «dimora» e di «residenza» dovrebbero essere unanimemente intesi nelle varie legislazioni nazionali, tra le quali anche la legislazione tedesca, nonostante che quest'ultima parli di «dimora abituale», in modo da garantire uniforme tutela dei diritti e riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie.

A seguito del quesito di interpretazione pregiudiziale sulle nozioni di «residenza» e «dimora» la Corte ha affermato che una persona ricercata «risiede» nello Stato membro di esecuzione qualora vi abbia stabilito la propria residenza effettiva. Sulla base delle informazioni per cui «il giudice del rinvio muove dall'ipotesi che, dal mese di febbraio 2005 fino al 10 maggio 2006, data del suo arresto in Germania, il signor Kozlowski abbia soggiornato in maniera prevalente nel territorio tedesco» (punto 26), la Corte ha constatato che il signor Kozlowski non risiede in Germania. Essendosi già soffermata sul significato di «risiedere», la Corte si occupa, poi, dell'altra nozione, richiamata dalla decisione-quadro, e cioè quella di «dimorare». «Per stabilire se (...) tra la persona ricercata e lo Stato membro di esecuzione esistano legami di collegamento che consentano di constatare che tale persona ricade nella fattispecie designata dal termine "dimori"», la Corte ha rilevato che si devono prendere in considerazione una serie di fattori caratterizzanti la situazione della persona come la durata, la natura e le condizioni della presenza della persona, i legami familiari ed economici che tale persona ha con lo Stato membro di esecuzione a seguito di un soggiorno stabile di una certa durata nel medesimo (punto 54). Sulla base degli elementi di fatto della causa, il signor Kozlowski non è stato neanche considerato dimorante in Germania.

Alla luce di tale decisione, la Corte non si è pronunciata sull'altra centrale problematica sollevata dal giudice del rinvio e cioè se la legislazione tedesca richiamata crei discriminazioni tra cittadini tedeschi e cittadini di altri Stati membri. Infatti, ai sensi dell'art. 82, n. 2, lett. b., della legge tedesca, l'estradizione di un cittadino tedesco verso un altro Stato membro è sempre inammissibile se lo stesso esprime volontà contraria; può invece essere autorizzata, malgrado il loro disaccordo, quella di cittadini di altri

Stati membri a discrezione delle autorità competenti.

In particolare, l'irrisolta questione di rinvio posta alla Corte (cfr. punto 28, n. 2, della sentenza) era se tale differenza di trattamento tra cittadini tedeschi, dimoranti abituali e altri soggetti fosse compatibile con le norme dell'Unione europea tra le quali i principi di non discriminazione e di cittadinanza dell'Unione e, in caso affermativo, se tali principi dovessero essere rispettati nell'esercizio del potere discrezionale manifestato dall'autorità dell'esecuzione nel momento in cui deve scegliere se consegnare o meno il soggetto allo Stato richiedente.

5. Caso *Wolzenburg*: il criterio del godimento effettivo dei diritti derivanti dallo status di cittadino dell'Unione come «filtro interpretativo» di disposizioni nazionali sul MAE che non richiamano la categoria del cittadino europeo

In tale circostanza è stato chiesto alla Corte di chiarire e spiegare le risposte date nel caso *Kozłowski* in relazione al rispetto del principio di parità di trattamento tra i cittadini europei nell'individuazione dei destinatari della deroga all'esecuzione del MAE prevista dall'art. 4, punto 6.

Al signor Wolzenburg, cittadino tedesco, veniva inflitta dall'organo giurisdizionale tedesco una pena per aver commesso vari reati, in particolare per aver importato marijuana in Germania. Tale pena doveva essere ancora scontata da parte del signor Wolzenburg quando, nel 2005, si trasferiva nei Paesi Bassi dove ha iniziato a soggiornare con la moglie. Infatti, nel 2003 gli era stata accordata una sospensione condizionale della pena, permettendogli di allontanarsi dalla Germania, dove tale sospensione era stata poi revocata. Per tale motivo, nel 2006, l'autorità giudiziaria tedesca ha emesso un mandato d'arresto europeo contro il signor Wolzenburg, che, però, non ha acconsentito alla propria consegna.

Successivamente, il signor Wolzenburg si è presentato al servizio di immigrazione e di naturalizzazione olandese per farsi iscrivere come cittadino dell'Unione nei Paesi Bassi. Tale iscrizione, però, non gli veniva consentita poiché il signor Wolzenburg non aveva soggiornato per un periodo ininterrotto di cinque anni nei Paesi Bassi e non soddisfaceva, quindi, i requisiti per ottenere l'autorizzazione di soggiorno a durata indeterminata sul territorio olandese.

La mancata iscrizione del signor Wolzenburg come cittadino dei Paesi Bassi causava, per il ricorrente, l'impossibilità di avvalersi della normativa che traspone la disciplina del MAE³⁷ e in base alla quale «la consegna

³⁷ Legge del 29 aprile 2004 sulla consegna delle persone, in *Staatsblad*, 2004, n. 195.

di un cittadino olandese non è consentita se è richiesta ai fini dell'esecuzione di una pena limitativa della libertà a questi imposta con sentenza irrevocabile» (punto 20, n. 2). Tale regime di favore è esteso anche agli stranieri che possiedono un permesso di soggiorno olandese a durata illimitata (punto 21).

Dato l'evidente trattamento di favore riservato ai cittadini nazionali e ai soggiornanti a durata illimitata, una delle questioni che venivano sottoposte alla Corte di giustizia da parte dell'autorità giudiziaria di Amsterdam era se le persone che dimorano o sono residenti nello Stato membro di esecuzione debbano essere trattate in maniera uguale ai cittadini nazionali. La base giuridica sulla quale si poneva al vaglio tale inclusione era l'art. 18 TFUE, che proclama il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

Nel caso *Wolzenburg* emergeva anche la questione per cui i cittadini stranieri non soggiornanti a durata illimitata in Olanda venivano privati non solo del regime di favore previsto dalla normativa olandese sul MAE ma anche della possibilità di godere pienamente di un diritto di cittadinanza europea e cioè il diritto di soggiorno in Olanda: «il giudice di rinvio dichiara che i fatti che sono all'origine dell'emissione del mandato d'arresto europeo contro il signor Wolzenburg sono punibili dal diritto olandese e che questi non può perdere il suo diritto di soggiorno nei Paesi Bassi a causa delle infrazioni per le quali è stato condannato in Germania» (punto 37).

In caso di risposta affermativa a tale questione, per cui i cittadini di altri Stati membri che hanno risieduto per un certo periodo di tempo sul territorio dei Paesi Bassi dovrebbero ricevere le stesse tutele previste per i cittadini olandesi, si chiedeva anche che tipo di soggiorno (temporaneo o permanente) potesse essere richiesto ai cittadini di altri Stati membri, in modo che potessero avvantaggiarsi delle "agevolazioni", derivanti dalla non esecuzione facoltativa del MAE, previste dalla legislazione olandese.

Altra problematica che la Corte doveva affrontare era se una misura nazionale, come quella contenuta nella legislazione dei Paesi Bassi, che traspone la decisione-quadro n. 2002/584/GAI, rientrasse nell'ambito di applicazione *rationae materiae* del TFUE e, quindi, se i diritti del cittadino europeo potessero essere protetti facendo valere il principio di non discriminazione in base alla nazionalità. La normativa olandese in oggetto pone alcune condizioni (cittadinanza nazionale, permesso di soggiorno a durata illimitata) in presenza delle quali l'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione può respingere un mandato d'arresto europeo.

