

Papers

di diritto europeo



UNIVERSITÀ
di **VERONA**
Dipartimento
di **SCIENZE GIURIDICHE**



Centro di documentazione europea – Università degli Studi di Verona – *Papers di diritto europeo*, 2019 / 1

Matteo Ortino, *La disciplina delle attività digitali in recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'UE e conclusioni degli avvocati generali*

Maria Caterina Baruffi, *Il migrante e il diritto di asilo nel tempo e nello spazio*

© 2019 Centro di documentazione europea – Università degli Studi di Verona

ISSN 2038-0461

Registrazione al Tribunale di Verona numero 1875 del 22/07/2010

Referee: gli scritti contenuti nella rivista sono valutati attraverso un sistema *peer-review*.

La rivista *open access* “Papers di diritto europeo” raccoglie contributi sui temi dell’integrazione europea nei suoi aspetti di diritto, sia istituzionale sia materiale, e dei suoi riflessi sugli ordinamenti nazionali in una prospettiva interdisciplinare. Sono accolti contributi di professori e ricercatori universitari, come pure di studiosi italiani e stranieri.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf sul sito Internet.

Direzione scientifica:

Prof.ssa Maria Caterina Baruffi

Comitato scientifico:

Prof.ssa Maria Caterina Baruffi, mariacaterina.baruffi@univr.it

Prof.ssa Laura Calafà, laura.calafa@univr.it

Prof. Franco Ferrari, franco.ferrari@nyu.edu

Prof. Matteo Ortino, matteo.ortino@univr.it

Dott.ssa Isolde Quadranti, isolde.quadranti@univr.it

Comitato di redazione:

Dott.ssa Diletta Danieli, diletta.danieli@univr.it

Dott.ssa Caterina Fratea, caterina.fratea@univr.it

Dott.ssa Cinzia Peraro, cinzia.peraro@univr.it

Dott.ssa Isolde Quadranti, isolde.quadranti@univr.it

Editore:

Centro di documentazione europea dell’Università degli Studi di Verona

Dipartimento di Scienze giuridiche

Via Carlo Montanari, 9

37122 Verona

Tel. +39.045.8028847

Fax +39.045.8028846

La disciplina delle attività digitali in recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'UE
e conclusioni degli avvocati generali

Matteo Ortino

Abstract

Il contributo analizza la recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea relativa ad una pluralità di profili in materia di attività digitali, e, in particolare, quelli della disciplina nazionale dei servizi della società dell'informazione e degli obblighi degli Stati di rispettare le norme 'procedurali' previste dall'UE, della responsabilità nella gestione di dati personali raccolti e trasmissioni *online*, delle violazioni del diritto d'autore mediante una condivisione di *files* e, infine, della nozione di «professionista» nelle piattaforme digitali.

La disciplina delle attività digitali in recenti pronunce della Corte di Giustizia dell'UE e conclusioni degli avvocati generali

Matteo Ortino*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Obbligo degli Stati membri di informare la Commissione su progetti normativi relativi ai servizi della società dell'informazione. – 3. Corresponsabilità nella gestione di dati personali raccolti e trasmissioni *online*. – 4. Violazioni del diritto d'autore mediante una condivisione di *files*. – 5. La nozione di «professionista» nelle piattaforme digitali.

1. Introduzione.

L'aumento crescente dell'economia digitale, e quindi delle attività commerciali e individuali svolte per mezzo delle tecnologie digitali, insieme all'incremento delle normative, sia a livello UE sia a livello nazionale, tese a disciplinare tali attività, la Corte è chiamata sempre più frequentemente a chiarire l'interpretazione delle rilevanti norme di diritto UE e a determinare la conformità delle azioni degli Stati membri a tali norme.

Di seguito, alcune pronunce della Corte di Giustizia dell'UE (Corte) e conclusioni di avvocati generali in materia. I temi sono in particolare quelli: della disciplina nazionale dei servizi della società dell'informazione e obblighi degli Stati di rispettare le norme 'procedurali' previste dall'UE (par. 2); della responsabilità nella gestione di dati personali raccolti e trasmissioni *online* (par. 3); delle violazioni del diritto d'autore mediante una condivisione di *files* (par. 4); e, infine, della nozione di «professionista» nelle piattaforme digitali (par. 5).

2. Obbligo degli Stati membri di informare la Commissione su progetti normativi relativi ai servizi della società dell'informazione.

In due cause recenti viene in rilievo l'applicazione delle norme della direttiva 98/34/CE¹ che prevede una procedura d'informazione obbligatoria nel settore delle norme e delle regolamentazioni

* Professore associato di Diritto dell'economia, Dipartimento di Scienze giuridiche, e Direttore della Scuola di Dottorato in Scienze giuridiche ed economiche presso l'Università di Verona.

¹ [Direttiva 98/34/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, in *GUCE* L 204 del 21 luglio 1998, pp. 37-48, come modificata dalla [direttiva 98/48/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 luglio 1998, in *GUCE* L 217 del 5 agosto 1998, pp. 18-26.

tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione. Nella prima causa, C-320/16, si è già pronunciata la Corte; mentre nella seconda, C-299/17, vi sono le conclusioni dell'avvocato generale Hogan.