La Corte nota che, nel caso di specie «(...) la situazione di una persona come il signor Wolzenburg – che ha stabilito la sua residenza nei Paesi

Bassi – rientra nel diritto alla libera circolazione e al libero soggiorno dei cittadini dell'Unione negli Stati membri e rientra quindi nella sfera di applicazione del Trattato CE»³⁸ (punto 46).

Assodato, quindi, che la situazione rientra nell'ambito del TFUE, una disposizione che qualifica come destinatari di talune agevolazioni solo i cittadini nazionali e i soggiornanti a durata illimitata, potrebbe avere l'effetto di privare, secondo la celebre espressione della sentenza *Grzelczyk*, il cittadino dell'Unione dei diritti derivanti dal suo «*status fondamentale*» di cittadino dell'Unione. In particolare, nel caso di specie, il signor Wolzenburg, cittadino tedesco ed europeo, sarebbe limitato nel proprio diritto alla libera circolazione e al soggiorno, il cui esercizio sarebbe scoraggiato dal fatto che, anche qualora abbia intessuto legami di una certa intensità nei Paesi Bassi, non può – a meno che non dimostri di essere soggiornante a durata indeterminata – avere la certezza di potersi reintegrare nella società olandese a seguito della condanna ad una pena privativa della libertà.

Altro punto da notare è che la legislazione olandese richiede che il soggetto che voglia iscriversi come cittadino olandese debba soddisfare i requisiti necessari per ottenere un'autorizzazione di soggiorno a durata indeterminata sul territorio olandese. Tale requisito amministrativo non è, invece, richiesto dalla direttiva n. 2004/38/Ce la quale prevede che, quando il cittadino dell'Unione abbia soggiornato legalmente in via continuativa per cinque anni nello Stato membro ospitante, questi diviene titolare del diritto di soggiorno permanente in tale Stato.

Data la discrepanza tra la legislazione nazionale e le condizioni richieste dalla direttiva n. 2004/38, la Corte afferma che «(...) un requisito amministrativo supplementare, quale un permesso di soggiorno a durata indeterminata (...), non può, quando si tratta di un cittadino dell'Unione, costituire una condizione preliminare all'applicazione del motivo di non esecuzione facoltativa di un MAE di cui all'art. 4, punto 6, della decisione-quadro 2002/584» (punto 52).

Una volta statuito che, in linea di principio, un requisito supplementare non potrebbe essere richiesto ai fini della titolarità di deroghe all'esecuzione del MAE, la Corte, rispondendo alla già menzionata questione del tipo di soggiorno che il cittadino europeo deve dimostrare, afferma che un requisito come il possesso di soggiorno permanente (soggiorno legale, in via continuativa, per cinque anni in uno Stato membro come previsto dalla direttiva n. 2004/38/Ce), non costituisce un «requisito amministrativo supplementare» e potrebbe, invece, essere richiesto da uno Stato membro

³⁸ Nell'analisi del caso di specie si fa riferimento alla versione consolidata: TFUE.

ospitante al fine di essere considerato destinatario di cause di eccezione all'esecuzione di un MAE previste da uno Stato membro. Infatti, gli Stati membri nell'attuare la decisione-quadro «(...) dispongono (...) di un potere discrezionale certo» (punto 61).

Quindi, se uno Stato decide di trasporre la deroga di cui all'art. 4, punto 6, della decisione-quadro nel senso di limitare fortemente il campo di applicazione *rationae personae* delle misure di esecuzione del MAE, non fa che favorire lo sviluppo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e rende operativo il principio del mutuo riconoscimento, agevolando la consegna delle persone ricercate, ma, evidentemente, esercita un impatto negativo sul concetto di cittadinanza europea visto che rende possibili trattamenti differenti tra cittadini nazionali e cittadini europei.

Ritorna, così, in rilievo il già noto problema del bilanciamento tra funzionamento dei meccanismi di cooperazione e tutela dei diritti, tra gli sviluppi necessari per la creazione di un'«Europa della giustizia» e quelli richiesti per la realizzazione di un'«Europa dei diritti».

6. Valutazioni conclusive sul ventaglio di tutele accordate al cittadino europeo nell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo

Lo studio delle sentenze sopra analizzate fornisce strumenti importanti per valutare quanto, allo stato attuale, si sia o meno ampliato il *focus* sulla cittadinanza europea.

Nella sentenza *Wolzenburg*, diversamente che nella sentenza *Kozłowski*, ove la questione era rimasta irrisolta, si è data risposta positiva al quesito se la cittadinanza europea debba essere presa come base per la non discriminazione nel trattamento dei cittadini di uno Stato membro e dei cittadini di altri Stati europei.

Un piccolo spiraglio nell'ambito del principio di reale eguaglianza tra cittadini europei è stato, forse, aperto.

D'altra parte, è facile rilevare che tale luce sia ancora molto debole, poiché il privilegio dell'esecuzione della condanna nello Stato con il quale un soggetto presenti i più stretti legami familiari e sociali viene riservato a coloro che sono residenti o dimoranti nel territorio di un altro Stato membro, quasi a far prevalere la condizione di residente su quella di cittadino europeo. Infatti, è evidente che l'art. 4, punto 6, della decisione n. 2002/584/GAI non contiene alcuna specificazione sulla nazionalità tanto che potrebbero usufruire di tale eccezione anche i cittadini di Stati terzi³⁹ dimoranti o resi-

³⁹ C. AMALFITANO, *Il mandato d'arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, p. 193.

denti nello Stato di esecuzione del MAE.

Quanto premesso dimostra che, allo stato attuale, lo *status* di cittadino europeo non è automaticamente attributivo di diritti e che l'esercizio delle libertà di cittadinanza rimane relegato alle materie di competenza dell'Unione. Il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, poi, può essere fatto valere solo quando la questione, come si è visto nel caso *Wolzenburg*, rientra nel TFUE.

7. Valutazioni conclusive sull'attuale portata della cittadinanza europea

Concludendo, le considerazioni che si possono trarre sono tutt'altro che ... "di svolta". I passi compiuti sulla strada della cittadinanza europea sono stati molti, ma sono rimasti, spesso, solo sulla carta tanto che, a volte, risulta difficile per i cittadini europei esercitare quel complesso di diritti attraverso i quali i cittadini degli Stati membri possono vivere e partecipare a quelle opportunità (relazioni, scambi, progetto di un futuro al di là dei confini nazionali) che l'Unione europea, ordinamento non "costretto" ai confini nazionali, offre.

Il processo di elaborazione di una cittadinanza europea non appare concluso e mancano ancora sia una coscienza condivisa del rapporto di partecipazione rispetto all'Unione e dei diritti che ne conseguono, sia un reale sentimento di identità europea e di appartenenza all'Unione⁴⁰.

Le Istituzioni europee si stanno, in modo sempre più crescente, responsabilizzando con l'intento di dare all'Unione europea una forma ancor più di Unione, che include anche e soprattutto i cittadini e per tale motivo vari sono i tentativi di superamento dei limiti insiti nella cittadinanza europea.

Anche gli Stati membri dovrebbero lavorare insieme alle Istituzioni europee per abbattere le barriere sia materiali che astratte che ancora, e nel momento attuale di crisi forse ancora di più, si frappongono alla realizzazione del «progetto europeo», del «sogno europeo», riprendendo la Dichiarazione di Schuman⁴¹.

Infatti, com'è stato rilevato, la cittadinanza europea «(...) presuppone l'esistenza di un collegamento di natura politica tra i cittadini europei, anche se non si tratta di un rapporto di appartenenza ad un popolo. Tale nesso politico unisce, al contrario, i popoli d'Europa. Esso si fonda sul loro

⁴⁰ C. MORVIDUCCI, *La libera circolazione dei cittadini nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2009, *passim*.

⁴¹ R. SCHUMAN, Dichiarazione pronunciata a Parigi il 9 maggio 1950.

impegno ad aprire le rispettive comunità politiche agli altri cittadini europei e a costruire una nuova forma di solidarietà civica e politica su scala europea. Il nesso in questione non presuppone l'esistenza di un popolo ma di uno spazio politico europeo dal quale scaturiscono diritti e doveri»⁴².

D'altra parte, l'esclusione di ogni competenza comunitaria nella determinazione dei criteri di acquisto e di perdita della cittadinanza può essere vista come garanzia a salvaguardia della sovranità degli Stati membri e risiede nel principio di attribuzione⁴³.

Quando si parla di sfide della cittadinanza europea si intendono come destinatari tutti i cittadini: i lavoratori economicamente produttivi, gli studenti, i pensionati, ma anche i turisti, le famiglie, le coppie di fatto e i pazienti. Come è noto, infatti, la cittadinanza europea dovrebbe diventare lo «*status fondamentale dei cittadini degli Stati membri*»; tanto che tale condizione riguarderebbe anche i ricercati. Invero, la dimensione in cui vivono i cittadini dovrebbe essere quella di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Queste tre specificazioni sono inscindibili se si vogliono mantenere e potenziare «*adeguati livelli di civiltà giuridica*»⁴⁴. D'altra parte, il raggiungimento di traguardi del genere è possibile solo se tutti e tre gli attori del futuro dell'Europa – le Istituzioni europee, gli Stati membri e i cittadini stessi – progettano e vogliono agire secondo un impegno comune, sempre nel rispetto delle diversità e delle specificità nazionali.

In tale panorama di aperture e chiusure, fiducia e delusione verso la cittadinanza europea e le tematiche europee in generale, è la Corte di giustizia l'Istituzione dell'Unione che si è assunta la responsabilità ed il compito di guardare davvero al cittadino e che, fin dalle prime pronunce che spostavano il *focus* da aspetti economici e commerciali agli individui in Europa, ha assicurato ai cittadini europei ampia tutela. La Corte di giustizia è riuscita a garantire ampio godimento dei diritti di cittadinanza, avvalendosi di varie tecniche, ad esempio rifacendosi al principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, oppure considerando in maniera estensiva la nozione di «situazione meramente interna». Inoltre, la Corte ha esteso la portata dei diritti di cittadinanza europea riconoscendo la particolarità di alcuni casi di specie. In sentenze successive, la Corte ha,

⁴² Così, l'Avvocato Generale M. Poiares Maduro nelle proprie conclusioni rese nella causa n. C-135/08, *Rottmann*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 1452, punto 23.

⁴³ M. CARTABIA, *La cittadinanza europea*, in *Enc. Giur.*, IV Aggiornamento, Roma, Treccani, 1995, p. 5.

⁴⁴ M. CHIAVARIO, *Giustizia europea e nuovo processo penale: nuovi scenari e nuovi problemi*, Relazione introduttiva del XX Convegno annuale dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale "Gian Domenico Pisapia", Torino 26 e 27 settembre 2008, «Processo penale e giustizia europea - Omaggio a Giovanni Conso», Milano, Giuffrè, 2010, p. 469.

poi, delineato il nocciolo duro dei diritti di cittadinanza, quei «*droits essentiels*» il cui godimento deve essere reso possibile per tutti i cittadini e che non possono non essere resi effettivi. Infine, per quanto attiene alla cooperazione in materia penale, la Corte ha posto le basi affinché anche i «ricercati europei» siano trattati in maniera non differente rispetto ai cittadini nazionali nelle stesse condizioni.

Tuttavia, nonostante gli evidenti progressi compiuti, la cittadinanza europea è ancora un concetto "*poroso*", come lo sono i confini che si sono aperti con l'affermazione del diritto di libera circolazione e le nuove frontiere della cooperazione penale.

I passi da compiere sono ancora tanti ma è importante rilevare che l'Unione europea avrebbe tutte le basi, se ce ne fosse davvero volontà, per diventare un'«Europa dei diritti» ridefinendo anche la nozione di cittadinanza che va coniugata, ove necessario, con un'«Europa della giustizia».

Antonia Corini*

SINTESI

Il presente contributo si pone l'obiettivo di studiare l'istituto della cittadinanza europea e dei diritti di cittadinanza europea nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne che è offerto ai cittadini europei (cfr. art. 3, par. 2, TUE) andando, altresì, ad evidenziare quali sono le sfide future dell'Unione europea in tale settore.

Per svolgere tale ricerca la materia della cooperazione giudiziaria in materia penale e, in particolare, la disciplina sul mandato d'arresto europeo contenuta nella decisione-quadro 584/2002 vengono esaminate cercando di analizzare se lo *status* di cittadino europeo sia preso o meno in considerazione in quelle disposizioni della decisione quadro e in quelle delle relative legislazioni nazionali che fissano, in certi casi, deroghe all'esecuzione del mandato.

Inoltre, viene anche svolta un'analisi giurisprudenziale avente ad oggetto talune sentenze in cui la Corte di giustizia, ampliando il *focus* sul cittadino europeo, sembra aprire uno spiraglio per una più reale uguaglianza tra i cittadini europei nella fruizione di diritti ed agevolazioni previste dalla normativa sul mandato d'arresto europeo e trasposte nelle legislazioni nazionali per quanto riguarda i casi di deroga all'esecuzione del mandato.

* Diploma in Alti Studi europei / Collegio europeo di Parma; Master in European Studies / School of Government LUISS Guido Carli

ABSTRACT

The present article has as its objective to study the institute of the European citizenship and citizenship rights in the Area of Freedom, Security and Justice without internal boundaries offered to European citizens (cf: art. 3(2) TEU). It also highlights the future challenges that the European Union will have to face in this sector.

In order to carry out this research the field of the judicial cooperation in criminal matters and, in particular, the discipline of the European Arrest Warrant provided in the Framework Decision 584/2002 are examined. The purpose of this analysis is to see whether or not the status of European citizen is taken into consideration within the Framework decision provisions and in the National laws that, in some cases, fix derogations to the execution of the Warrant.

Furthermore, an analysis is carried out on some of the Court of Justice case-law where the Court, by widening the focus on the European citizen, was seen to be opening the path for a more real equality in terms of treatment, among the European citizens in the enjoyment of the rights and facilitations provided in the legislation on the European Arrest Warrant and transposed into National laws in cases of derogations to the execution of the Warrant.

RECENSIONI

Catherine Kessedjian, *Droit du commerce international*, Paris, Themis droit - Puf, 2013, p. I-XVI, 1-565, € 39,00

Hugues Kenfack, *Droit du commerce international*⁴, Paris, Dalloz Mementos, 2012, p. I – IV, 1-187, € 16,50

Negli ultimi anni si è registrato un particolare sviluppo della manualistica francese dedicata al diritto del commercio internazionale, come conseguenza della crescente importanza di tale classica disciplina, unita alla ormai riconosciuta crisi della c.d. mondializzazione e globalizzazione.