Nella prima causa, C-320/16, [Uber France SAS](#)², si tratta di un progetto di legge francese che stabilisce il divieto e le sanzioni penali per l'esercizio dell'attività di trasporto nell'ambito del servizio *UberPop*. La sentenza della Corte è del 10 aprile 2018.

La società francese *Uber France* fornisce, mediante un'applicazione per *smartphone*, un servizio denominato *UberPop*, con il quale essa mette in contatto conducenti non professionisti che utilizzano il proprio veicolo con persone che desiderano effettuare spostamenti in area urbana. Nell'ambito del servizio fornito mediante tale applicazione, detta società fissa le tariffe, riceve dal cliente il prezzo di ciascuna corsa (per poi rimetterne una parte al conducente non professionista del veicolo) ed emette le fatture.

Uber France è sottoposta a procedimento penale per aver organizzato, tramite il servizio *UberPop*, un sistema di messa in contatto di clienti con conducenti non professionisti che trasportano persone a titolo oneroso con veicoli aventi meno di dieci posti. *Uber France* sostiene che la legislazione francese sulla cui base essa viene perseguita in sede penale costituisce una regola tecnica riguardante un servizio della società dell'informazione ai sensi della direttiva relativa alle norme e alle regolamentazioni tecniche. Tale direttiva impone agli Stati membri di notificare alla Commissione qualsiasi progetto di legge o di regolamentazione che detti regole tecniche relative ai prodotti e servizi della società dell'informazione, a pena di successiva inopponibilità di tale legge o di tale regolamentazione ai singoli. Orbene, nel caso di specie, le autorità francesi non avevano notificato alla Commissione la normativa penale in questione prima della sua promulgazione. *Uber France* ne deduce che essa non può dunque essere sottoposta a procedimento penale per le accuse sopra citate.

Investito della controversia, il *Tribunal de grande instance de Lille* (Francia) chiede alla Corte di giustizia se le autorità francesi fossero tenute o no a notificare previamente alla Commissione il progetto di legge.

Con la sentenza in esame, la Corte dichiara che gli Stati membri possono vietare e reprimere l'esercizio illegale di un'attività di trasporto come quella esercitata tramite *UberPop* senza dover previamente notificare alla Commissione il progetto di legge che stabilisce il divieto e le sanzioni penali per tale esercizio.

La Corte ricorda, anzitutto, che essa ha statuito il 20 dicembre scorso, nella causa [Uber Spagna](#)³, che il servizio *UberPop* proposto in Spagna rientrava nel settore dei trasporti e non costituiva un servizio

² Corte giust., 10 aprile 2018, causa C-320/16, *Procedimento penale a carico di Nabil Bensalem*, ECLI:EU:C:2018:221.

³ Corte giust., 20 dicembre 2017, causa C-434/15, *Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain*, ECLI:EU:C:2017:981.

della società dell'informazione ai sensi della direttiva. Secondo la Corte, il servizio *UberPop* proposto in Francia è sostanzialmente identico a quello fornito in Spagna, spettando al *Tribunal de grande instance de Lille* il compito di verificare tale punto.

Pertanto, poiché il servizio *UberPop* non ricade sotto la direttiva, la Corte ne conclude che l'obbligo di previa notifica alla Commissione, previsto da tale direttiva, non trova applicazione. Ne consegue che le autorità francesi non erano tenute a notificare previamente alla Commissione il progetto di legge penale in questione.

Nella seconda causa, C-299/17, [*VG Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte von Medienunternehmen mbH c. Google LLC, succeduta alla Google Inc.*](#), si tratta di una normativa tedesca che vieta ai motori di ricerca di fornire estratti di prodotti dell'editoria senza la preventiva autorizzazione dell'editore. Alla data di tale scritto, vi sono solo le conclusioni dell'avvocato generale Hogan (13 dicembre 2018)⁴.

Nel 2013 la Germania ha introdotto un diritto connesso al diritto d'autore per gli editori della stampa, senza notificare il progetto alla Commissione. Le nuove disposizioni prevedono che – a differenza degli altri utilizzatori, anche commerciali – gli operatori commerciali di un motore di ricerca su *Internet* (così come i prestatori di servizi commerciali che sviluppano contenuti) non siano legittimati, senza un'adeguata autorizzazione, a fornire estratti – eccetto singole parole e estratti di testo di porzioni ridotte – di determinati testi, immagini e contenuti video forniti da editori della stampa.

La *VG Media* è un organismo di gestione collettiva autorizzato ai sensi della normativa tedesca a gestire i diritti d'autore e i diritti a questi connessi per conto, tra gli altri, degli editori della stampa. La *VG Media* ha proposto dinanzi al *Landgericht Berlin* (tribunale del Land Berlino), a nome dei suoi soci, un'azione per risarcimento danni nei confronti di *Google* per l'uso da parte di quest'ultima⁵, a partire dal 1° agosto 2013, di estratti di testo, immagini e video ricavati da contenuti editoriali e multimediali prodotti dai soci della *VG Media*, senza versare canoni.

Il tribunale del Land Berlino ritiene che, siccome il ricorso della *VG Media* dinanzi ad esso pendente è fondato, almeno in parte, l'esito della controversia dipenda dalla questione se le nuove norme tedesche possano essere considerate una regola tecnica che riguarda specificamente i servizi di una particolare società dell'informazione e quindi bisognosa di notifica alla Commissione, ai sensi della direttiva 98/34, per poter essere applicata. Detto giudice chiede pertanto alla Corte di giustizia di interpretare a tal rispetto la citata direttiva.