Le opere qui recensite appaiono di particolare interesse anche per il lettore di lingua italiana, abituato ad affrontare il relativo studio sulla base di un sistema legislativo nazionale di diritto internazionale privato, integrato nel più ampio contesto del diritto comunitario europeo e delle convenzioni di diritto internazionale, facenti parti del c.d. diritto generale o uniforme internazionale dell'economia. A differenza del nostro, quello francese poggia su una più ristretta anche se tradizionale base codicistica e legislativa, su cui si è impiantata una ben nota evoluzione giurisprudenziale, attenta ai fenomeni dell'integrazione commerciale ed economica internazionale, senza perdere lo stretto contatto con le proprie basi nazionali di diritto pubblico dell'economia, altrimenti note come «lois de police», secondo la tradizione dei mai rinnegati codici napoleonici di diritto civile e commerciale. Tanto spiega l'impostazione generale delle opere qui recensite, la prima di ampia impostazione dottrinale-scientifica, la seconda viceversa prevalentemente indirizzata ad un pubblico accademico con

precise finalità pedagogiche e didattiche. Ambedue comunque sono unificate dalla comune visione di un diritto del commercio internazionale, come settore evidentemente caratterizzato da una propria "originalità", rappresentata dalla gerarchia delle norme interne ed internazionali in essa concorrenti, allo scopo di fissare le regole applicabili agli operatori ed alle operazioni del commercio. A differenza del sistema italiano la classica denominazione delle leggi di polizia, o internazionalmente imperative per la disciplina dei rapporti *lato sensu* commerciali continua a resistere rispetto all'altra delle «norme di applicazione necessaria», entrate a far parte della normativa europea recente del settore e già da tempo sostituita a quelle preesistenti nell'abrogato art. 28 delle Disposizioni Preliminari al vigente codice civile italiano.

È ben noto al lettore come proprio la manualistica francese avesse fatto in precedenza largo spazio alla c.d. *lex mercatoria*, ritenendola in un certo senso più idonea a superare vecchie impostazioni delle correnti di diritto nazionale e di diritto internazionale, già in passato ritenute uniche capaci per designare la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e non, concorrenti nella prassi del commercio internazionale. Questa c.d. terza via, sistemica o comparatistica, facente capo a ben noti autori del secolo scorso (*David e Goldman*) non scompare del tutto ma risulta in un certo senso emarginata, o meglio ancora graduata nel sistema dottrinale "gerarchico" attualmente delineato. Il lettore italiano troverà pertanto linguisticamente interessante osservare come l'espressione sintetica «diritto del commercio internazionale» viene in parte a sostituire quella a noi più nota di «diritto commerciale internazionale» (diritto nazionale) e di «diritto internazionale commerciale» (trattati e convenzioni uniformi), nel cui rigoroso contesto uno spazio circoscritto e minore viene riconosciuto all'autonomia contrattuale delle parti e dei soggetti privati, in quanto abilitati alla scelta della legge applicabile ai loro rapporti contrattuali o a parti di essi (c.d. *electio legis*). Si può discutere se questa visione complessiva rappresenti un vero e proprio capovolgimento rispetto al passato. Ma certamente il confronto ormai da tempo in atto tra regole e principi formati nello spazio giuridico euro-americano, rispetto ad altri spazi ad esso esterni, ha dimostrato come le scelte contrattuali risultino largamente "ineffettive" in contesti propri di Paesi ugualmente *leader* del commercio internazionale e ben più che emergenti rispetto a quelli classici (ad esempio i Paesi BRICS su cui largamente si intrattiene l'ampia introduzione presente nel primo volume qui recensito). Tale inversione di tendenza non può peraltro ritenersi del tutto peculiare al sistema francese, se si considera come nello stesso sistema costituzionale italiano i chiari confini del diritto commerciale internazionale, risultano ormai codificati nel disposto dell'art. 117

Cost., in parte come diritto pubblico dell'economia di competenza esclusiva statale e in altra parte come materia di "commercio estero" di competenza concorrente statuale-regionale.

Ciò premesso si comprende la nitida sistematica dell'opera dell'internazionalista parigina (dell'Università di Pantheon-Assas). Ad una più che ampia introduzione generale (p. 1-30) seguono quattro parti rispettivamente dedicate alle fonti normative (p. 31-100), agli operatori del commercio internazionale (p. 101-188), alle operazioni commerciali tipiche di maggior uso nella prassi contrattuale corrente (p. 189-436) ed infine alla soluzione delle controversie commerciali nella doppia chiave giurisdizionale ed arbitrale (ma senza riferimento al recente regolamento comunitario n. 1215/2012, in vigore dal 1° gennaio 2015 sostitutivo del vigente regolamento n. 44/2001). Ai differenti livelli della c.d. creazione normativa, lucida appare la tripartizione nel senso sopra indicato, dove al primo livello compaiono norme internazionali (universali, multi-bilaterali e regionali), al secondo livello norme nazionali vere e proprie ed all'ultimo livello norme c.d. a-nazionali come espressione riveduta dell'antica formula della *lex mercatoria*. Il diritto applicabile nella gerarchia delle norme (p. 42 ss.) prende le mosse dalle ormai ben note *normes impératives* (p. 45-59), per svilupparsi come «norme di polizia» cogenti sia a livello universal-regionale sia a livello statuale-nazionale. Il sistema si chiude con riferimento alle norme suppletive ed a quelle già definite a-nazionali, con riferimento allo spazio riservato ai poteri privati delle società e degli imprenditori commerciali, come attuali o potenziali legislatori solutori dei conflitti di leggi in sostituzione dei poteri pubblici sia internazionali che nazionali. La parte seconda dell'opera si riferisce appunto a tali soggetti, senza escludere gli Stati, i soggetti pubblici da esso derivati e le imprese pubbliche a vocazione commerciale che concorrono con società e gruppi di società attive sul piano internazionale, in modo particolare nel cruciale settore degli investimenti diretti ed indiretti nei vari scacchieri del mercato mondiale.

Una particolare attenzione merita la parte terza dell'ampio volume in oggetto dedicata al diritto internazionale dei contratti ed ai contratti internazionali.

Anche l'altro volume del secondo Autore qui esaminato parla di una grande tripartizione della prassi tra contratti primari di compravendita internazionale e contratti collegati (*liés*) di trasporto e di assicurazione delle merci e dei servizi. Trattasi di uno schema normativo ormai collaudato anche nella regolamentazione europea e risalente all'origine stessa del commercio in senso stretto senza qualificazioni tra commercio interno e commercio estero (*Kenfack, op. cit.*, p. 105-176). Particolarmente interessante nel fondamentale e innovativo capitolo terzo della *Kessedjian* appare la pro-

spettiva di un possibile superamento della visuale codicistica tradizionale europea per tipi e fasi di contratti in favore di quella non codicistica dominante in *common law* articolata per tipologie di clausole contrattuali, operanti nei momenti *pre* e *post*-contrattuali ai fini della formazione e della esecuzione delle obbligazioni commerciali assunte. A tale riguardo si segnala addirittura la forte invasione ormai realizzata dal linguaggio giuridico di lingua inglese nei vari settori del mercato mondiale, venendo così a sostituire istituti pregressi di *common law* o almeno a tradurne i loro significati tradizionali. Si segnala a tal scopo così la sostituzione della classica clausola *rebus sic stantibus* con quella di *hardship* come clausola abilitante novazioni oggettive o soggettive o addirittura l'abrogazione dello statuto contrattuale concordato dalle parti.

A titolo di conclusione si segnala l'eccezionale importanza di opere così mature e collaudate della manualistica francese, destinate ad offrire non pochi spunti di riflessione terminologica, sistematica e concettuale. La persistente utilizzazione di una denominazione classica come quella di «commercio internazionale» assume in vero un evidente carattere espansivo *lato sensu*, idonea ad assorbire altri settori della disciplina di regola inquadrati sotto il termine di «diritto pubblico ed internazionale dell'economia». Altrettanto si dica per la convinta riproduzione di altre categorie codicistiche, apparse anche in Italia desuete, ma riprodotte in modo più che rigoroso secondo la tradizione codicistica napoleonica del *code civil* e del *code de commerce*. Finalmente lo stesso lettore italiano, studioso accademico o operatore professionale, troverà non poca utilità nel confrontare tradizionali principi civilistici – fondati sulla bipartizione formazione-esecuzione dei contratti – e le innovative prassi contrattuali, sostanzialmente non dissimili, ma formalmente e funzionalmente nuove e diverse rispetto alle prime. Nel complesso trattasi di opere valutabili come segno espressivo di tempi nuovi anche nel settore del commercio internazionale e forse idonee a riaprire dibattiti e discussioni dottrinali e legislativi, forse non necessariamente compiuti nell'attuale stato dell'ordinamento giuridico italiano ed internazionale del settore.

Massimo Panebianco*

* Ordinario di Diritto Internazionale Pubblico / Università degli Studi di Salerno

Hanno collaborato a questo numero:

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

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

ANTONIA CORINI, *Diploma in Alti Studi europei / Collegio europeo di Parma; Master in European Studies / School of Government LUISS Guido Carli*

NADIA DI LORENZO, *Dottore di ricerca in Politiche europee di diritto processuale, penale e di cooperazione giudiziaria / Università degli Studi di Catania*

FEDERICO FORNI, *Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna*

GIUSEPPE LICASTRO, *Dottore in giurisprudenza*

CLAUDIA MIGLIORATI, *Dottore di ricerca in Diritto Internazionale / Università Federico II; cultore di Diritto Internazionale Privato / Università degli Studi di Napoli Federico II e Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli*

MASSIMO PANEBIANCO, *Ordinario di Diritto Internazionale Pubblico / Università degli Studi di Salerno*

PAOLO STAZI, *Dottore in Giurisprudenza; Business Process Specialist / Novartis Vaccines and Diagnostics*

MARIA TERESA STILE, *Docente incaricata di «Diritto dell'Unione europea» / Università Telematica Pegaso; Avvocato in Napoli*

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Trimestrale diretto da *F. Capelli*

INDICE 2013

ARTICOLI

- Giuseppe Cogliandro* - L'impatto del *fiscal compact* sul sistema di governance europea
(*The Impact of the Fiscal Compact on the European Governance System*) Pag. 337
- Massimo Panebianco* - *Anna Lisa Verdecchia* - BRICS: Gruppo internazionale di Stati
(*BRICS: International Group of States*) » 1
- Maria Teresa Stile* - Le leggi nazionali di interpretazione autentica all'esame delle Corti europee
(*The National Laws of Authentic Interpretation before the European Courts*) » 587
- Andrea Usai* - Cartelli d'impresa e diritto dell'Unione europea: riformare il sistema in senso accusatorio?
(*A Prosecutorial Model in the European Union Could Lead to a Fairer and More Efficient Enforcement System in Cartel Cases*) » 31
- Wilma Viscardini* - Riflessioni sull'efficacia diretta della normativa dell'Unione europea e sull'effetto utile della giurisprudenza della Corte di giustizia
(*Reflections on the Direct Effect of EU Law and on the Practical Effect of the Case-Law of the EU Court of Justice*) » 345

COMMENTI

- Enrica Adobati* - Denominazioni nazionali regolate da norme interne degli Stati membri e disciplina comunitaria sulla libera circolazione delle merci Pag. 178
(*National Designations Governed by Internal Rules of the Member States and European Rules on the Free Movement of Goods*)
- Chiara Camussi* - I contratti conclusi via web dai consumatori: nuovi spunti di riflessione sui presupposti applicativi » 127
(*The Enforcement of Consumer Protection in Cross-Border Contracts between Consumers and Traders does not Require the Contract to be Concluded at Distance*)
- Fausto Capelli* - Il Regolamento (Ue) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agro-alimentari: luci ed ombre » 515
(*Regulation (EU) No. 1151/2012 on Quality Schemes for Food and Agricultural Products: Lights and Shadows*)
- Antonia Corini* - La protezione dei consumatori ed un'informazione adeguata devono essere assicurate anche nel caso di immissioni al consumo di alimenti non dannosi per la salute ma inadatti al consumo umano » 169
(*Consumers must be Protected and given Adequate Information also in the Case of Food which, while not being harmful to People's Health, is Unfit for Human Consumption*)
- Salvatore D'Acunto* - Unione europea e diritti dei passeggeri: bilancio e prospettive (*Parte Prima*) » 239
(*European Union and Passenger Rights: State of Play and Prospects - First Part*)
- Salvatore D'Acunto* - Unione europea e diritti dei passeggeri: bilancio e prospettive (*Parte Seconda*) » 541
(*European Union and Passenger Rights: State of Play and Prospects - Second Part*)
- Nadia Di Lorenzo* - Il superiore interesse del minore sottratto prevale sull'applicazione della Convenzione dell'Aja 1980 » 659
(*The Best Interest of the Child Subtracted Exceeds the Application of the Hague Convention of 1980*)
- Federico Forni* - Il farmaco di importazione parallela ha trovato l'autore del riconfezionamento » 71
(*The Parallel Imported Medicinal Product Found the Author of its Repackaging*)

<i>Federico Forni</i> - La nuova indicazione di un vecchio principio attivo conquista il certificato protettivo complementare (<i>The New Indication of an Old Active Substance Gets the Supplementary Protection Certificate</i>)	Pag. 399
<i>Federico Forni</i> - È la destinazione che rende "medico" il dispositivo (<i>The Destination Makes the Device «Medical»</i>)	» 615
<i>Aldo Frignani</i> - Le nuove norme sui ritardi nei pagamenti e sui crediti delle imprese verso la Pubblica Amministrazione (dalla direttiva europea alla legge italiana) (<i>The New Rules to Combat late Payment and the Commercial Credits Towards Public Entities (from EU Directive to Italian Law)</i>)	» 189
<i>Matteo Gragnani</i> - Le specialità tradizionali garantite (STG) secondo il Regolamento (Ue) n. 1151/2012 (<i>Traditional Specialities Guaranteed (TSG) According to (Eu) Regulation No 1151/2012</i>)	» 207
<i>Gregorio Leone</i> - L'IVA all'importazione: oggetto dell'imposizione, controversie e sanzioni (<i>The Import Vat: Subject of Taxation, Disputes and Penalties</i>)	» 467
<i>Giuseppe Licastro</i> - Verso un «sistema integrato di gestione delle frontiere esterne»? (<i>Towards an «Integrated Management System for External Borders»?</i>)	» 705
<i>Claudia Migliorati</i> - Il sito archeologico di Pompei a rischio di cancellazione dalla lista del patrimonio mondiale (<i>The Archaeological site of Pompeii under the risk to be deleted from the World Heritage List</i>)	» 723
<i>Daniele Pisanello</i> - La potenza di uno starnuto: spunti dalla sentenza <i>Albrecht</i> della Corte di giustizia in tema di conformità ai requisiti igienico-sanitari (<i>Mapping Roles in Food Safety: the Court of Justice Shows Off Risk Analysis Based Approach in Enforcing Food Law</i>)	» 377
<i>Andrea Soncini</i> - Gli accordi tra pubbliche amministrazioni ex art. 15 l. 241/90 e il divieto di affidamenti diretti (<i>The Infringement of National and European Union Public Procurement Legislation Through Cooperation Agreements Among Public Entities (ex art. 15 L. 241/90)</i>)	» 433