⁴ Conclusioni avv. gen. Hogan, 13 dicembre 2018, causa C-299/17, *VG Media Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte von Medienunternehmen mbH c. Google LLC, succeduta alla Google Inc.*, ECLI:EU:C:2018:1004.

⁵ Attraverso la ricerca sul motore di ricerca Google nei domini di *www.google.de* e *www.google.com* e il servizio *Google News*, a cui in Germania è possibile accedere separatamente tramite *news.google.de* o *news.google.com*.

Nelle conclusioni, l'avvocato generale Gerard Hogan ritiene che la nuova normativa tedesca in parola sul diritto connesso al diritto d'autore per gli editori della stampa costituisca una regola tecnica ai sensi della direttiva 98/34.

Le suddette nuove disposizioni non possono essere considerate semplicemente equivalenti a una condizione per l'esercizio di un'attività professionale, quale l'obbligo di un nulla osta. Esse hanno in pratica l'effetto di assoggettare la prestazione del servizio o a una forma di un provvedimento inibitorio o a una pretesa pecuniaria su iniziativa dell'editore di giornali o riviste. È certamente vero che il gestore del motore di ricerca può avvalersi dell'eccezione al diritto d'autore, ma solo se la pubblicazione si limita a poche parole o a un breve estratto.

L'avvocato generale è inoltre del parere che le norme tedesche di cui trattasi siano rivolte specificamente ai servizi della società dell'informazione.

Il loro scopo e oggetto principale consiste nella gestione dell'impatto dei motori di ricerca su *Internet*, dato che i contenuti multimediali sono sempre più letti e consultati *online*, e nella creazione di una norma speciale in materia di diritto d'autore per la fornitura di servizi online relativi a prodotti editoriali da parte dei gestori di motori di ricerca.

L'avvocato generale Hogan riconosce che la normativa in esame è stata adottata al fine di rafforzare i diritti di proprietà intellettuale degli editori di giornali e, per estensione, al fine di favorire sia la diversificazione dei media che la libertà di stampa. L'onnipresenza di *Internet* e l'accesso diffuso ai personal computer e agli *smartphone* ha fatto sì che nel corso di mezza generazione le prassi precedentemente consolidate dei consumatori in relazione al consumo di prodotti mediatici – non da ultimo l'effettivo acquisto di giornali – siano cambiate radicalmente.

Il legislatore di ciascuno Stato membro, di conseguenza, aveva diritto in linea di principio di reagire a tali cambiamenti nelle abitudini dei consumatori. Una stampa libera e attiva è la linfa vitale della democrazia, che è la pietra angolare dell'Unione e dei suoi Stati membri. È del tutto irrealistico attendersi un giornalismo di alta qualità e diversificato che rispetti i più elevati standard di etica dei media e il rispetto della verità, se i quotidiani e gli altri mezzi di comunicazione non godono di un flusso di reddito sostenibile. Sarebbe assurdo ed ingenuo non riconoscere che il tradizionale modello commerciale di giornali in tutta l'Unione — vendite e pubblicità — è stato compromesso negli ultimi vent'anni dalla lettura dei giornali online da parte dei consumatori, il che a sua volta ha favorito l'avvento di potenti motori di ricerca come quello gestito da *Google*.

Ciò non significa, tuttavia, che uno Stato membro abbia il diritto di eludere l'obbligo di notifica prescritto dalla direttiva 98/34. Il fatto che la notifica di una tale proposta legislativa sia prescritta dalla direttiva non implica, di per sé, neanche che il progetto di normativa sia necessariamente difettoso o censurabile dal punto di vista del mercato interno. Piuttosto, ciò che la direttiva mira a ottenere è che la

Commissione (e, per estensione, gli altri Stati membri) venga a conoscenza della proposta e che, in una fase precoce, consideri le sue possibili implicazioni per il funzionamento del mercato interno.

L'avvocato generale propone pertanto alla Corte di dichiarare che disposizioni nazionali come quelle in esame, che vietino esclusivamente ai gestori commerciali di motori di ricerca e ai prestatori di servizi commerciali che sviluppano contenuti, ma non ad altri utilizzatori, anche commerciali, di rendere accessibili al pubblico prodotti editoriali o loro parti (eccetto singole parole e estratti di testo di porzioni ridotte), costituiscono regole riguardanti specificamente i servizi della società dell'informazione. Inoltre, disposizioni nazionali, quali quelle in esame, costituiscono una regola tecnica soggetta all'obbligo di notifica ai sensi di tale direttiva.

Pertanto, ne consegue che, in mancanza di notifica alla Commissione di tali norme nazionali, queste nuove disposizioni tedesche in materia di diritto d'autore non possono essere applicate dai giudici tedeschi.

3. Co-responsabilità nella gestione di dati personali raccolti e trasmissioni *online*.

In due cause recenti, C-40/17 e C-210/16, la Corte è stata chiamata a chiarire la co-responsabilità nella gestione di dati personali raccolti *online*.

La causa C-40/17, [Fashion ID GmbH & Co. KG c. Verbraucherzentrale NRW eV](#), riguarda la *Fashion ID*, una società tedesca che commercializza articoli di moda *online*. Tale società ha inserito un *plugin* nel suo sito *Internet*: il pulsante «Like» di *Facebook*. Di conseguenza, quando un utente entra nel sito *Internet* della *Fashion ID*, le informazioni relative all'indirizzo IP e alla stringa del *browser* di tale utente sono trasferite a *Facebook*. Detto trasferimento avviene automaticamente quando si apre il sito *Internet* della *Fashion ID*, indipendentemente dal fatto che l'utente abbia cliccato il pulsante «Like» e abbia o meno un *account Facebook*.

La *Verbraucherzentrale NRW*, associazione tedesca per la tutela dei consumatori, ha proposto un'azione inibitoria contro la *Fashion ID* adducendo che l'uso del pulsante «Like» di *Facebook* comporta la violazione della normativa sulla protezione dei dati.

Investito della causa, l'*Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania) chiede l'interpretazione di varie disposizioni della precedente direttiva sulla protezione dei dati del 1995⁶ (che rimane applicabile alla causa in esame, ma è stata sostituita dal nuovo regolamento generale sulla protezione dei dati del 2016⁷ con effetto a decorrere dal 25 maggio 2018).

⁶ [Direttiva 95/46/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in *GUCE* L 281 del 23 novembre 1995, pp. 31-50.

⁷ [Regolamento \(UE\) 2016/679](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di

Nelle sue conclusioni, del 19 dicembre 2018⁸, l'avvocato generale Michal Bobek propone alla Corte di giustizia di dichiarare, anzitutto, che la direttiva non osta a una normativa nazionale che riconosce ad associazioni senza scopo di lucro la legittimazione ad avviare un procedimento giudiziario nei confronti del presunto autore di una violazione della normativa in materia di protezione dei dati, al fine di tutelare gli interessi dei consumatori.

L'avvocato generale propone inoltre di dichiarare che, ai sensi della direttiva sulla protezione dei dati, il gestore di un sito *Internet* (come la *Fashion ID*), che abbia inserito nel proprio sito *Internet* il *plugin* di un terzo (come il pulsante «*Like*» di *Facebook*), il quale determina la raccolta e la trasmissione di dati personali dell'utente, è considerato corresponsabile del trattamento, assieme a detto terzo (nella fattispecie la *Facebook Ireland*).

Tuttavia, tale responsabilità (congiunta) del responsabile del trattamento dovrebbe essere limitata alle operazioni per le quali esso decide effettivamente in merito agli strumenti e alle finalità del trattamento dei dati personali.

Ciò significa che un (co)responsabile del trattamento ha la responsabilità dell'operazione o della serie di operazioni per la quale o per le quali condivide o codetermina le finalità e gli strumenti di una determinata operazione di trattamento. Per contro, tale persona non può essere ritenuta responsabile delle fasi precedenti o successive dell'intera catena di trattamento, per le quali non era in grado di determinare le finalità o gli strumenti.

Per quanto attiene ai fatti oggetto della causa in esame, sembra quindi che la *Fashion ID* e la *Facebook Ireland* decidano congiuntamente in merito agli strumenti e alle finalità del trattamento dei dati nella fase di raccolta e di trasmissione dei dati personali di cui trattasi. Salvo verifica da parte del giudice del rinvio, sembra che sia la *Facebook Ireland* che la *Fashion ID* abbiano volontariamente determinato la fase di raccolta e di trasmissione del trattamento dei dati e, sebbene non vi sia identità, sussiste unità di intenti: esiste uno scopo commerciale e pubblicitario (la decisione della *Fashion ID* di inserire il pulsante «*Like*» di *Facebook* nel proprio sito *Internet* sembra ispirata dall'intento di aumentare la visibilità dei suoi prodotti attraverso il *social network*).

Pertanto, riguardo alla fase di raccolta e di trasmissione nell'ambito del trattamento dei dati, la *Fashion ID* agisce come responsabile del trattamento e la sua responsabilità, in tal senso, è congiunta con quella della *Facebook Ireland*.

tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati [abbr. RGPD]), in *GUUE* L 119 del 4 maggio 2016, pp. 1-88.

⁸ Conclusioni avv. gen. Bobek, 19 dicembre 2018, causa C-40/17, *Fashion ID GmbH & Co. KG c. Verbraucherzentrale NRW eV*, ECLI:EU:C:2018:1039.

Per quanto riguarda la legittimità del trattamento di dati personali in mancanza del consenso dell'utente del sito *Internet*⁹, l'avvocato generale ricorda che siffatto trattamento è lecito ai sensi della direttiva, in particolare qualora siano soddisfatte tre condizioni cumulative: in primo luogo, il perseguimento dell'interesse legittimo del responsabile del trattamento oppure del terzo o dei terzi cui vengono comunicati i dati; in secondo luogo, la necessità del trattamento dei dati personali per il perseguimento dell'interesse legittimo e, in terzo luogo, la condizione che non prevalgano i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata dalla tutela dei dati.

A tal riguardo, l'avvocato generale propone alla Corte di dichiarare che gli interessi legittimi di entrambi i corresponsabili in questione (la *Fashion ID* e la *Facebook Ireland*) devono essere tenuti in considerazione e controbilanciati dai diritti degli utenti del sito *Internet*.