- Paolo Stazi* - La Corte Suprema degli Stati Uniti si pronuncia sulla brevettabilità dei geni umani: considerazioni a margine del caso *Myriad Genetics* Pag. 679
(The Supreme Court of the United States Rules on the Patentability of Human Genes: Considerations On The Myriad Genetics Case)
- Pietro Troianiello* - L'efficacia dei provvedimenti di *competition advocacy* dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'ambito della cooperazione di cui al Regolamento (Ce) n. 1/2003 » 495
(The Effects of Antitrust Authority's Provisions Concerning Competition Advocacy within the Cooperation as set out in the (Ec) Regulation n. 1/2003)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

- Fausto Capelli* - Rilancio dell'attività economica in Italia attraverso la valorizzazione dei beni culturali » 281
(Relaunch of the Economical Activity in Italy through the Promotion of Cultural Heritage)
- Fausto Capelli* - Trasparenza e lotta alla corruzione: necessità di avviare corsi di formazione in materia di controlli all'interno della pubblica amministrazione » 565
(Transparency and Fight against Corruption: the Need to Start Training-courses on Controls within the Public Administration)
- Fausto Capelli* - Come utilizzare le esperienze del passato per affrontare i problemi attuali e quelli futuri concernenti il conflitto tra palestinesi e israeliani » 749
(How to use Past Experiences to Address Current and Future Problems Concerning the Conflict between Palestinians and Israelis)
- Nicola Coppola* - Imitazione e contraffazione di denominazioni tipiche e tradizionali: la posizione recente di operatori e associazioni internazionali » 295
(Imitation and Counterfeiting of Typical and Traditional Names: the Recent Position of Operators and International Associations)
- Antonia Corini* - Cittadinanza europea: diritto alla libera circolazione in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia » 761
(European Citizenship: Freedom of Movement in an Area of Freedom, Security and Justice)

Roberto Lovato - Forme di cooperazione e sinergie specifiche
nella promozione dei prodotti agroalimentari italiani sui
mercati internazionali
(*Forms of Cooperation and Specific Synergies in the Promotion of
Italian Food Products on International Markets*)

Pag. 305

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

**Importazione parallela e riconfezionamento di prodotti
farmaceutici muniti di marchio: la Corte di giustizia tro-
va un punto di equilibrio tra la difesa della libera circola-
zione delle merci e la salvaguardia dei diritti del titolare
del marchio**

Sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2011 in cause
riunite n. C-400/09 e n. C-207/10

*Orifarm A/S e altri e Paranova Danmark A/S e Paranova
Pack A/S c. Merck Sharp & Dohme Corp. e Merck Sharp &
Dohme BV e Merck Sharp & Dohme*

(con commento di *Federico Forni*)

» 65

**Sicurezza dei prodotti alimentari, tutela dei consumatori
e responsabilità degli operatori del settore alimentare**

Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2011 in causa
n. C-382/10

*Erich Albrecht, Thomas Neumann, Van-Ly Sundara, Alexan-
der Svoboda, Stefan Toth c. Landeshauptmann von Wien*

(con commento di *Daniele Pisanello*)

» 373

**La Corte di giustizia muta il proprio orientamento giuri-
sprudenziale ed estende la durata temporale dei brevetti
sui nuovi medicinali contenenti principi attivi preceden-
temente autorizzati nell'Unione europea**

Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa
n. C-130/11

*Neurim Pharmaceuticals (1991) Ltd c. Comptroller-General
of Patents*

(con commento di *Federico Forni*)

» 395

La conclusione del contratto a distanza non è presupposto per l'applicazione della normativa di garanzia nei contratti *cross-border* tra consumatori e professionisti

Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2012 in causa n. C-190/11

Daniela Mühlleitner c. Ahmad Yusufi e Wadat Yusufi
(con commento di *Chiara Camussi*)

Pag. 123

Libera circolazione dei dispositivi medici: la tutela della salute prevale sulle esigenze della libera circolazione delle merci

Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-219/11

Brain Products GmbH c. BioSemi VOF
(con commento di *Federico Forni*)

» 613

Accordi di collaborazione tra enti pubblici per attività di interesse comune. Al vaglio della Corte di giustizia la legittimità di affidamenti senza gara negli appalti pubblici

Sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2012 in causa n. C-159/11

Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e altri
(con commento di *Andrea Soncini*)

» 429

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

La Corte di giustizia precisa i criteri di esclusione degli operatori economici dalla procedura in materia di appalti

Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2012 in causa n. C-465/11

Forposta SA, ABC Direct Contact sp. z o.o. c. Poczta Polska SA

» 147

Una pratica commerciale di liquidazione dei prodotti non autorizzata che non rientra nell'allegato I della direttiva n. 2005/29/Ce non può essere oggetto di un provvedimento di interdizione senza una preventiva verifica del suo carattere sleale

Sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013 in causa n. C-206/11

Georg Köck c. Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb

» 149

La Corte si pronuncia ancora nell'ambito del risarcimento del danno a favore dei passeggeri con voli cancellati o arrivati a destinazione con notevole ritardo

Sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 2013 in causa n. C-12/11

Denis McDonagh c. Ryanair Ltd

Pag. 151

La Corte di giustizia si pronuncia in tema di accertamento delle infrazioni alle regole di concorrenza

Sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 2013 in causa n. C-68/12

Protimonopolný úrad Slovenskej republiky c. Slovenská sporiteľňa a.s.

» 154

La Corte si pronuncia ancora nell'ambito del risarcimento del danno a favore dei passeggeri con voli cancellati o arrivati a destinazione con notevole ritardo

Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013 in causa n. C-11/11

Air France SA c. Heinz-Gerke Folkerts e Luz-Tereza Folkerts

» 152

La Corte di giustizia interpreta la normativa nazionale relativa al sistema di formazione obbligatoria degli esperti contabili

Sentenza della Corte di giustizia del 28 febbraio 2013 in causa n. C-1/12

Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas c. Autoridade da Concorrência, con l'intervento di: Ministério Público

» 156

Il divieto di vendite sottocosto contenuto nella legge belga contrasta con il diritto comunitario

Ordinanza della Corte di giustizia del 7 marzo 2013 in causa n. C-343/12

Euronics Belgium CVBA c. Kamera Express BV, Kamera Express Belgium BVBA

» 158

La Corte di giustizia si pronuncia sul carattere abusivo di una clausola *standard* contenuta in un contratto di mutuo immobiliare e in un contratto di fornitura di gas

Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2013 in causa n. C-415/11

Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)

» 160

La Corte di giustizia si pronuncia sul carattere abusivo di una clausola *standard* contenuta in un contratto di mutuo immobiliare e in un contratto di fornitura di gas

Sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 2013 in causa n. C-92/11

RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV

Pag. 161

Sicurezza alimentare e informazione dei consumatori: limiti posti alla divulgazione dei nomi delle imprese responsabili delle infrazioni

Sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013 in causa n. C-636/11

Karl Berger c. Freistaat Bayern

(con nota di *Antonia Corini*)

» 168

Contrasta con il diritto dell'Unione una normativa nazionale che limita gli interessi riconosciuti per la restituzione di una tassa (sull'inquinamento) riscossa in violazione del diritto comunitario

Sentenza della Corte di giustizia del 18 aprile 2013 in causa n. C-565/11

Mariana Irimie c. Administratia Finantelor Publice Sibiu, Administratia Fondului pentru Mediu

» 167

La Corte di giustizia si pronuncia sul carattere abusivo di una clausola *standard* contenuta in un contratto di mutuo immobiliare e in un contratto di fornitura di gas

Sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 2013 in causa n. C-397/11

Erika Jörös c. Aegon Magyarország Hitel Zrt.