L'avvocato generale propone inoltre di dichiarare che il consenso dell'utente del sito *Internet*, se necessario, deve essere prestato al gestore del sito *Internet* (la *Fashion ID*) che abbia inserito i contenuti di un terzo. Del pari, l'obbligo di fornire all'utente del sito *Internet* le informazioni minime richieste grava sul gestore del sito *Internet*.

Nella causa C-210/16, [Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH](#)¹⁰, la Corte è stata chiamata a stabilire se l'amministratore di una *fanpage* su *Facebook* sia responsabile assieme a *Facebook* del trattamento dei dati dei visitatori della sua pagina, e quindi se l'autorità per la protezione dei dati dello Stato membro in cui tale amministratore ha la propria sede può agire, in forza della direttiva 95/46, sia nei confronti di quest'ultimo sia nei confronti della filiale di *Facebook* stabilita nel medesimo Stato membro.

La società tedesca *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein* è specializzata nel settore della formazione. Essa offre servizi di formazione attraverso segnatamente una *fanpage*¹¹ presente su *Facebook* all'indirizzo [*www.facebook.com/wirtschaftsakademie*](http://www.facebook.com/wirtschaftsakademie).

Gli amministratori di *fanpage*, quali la *Wirtschaftsakademie*, possono ottenere dati statistici anonimi sui visitatori di tali pagine servendosi di una funzione denominata *Facebook Insights*, messa a loro disposizione gratuitamente da *Facebook* secondo condizioni d'uso non modificabili. Tali dati sono raccolti grazie a marcatori («*cookies*») contenenti ciascuno un codice utente unico, attivi per due anni e salvati da

⁹ L'avvocato generale osserva tuttavia che, nei limiti in cui si verifichi un posizionamento di cookies nei dispositivi degli utenti, il loro consenso può essere richiesto in ogni caso ai sensi della [direttiva 2002/58/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), in *GUCE* L 201 del 2002, pp. 37-47.

¹⁰ Corte giust., 5 giugno 2018, causa C-210/16, [Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH](#), ECLI:EU:C:2018:388.

¹¹ Le *fanpage* sono account utenti che possono essere attivate su Facebook da singole persone o imprese. Per farlo, l'autore della *fanpage*, dopo essersi registrato su Facebook, può utilizzare la piattaforma da quest'ultimo amministrata per presentarsi agli utenti di detto social network nonché alle persone che visitano la *fanpage* e diffondere comunicazioni di ogni tipo sul mercato dei media e del pubblico.

Facebook sul disco fisso del computer o su qualsiasi altro supporto dei visitatori della *fanpage*. Il codice utente, che può essere associato ai dati di collegamento degli utenti registrati su *Facebook*, è raccolto ed elaborato al momento dell'accesso alle *fanpage*.

Con decisione del 3 novembre 2011, l'*Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein* (autorità di vigilanza regionale indipendente per la protezione dei dati dello *Schleswig-Holstein*, Germania), in qualità di autorità di controllo incaricata, in forza della direttiva 95/46¹² sulla protezione dei dati, di sorvegliare l'applicazione nel Land *Schleswig-Holstein* delle disposizioni adottate dalla Germania in attuazione di tale direttiva, ordinava alla *Wirtschaftsakademie* la disattivazione della sua *fanpage*. Infatti, secondo l'*Unabhängiges Landeszentrum*, né la *Wirtschaftsakademie* né *Facebook* avevano informato i visitatori della *fanpage* del fatto che *Facebook* raccoglieva, mediante *cookie*, informazioni personali che li riguardavano e che essi elaboravano successivamente tali informazioni.

Contro tale decisione, la *Wirtschaftsakademie* proponeva ricorso dinanzi ai tribunali amministrativi tedeschi affermando che il trattamento dei dati personali realizzato da *Facebook* non può esserle imputato e negando inoltre di aver incaricato *Facebook* di effettuare un trattamento di dati soggetto al suo controllo o rientrante nella sua sfera d'influenza. La *Wirtschaftsakademie* ne deduce che l'*Unabhängiges Landeszentrum* avrebbe dovuto agire direttamente contro *Facebook* e non contro di essa.

È in tale contesto che il *Bundesverwaltungsgericht* (Corte amministrativa federale, Germania) ha chiesto alla Corte di giustizia d'interpretare la direttiva 95/46 sulla protezione dei dati.

Nella sua sentenza del 5 giugno 2018, la Corte di giustizia osserva, innanzitutto, che non si dubita nella presente causa del fatto che la società americana *Facebook* e, per quanto riguarda l'Unione, la sua filiale irlandese *Facebook Ireland* debbano essere considerate quali «responsabili del trattamento» dei dati personali degli utenti di *Facebook* nonché delle persone che hanno visitato le *fanpage* presenti su *Facebook*. Infatti, tali società determinano, in via principale, le finalità e gli strumenti del trattamento di tali dati.

In seguito, la Corte constata che un amministratore quale la *Wirtschaftsakademie* deve essere considerato responsabile, all'interno dell'Unione, assieme alla *Facebook Ireland* del trattamento dei dati interessati.

Infatti, un amministratore del genere partecipa, attraverso la propria azione d'impostazione dei parametri (in funzione, segnatamente, del suo pubblico destinatario nonché di obiettivi di gestione o promozione delle proprie attività), alla determinazione delle finalità e degli strumenti del trattamento dei dati personali dei visitatori della sua *fanpage*. In particolare, la Corte rileva a tal riguardo che l'amministratore della *fanpage* può chiedere di ricevere (in forma anonima) – e, quindi, di trattare – dati demografici concernenti il suo pubblico destinatario (in particolare tendenze in materia di età, sesso, situazione sentimentale e professionale), informazioni sullo stile di vita e sugli interessi di detto pubblico

¹² Direttiva 95/46/CE, cit. Tale direttiva è stata abrogata a decorrere dal 25 maggio 2018 dal RGPD.

(includere informazioni sugli acquisti e il comportamento di acquisto online dei visitatori della sua pagina, nonché le categorie di prodotti o di servizi di loro maggiore interesse) e dati territoriali che consentono all'amministratore della *fanpage* di stabilire dove avviare promozioni speciali o organizzare eventi e, in generale, di offrire informazioni maggiormente mirate.

Secondo la Corte, la circostanza che un amministratore di una *fanpage* utilizzi la piattaforma realizzata da *Facebook* per beneficiare dei servizi a essa collegati non può esonerarlo dal rispetto degli obblighi ad esso incombenti in materia di protezione dei dati personali.

La Corte sottolinea che il riconoscimento di una responsabilità congiunta del gestore del *social network* e dell'amministratore di una *fanpage* presente su tale *network* in relazione al trattamento dei dati personali dei visitatori di tale *fanpage* contribuisce a garantire una più completa tutela dei diritti di cui godono le persone che visitano una *fanpage*, conformemente alle prescrizioni della direttiva 95/46 sulla protezione dei dati.

Inoltre, la Corte constata che l'*Unabhängiges Landeszentrum* è competente a garantire, nel territorio tedesco, il rispetto delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali per esercitare, non solo nei confronti della *Wirtschaftsakademie*, ma altresì della *Facebook Germany*, tutti i poteri di cui essa dispone in forza delle disposizioni nazionali di attuazione della direttiva 95/46.

Infatti, qualora un'impresa stabilita al di fuori dell'Unione (come la società americana *Facebook*) disponga di varie filiali in diversi Stati membri, l'autorità di controllo di uno Stato membro è autorizzata a esercitare i poteri che le conferisce la direttiva 95/46¹³ nei confronti di una filiale di detta impresa situata nel territorio di tale Stato membro anche se, in base alla ripartizione delle funzioni all'interno del gruppo, da un lato, tale filiale (nella fattispecie la *Facebook Germany*) è competente solamente per la vendita di spazi pubblicitari e per altre attività di marketing sul territorio dello Stato membro interessato e, dall'altro, la responsabilità esclusiva per la raccolta e per il trattamento dei dati personali grava, per l'intero territorio dell'Unione, su una filiale situata in un altro Stato membro (nella fattispecie la *Facebook Ireland*).

La Corte precisa altresì che, qualora l'autorità di controllo di uno Stato membro (nella fattispecie l'*Unabhängiges Landeszentrum* in Germania) intenda esercitare nei confronti di un organismo stabilito sul territorio di tale Stato membro (nella fattispecie la *Wirtschaftsakademie*) i poteri d'intervento previsti dalla direttiva 95/46¹⁴ a motivo di violazioni delle disposizioni relative alla protezione dei dati personali, commesse da un terzo responsabile del trattamento di tali dati che ha la propria sede in un altro Stato membro (nella fattispecie la *Facebook Ireland*), tale autorità di controllo è competente a valutare, in modo autonomo rispetto all'autorità di controllo di quest'ultimo Stato membro (Irlanda), la liceità di un siffatto trattamento di dati e può esercitare i suoi poteri d'intervento nei confronti dell'organismo stabilito sul

¹³ Art. 28, par. 3, della direttiva 95/46.

¹⁴ Segnatamente il potere di ordinare il congelamento, la cancellazione o la distruzione dei dati, oppure di vietare a titolo provvisorio o definitivo un trattamento (art. 28, par. 3, della direttiva 95/46).

proprio territorio senza previamente richiedere l'intervento dell'autorità di controllo dell'altro Stato membro.

4. Violazioni del diritto d'autore mediante una condivisione di files.

Nella causa C-149/17, [*Bastei Lübbe GmbH & Co. KG c. Michael Strotzer*](#), la casa editrice tedesca *Bastei Lübbe* cita in giudizio il sig. Michael Strotzer dinanzi al *Landgericht München I* (Tribunale del Land, Monaco I, Germania), chiedendo il risarcimento dei danni derivanti dal fatto che un audiolibro sul quale essa è titolare dei diritti d'autore e dei diritti connessi è stato condiviso, perché potesse essere scaricato, con un numero illimitato di utenti di una piattaforma *Internet* di condivisione (*peer-to-peer*) mediante la connessione *Internet* della quale il sig. Strotzer è titolare.

Il sig. Strotzer contesta di aver violato personalmente il diritto d'autore. Inoltre, fa valere che i suoi genitori, conviventi con lo stesso, avevano parimenti accesso a tale connessione, senza tuttavia fornire ulteriori precisazioni quanto al momento in cui la medesima connessione è stata utilizzata dagli stessi e alla natura dell'utilizzo medesimo. Secondo il *Landgericht München I*, risulta dalla giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia, Germania), che, alla luce del diritto fondamentale alla protezione della vita familiare, una siffatta difesa è sufficiente, nel diritto tedesco, per escludere la responsabilità del titolare della connessione *Internet*¹⁵.