» 163

La Corte di giustizia interpreta il Regolamento sul procedimento di ingiunzione europeo

Sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2013 in causa n. C-144/12

Goldbet Sportwetten GmbH c. Massimo Sperindeo

» 447

La Corte di giustizia si pronuncia sull'ambito di applicazione del principio della libera circolazione dei lavoratori

Sentenza della Corte di giustizia del 20 giugno 2013 in causa n. C-20/12

Elodie Giersch, Benjamin Marco Stemper, Julien Taminiaux,

<i>Xavier Renaud Hodin, Joëlle Hodin c. État du Grand-Duché de Luxembourg</i>	Pag. 448
I limiti di "affollamento pubblicitario" previsti dalla normativa italiana sono adeguati alla direttiva n. 2010/13/Ue Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013 in causa n. C-234/12 <i>Sky Italia srl c. Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni, nei confronti di Reti Televisive Italiane (RTI) SpA, Maria Iaccarino</i>	» 452
Contrasta con il diritto dell'Unione europea la normativa tedesca che condiziona l'accesso ad una sovvenzione per la formazione all'estero al requisito di anzianità di residenza triennale in Germania Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013 in causa n. C-523/11 e n. C-585/11 <i>Laurence Prinz c. Region Hannover (C-523/11) e Philipp Seeberger c. Studentenwerk Heidelberg (C-585/11)</i>	» 451
La Corte di giustizia precisa l'ambito di applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2013 in causa n. C-435/11 <i>CHS Tour Services GmbH c. Team4 Travel GMBH</i>	» 460
I consumatori/viaggiatori hanno diritto al rimborso parziale del prezzo del biglietto del treno in caso di ritardo Sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 2013 in causa n. C-509/11 <i>ÖBB c. Personenverkehr AG</i>	» 454
I limiti posti dalla disciplina comunitaria sulla libertà di stabilimento alla normativa siciliana riferita ai criteri demografici e geografici di apertura di attività per ottici Sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 2013 in causa n. C-539/11 <i>Ottica New Line di Accardi Vincenzo c. Comune di Campobello di Mazara e nei confronti di Fotottica Media Vision di Luppino Natale Fabrizio e C. S.n.c.</i>	» 456
La Corte di giustizia si pronuncia ancora sulla direttiva in materia di garanzie dei beni di consumo	

Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2013 in causa n. C-32/12 <i>Soledad Duarte Hueros c. Autociba SA, Automóviles Citroën España SA</i>	Pag. 458
La Corte di giustizia precisa l'ambito di applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2013 in causa n. C-59/12 <i>BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV</i>	» 460
Interpretazione del Regolamento (Ce) n. 44/2001 nell'ambito della violazione dei diritti patrimoniali d'autore Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2013 in causa n. C-170/12 <i>Peter Pinckney c. KDG Mediatech AG</i>	» 462
La Corte di giustizia interpreta il Regolamento (Ce) n. 44/2001 con riferimento ai contratti conclusi con i consumatori Sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 2013 in causa n. C-218/12 <i>Lokman Emrek c. Vlado Sabranovic</i>	» 641
La Corte di giustizia si pronuncia sulla validità dell'inserimento delle impronte digitali nel passaporto Sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 2013 in causa n. C-291/12 <i>Michael Schwarz c. Stadt Bochum</i>	» 635
La responsabilità civile risultante dalla circolazione degli autoveicoli Sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 2013 in causa n. C-22/12 <i>Katarína Haasová c. Rastislav Petrik, Blanka Holingová</i>	» 637
Sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 2013 in causa n. C- 277/12 <i>Vitālijs Drozdovs, rappresentato da Valentīna Balakireva c. Baltikums AAS</i>	» 638

La Corte di giustizia interpreta il Regolamento (Ce) n. 44/2001 con riferimento ai contratti conclusi con i consumatori

Sentenza della Corte di giustizia del 14 novembre 2013 in causa n. C-478/12

Armin Maletic, Marianne Maletic c. lastminute.com GmbH, TUI Österreich GmbH

Pag. 640

La direttiva n. 93/13/Cee sulle clausole contrattuali abusive nell'interpretazione della Corte di giustizia

Ordinanza della Corte di giustizia del 14 novembre 2013 in cause riunite n. C-537/12 e n. -116/13

Banco Popular Espanol SA c. Maria Teodolinda Rivas Quichimb, Wilmar Edgar Cun Pérez (in causa n. C-537/12) e *Banco de Valencia SA c. Joaquín Valldeperas Tortosa, María Ángeles Miret Jaume* (in causa n. C-116/13)

» 644

Secondo la Corte di giustizia i farmaci soggetti a prescrizione medica non possono essere venduti nelle parafarmacie e la normativa italiana che lo vieta non contrasta con il diritto comunitario

Sentenza della Corte di giustizia del 5 dicembre 2013 in cause riunite da n. C-159/12 a n. C-161/12

Alessandra Venturini c. ASL Varese e altri (causa n. C-159/12), *Maria Rosa Gramegna c. ASL Lodi e altri* (causa n. C-160/12), *Anna Muzzio c. ASL Pavia e altri* (causa n. C-161/12); con l'intervento di: *Federfarma - Federazione Nazionale Unitaria dei Titolari di Farmacia Italiani*

» 647

Il patto civile tra persone dello stesso sesso secondo la Corte di giustizia

Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2013 in causa n. C-267/12

Frédéric Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres

» 649

La legislazione inglese in tema di ripetizione delle imposte percepite in violazione del diritto dell'Unione contrasta con il diritto comunitario

Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 2013 in causa n. C-362/12

Test Claimants in the Franked Investment Income Group

Litigation c. Commissioners of Inland Revenue, Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs Pag. 650

Una nuova pronuncia della Corte di giustizia sulle pratiche commerciali sleali

Sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2013 in causa n. C-281/12

Trento Sviluppo srl, Centrale Adriatica Soc. coop. Arl c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato » 652

**GIURISPRUDENZA
ITALIANA E STRANIERA**

Per la Corte di cassazione il mancato pagamento dell'Iva all'importazione non è contrabbando, ma integra il reato di evasione

Sentenza della Corte di cassazione, III sezione penale, dell'11 dicembre 2012 n. 1172 » 465

Sentenza della Corte di cassazione, III sezione penale, del 17 marzo 2010 n. 16860 » 466
(con commento di *Gregorio Leone*)