In tale contesto, il *Landgericht München I* chiede alla Corte di giustizia di interpretare le disposizioni di diritto dell'Unione sulla tutela dei diritti di proprietà intellettuale¹⁶.

Con la sentenza del 18 ottobre 2018¹⁷, la Corte afferma che il diritto dell'Unione osta a una normativa nazionale (come quella in parola, interpretata dal giudice nazionale competente), in forza della quale il titolare di una connessione *Internet*, attraverso cui siano state commesse violazioni del diritto d'autore mediante una condivisione di file, possa non essere considerato responsabile qualora indichi un suo familiare che aveva la possibilità di accedere alla suddetta connessione, senza fornire ulteriori

¹⁵ Il *Landgericht* chiarisce al riguardo che si presume che il titolare di una connessione *Internet*, per mezzo della quale sia stata commessa una violazione del diritto d'autore, sia l'autore di tale violazione, qualora sia stato identificato con esattezza attraverso il suo indirizzo IP e qualora nessun'altra persona avesse la possibilità di accedere alla connessione di cui trattasi al momento in cui la violazione in questione ha avuto luogo. Tuttavia, tale presunzione può essere invertita nel caso in cui altre persone potessero accedere alla medesima connessione. Inoltre, se un familiare di detto titolare aveva tale possibilità, quest'ultimo può sottrarsi alla propria responsabilità, sulla base del diritto fondamentale alla protezione della vita familiare, semplicemente indicando tale familiare, senza essere tenuto a fornire ulteriori precisazioni quanto al momento in cui la connessione internet è stata utilizzata da detto familiare e alla natura dell'utilizzo che quest'ultimo ne ha fatto.

¹⁶ [Direttiva 2001/29/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in *GUCE* L 167 del 22 giugno 2001, pp. 10-19, nonché [direttiva 2004/48/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in *GUUE* L 157 del 30 aprile 2004, pp. 45-86, e rettifica in *GUUE* L 195 del 2 giugno 2004, pp. 16-25.

¹⁷ Corte giust., 18 ottobre 2018, causa C-149/17, *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG c. Michael Strotzer*, ECLI:EU:C:2018:841.

precisazioni quanto al momento in cui la medesima connessione è stata utilizzata da tale familiare e alla natura di tale utilizzo.

Secondo la Corte, occorre trovare un giusto equilibrio tra diversi diritti fondamentali, vale a dire il diritto ad un ricorso effettivo e il diritto di proprietà intellettuale, da una parte, e il diritto al rispetto della vita privata e familiare, dall'altra.

Un tale equilibrio viene meno qualora sia offerta una protezione quasi assoluta ai familiari del titolare di una connessione *Internet* per mezzo della quale siano state commesse violazioni del diritto d'autore mediante una condivisione di *files*.

Infatti, se il giudice nazionale adito mediante un'azione per responsabilità non può esigere, su richiesta dell'attore, le prove relative ai familiari della controparte, l'accertamento dell'asserita violazione del diritto di autore nonché l'identificazione dell'autore della stessa sono resi impossibili e, conseguentemente, vengono violati in modo grave il diritto fondamentale ad un ricorso effettivo e il diritto fondamentale di proprietà intellettuale che spettano al titolare del diritto d'autore.

Sarebbe tuttavia diverso se, per evitare un'ingerenza ritenuta inammissibile nella vita familiare, i titolari dei diritti potessero disporre di un'altra forma di ricorso effettivo, che in un simile caso consentisse loro, ad esempio, di far riconoscere conseguentemente la responsabilità civile del titolare della connessione *Internet* di cui trattasi.

Inoltre, spetta in ultima analisi al *Landgericht München I* verificare se, eventualmente, il diritto interno interessato offra altri strumenti, procedure e mezzi di ricorso che consentano alle autorità giurisdizionali competenti di ingiungere che siano fornite le necessarie informazioni atte a rendere possibile, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, l'accertamento della violazione del diritto d'autore nonché l'identificazione dell'autore di quest'ultima.

5. La nozione di «professionista» nelle piattaforme digitali.

Nella causa C-105/17, [*Komisia za zashchita na potrebitelite c. Evelina Kamenova*](#), la Corte è stata chiamata a chiarire se e a quali condizioni una persona che pubblica su una piattaforma digitale un certo numero di annunci di vendita acquisti la qualità di «professionista», ai fini della disciplina delle pratiche commerciali.

Un consumatore ha acquistato un orologio d'occasione su una piattaforma di vendita online. Dopo aver constatato che l'orologio non presentava le caratteristiche indicate nell'annuncio di vendita, il consumatore ha espresso al venditore la propria volontà di recedere dal contratto. La sig.ra Evelina Kamenova, venditrice, ha rifiutato di riprendere il bene dietro rimborso del prezzo. Di conseguenza, il consumatore ha presentato una denuncia presso la Commissione bulgara per la tutela dei consumatori (KZP).

Dopo aver consultato la piattaforma, la KZP ha constatato che, in data 10 dicembre 2014, otto annunci di vendita aventi ad oggetto vari prodotti erano ancora pubblicati su tale sito dalla sig.ra Kamenova con lo pseudonimo «*eveto-ZZ*».