Sottrazione internazionale di minori: per la Corte di cassazione francese il preminente interesse del minore costituisce causa ostativa al suo rimpatrio

Sentenza della Corte di cassazione francese, prima camera civile, del 13 febbraio 2013 n. 107 (11-28.424)
M. Jelani X. c. Mme Isabelle Y. » 655
(con commento di *Nadia Di Lorenzo*)

L'etichetta con la quale viene commercializzata la bevanda «Freeway Gazzosa», che riporta correttamente l'elenco degli ingredienti, non può essere considerata ingannevole ai sensi delle normative nazionale e comunitaria applicabili

Sentenza della Corte d'appello di Perugia del 7-27 marzo 2013 n. 113
Lidl Italia e Kasch Rudiger c. Regione Umbria » 175
(con commento di *Enrica Adobati*)

Condizioni e modalità dell'esercizio del nuovo potere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di impugnare gli atti amministrativi

Sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sez. II, del 6 marzo-6 maggio 2013 n. 4451

Autorità garante della concorrenza e del mercato c. Roma Capitale

(con commento di *Pietro Troianiello*)

Pag. 485

Il caso *Myriad* e la brevettabilità delle sequenze genetiche nell'ordinamento statunitense e dell'Unione europea

Decision of Supreme Court of the United States of 13 June, 2013 in case No. 12-398

Association for Molecular Pathology, et al., Petitioners v. Myriad Genetics, Inc., et al.

(con commento di *Paolo Stazi*)

» 669

Accordi tra amministrazioni: vietati gli affidamenti senza gara di servizi di cui all'Allegato II-A del Codice dei Contratti Pubblici e, in ogni caso, l'affidamento diretto di contratti di natura patrimoniale

Sentenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, V sezione, n. 3849 del 18 giugno-15 luglio 2013

Azienda Sanitaria Locale di Lecce c. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, Oice - Associazione delle Organizzazioni di Ingegneri, di Architettura e di Consultazione Tecnico-Economica, Etacons Srl, Ing. Vito Prato Engineering Srl, Barletti - del Grosso & Associati Srl, Ordine degli Architetti della Provincia di Lecce, Consiglio Nazionale Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori - Cnappc, nei confronti di Università del Salento

(con commento di *Andrea Soncini*)

» 505

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE**Tutela dei crediti commerciali nell'Unione europea. Regole certe per evitare i ritardi di pagamento e garantire alle imprese i tempi di riscossione dei crediti**

Direttiva n. 2011/7/Ue del Parlamento europeo e del Consi-

glio, del 16 febbraio 2011, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (rifusione) (con commento di <i>Aldo Frignani</i>)	Pag. 183
Regimi di qualità dei prodotti agricoli alimentari destinati al consumo umano: criteri, condizioni e procedure per la registrazione delle Specialità Tradizionali Garantite (STG) Regolamento (Ue) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari (con commento di <i>Matteo Gragnani</i>)	» 203
La nuova disciplina europea in materia di tutela della qualità dei prodotti agro-alimentari Regolamento (Ue) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari (con commento di <i>Fausto Capelli</i>)	» 507
La nuova disciplina del «controllo di frontiera» per una efficace gestione delle frontiere esterne Regolamento (Ue) n. 610/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 che modifica il Regolamento (Ce) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), la Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, i Regolamenti (Ce) n. 1683/95 e (Ce) n. 539/2001 del Consiglio e i Regolamenti (Ce) n. 767/2008 e (Ce) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio (con commento di <i>Giuseppe Licastro</i>)	» 701
Consiglio europeo	
Conclusioni del Consiglio europeo, 7-8 febbraio 2013	» 219
Conclusioni del Consiglio europeo, 14-15 marzo 2013	» 221
Conclusioni del Consiglio europeo, 22 maggio 2013	» 225
Conclusioni del Consiglio europeo, 27-28 giugno 2013	» 226
Conclusioni del Consiglio europeo, 24-25 ottobre 2013	» 535
Conclusioni del Consiglio europeo, 19-20 dicembre 2013	» 711

DOCUMENTAZIONE**A garanzia dei viaggiatori e per una maggiore qualità dei servizi, la Commissione fornisce una sintesi chiara dei diritti fondamentali dei passeggeri e dei principi applicabili a tutte le modalità di trasporto nell'Ue**

Una visione europea per i passeggeri: Comunicazione sui diritti dei passeggeri in tutti i modi di trasporto (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 19 dicembre 2011, Com(2011)898 def.)
(con commento di *Salvatore D'Acunto*)

Pag. 231

Occorre evitare altri danni al sito di Pompei

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage - Decisions adopted by the World Heritage Committee at its 37th session (Phnom Penh, 2013): 77. Archaeological Areas of Pompei, Herculaneum and Torre Annunziata (Italy) (C 829) - Decision 37 COM 7B.77

» 717

D.L. n. 34 del 31 marzo 2011 - Disposizioni urgenti in favore della cultura, in materia di incroci tra settori della stampa e della televisione, di razionalizzazione dello spettro radioelettrico, di abrogazione di disposizioni relative alla realizzazione di nuovi impianti nucleari, di partecipazioni della Cassa depositi e prestiti, nonché per gli enti del Servizio sanitario nazionale della regione Abruzzo (Art. 2)

» 718

D.L. n. 91 dell'8 agosto 2013 - Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo (Art. 1)
(con commento di *Claudia Migliorati*)

» 721

RECENSIONI

Bruno Barel - Stefano Armellini, Manuale breve. Diritto internazionale privato (*Massimo Panebianco*)

» 313

Silvia Bolognini, La disciplina della comunicazione *business to consumer* nel mercato agroalimentare europeo (*Bruno Nascimbene*)

» 315

<i>Francesco Buonomenna</i> , Servizi pubblici internazionali ed europei. Regimi regolatori (<i>Giorgio Bosco</i>)	Pag. 317
<i>Fausto Capelli</i> (a cura di), La tutela giuridica del consumatore (contraente debole) in Europa e nel mondo (<i>Enrica Adobati</i>)	» 580
<i>Daniele Gallo</i> , I servizi di interesse economico generale - Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea (<i>Elisa Baroncini</i>)	» 318
<i>Fernanda Gallo</i> , Dalla patria allo Stato. Bertrando Spaventa, una biografia intellettuale (<i>Alberto Nones</i>)	» 575
<i>Catherine Kessedjian</i> , Droit du commerce international	
<i>Hugues Kenfack</i> , Droit du commerce international ⁴ (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 783
<i>Domingo Muriel</i> , Fasti novi orbis et ordinationum apostolicarum ad Indias pertinentium breviarium, cum annotationibus (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 323
<i>Gabriele Pepe</i> , Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa (<i>Francesco Tesauro</i>)	» 326
<i>Giulio Peroni</i> , La crisi dell'euro: limiti e rimedi dell'unione economica e monetaria (<i>Fausto Capelli</i>)	» 327
<i>Karl P. Sauvant</i> (ed.), Yearbook on International Investment Law and Policy 2011-2012 (<i>Ilaria Espa</i>)	» 577
<i>Victor Uckmar</i> - <i>Giuseppe Corasaniti</i> - <i>Paolo De' Capitani di Vimercate</i> - <i>Caterina Corrado Oliva</i> , Diritto tributario internazionale - Manuale (<i>Fausto Capelli</i>)	» 328
Indice 2013	» 789
Hanno collaborato	331, 583, 787
Codice etico delle pubblicazioni	» 333