Con decisione del 27 febbraio 2015, la KZP ha accertato che la sig.ra Kamenova aveva commesso un illecito amministrativo e le ha inflitto varie ammende amministrative sulla base di una legge nazionale sulla tutela dei consumatori. Secondo la KZP, la sig.ra Kamenova avrebbe omesso di indicare, in ciascuno dei suddetti annunci, il nome, l'indirizzo postale e l'indirizzo di posta elettronica del professionista, il prezzo totale del bene messo in vendita comprensivo delle imposte, le condizioni di pagamento, di consegna e di esecuzione, il diritto del consumatore di recedere dal contratto di vendita a distanza, le condizioni, il termine e le modalità di esercizio di tale diritto, nonché la menzione dell'esistenza di una garanzia legale di conformità dei prodotti venduti.

La sig.ra Kamenova ha presentato ricorso contro tale decisione dinanzi agli organi giurisdizionali bulgari adducendo di non avere la qualità di «professionista» e che le disposizioni della legge bulgara non erano pertanto applicabili. In tale contesto l'*Administrativen sad – Varna* (Tribunale amministrativo di Varna, Bulgaria) chiede alla Corte di giustizia se una persona che pubblica, su un sito *Internet*, un numero relativamente elevato di annunci per la vendita di beni di valore significativo possa essere qualificata come «professionista» ai sensi della direttiva sulle pratiche commerciali sleali¹⁸.

Con la sua sentenza del 4 ottobre 2018¹⁹, la Corte dichiara, anzitutto, che, per poter essere qualificata come «professionista», ai sensi della direttiva, è necessario che la persona interessata agisca «nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale» oppure in nome o per conto di un professionista.

La Corte precisa, poi, che il senso e la portata della nozione di «professionista» devono essere determinati rispetto alla nozione di «consumatore», la quale designa ogni privato non impegnato in attività commerciali o professionali.

La Corte rileva, a tal riguardo, che spetta al giudice nazionale stabilire, caso per caso, sulla base di tutti gli elementi di fatto di cui dispone, se una persona fisica, come la sig.ra Kamenova, abbia agito nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, verificando, in particolare, se la vendita sia stata effettuata in modo organizzato, se essa abbia carattere di regolarità o fini di lucro, se l'offerta sia concentrata su un numero limitato di prodotti, nonché esaminare lo status giuridico e le competenze tecniche del venditore.

¹⁸ [Direttiva 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 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, in *GUUE* L 149 dell'11 giugno 2005, pp. 22-39.

¹⁹ Corte giust., 4 ottobre 2018, causa C-105/17, *Komisija za zashchita na potrebitelite c. Evelina Kamenova*, ECLI:EU:C:2018:808.

Inoltre, per ritenere che l'attività in questione costituisca una «pratica commerciale», il giudice nazionale deve verificare che tale attività, da un lato, provenga da un «professionista» e, dall'altro, consista in un'azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale «direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori».

Alla luce di tali considerazioni, la Corte conclude che una persona fisica, che pubblica su un sito *Internet*, contemporaneamente, un certo numero di annunci per la vendita di beni nuovi e d'occasione, deve essere qualificata come «professionista» e una siffatta attività costituisce «pratica commerciale» soltanto qualora tale persona agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale.

Il migrante e il diritto di asilo nel tempo e nello spazio

Maria Caterina Baruffi

Abstract

Il contributo, relativo al diritto di asilo come declinato in particolare nel sistema giuridico europeo, raccoglie il testo della *lectio magistralis* tenuta il 30 novembre 2018 presso l'Università degli Studi di Verona in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico 2018/2019, alla presenza del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella.

Il migrante e il diritto di asilo nel tempo e nello spazio

Maria Caterina Baruffi*

SOMMARIO: 1. Una visione diacronica. – 2. La nozione di asilo. – 3. Il sistema europeo di protezione del migrante. – 4. Le risposte dettate dall'emergenza. – 5. Per una soluzione comune. – 6. Il mancato accordo sulle proposte.

«Un gruppo di migranti si presenta alle porte della città: hanno attraversato il mare, sono di pelle scura, le loro vesti sono strane, esotiche, barbare. Sono tutte giovani donne – unico maschio è il padre, Danao, che le ha condotte per mare, nel pericoloso viaggio dalle sponde dell'Africa fino in Grecia».

Non è la Grecia, ma l'Italia, non è il 463 AC, ma il 2018 DC, non si chiamerà Danao, la città non sarà Argo, ma Trapani, ma il racconto di Eschilo non dimostra i suoi 2500 anni; le figure tragiche dei migranti, le loro richieste di asilo sono senza età.

Ieri come oggi si ripropone un dramma che non ha tempo né confini. E, ci verrebbe di aggiungere, che se il testo biblico inizia con un episodio di esilio, la cacciata di Adamo ed Eva dal Paradiso Terrestre, migliaia di anni dopo altri episodi di esilio avrebbero segnato la vita dei fondatori delle grandi religioni monoteiste: la fuga della Sacra Famiglia dalla Palestina in Egitto per sfuggire alla persecuzione di Erode; e l'Égira, la fuga di Maometto a Medina.

1. Una visione diacronica.

Certo, il contesto in cui ci muoviamo oggi è talmente diverso da rendere ogni richiamo al lontano passato un esercizio che rimarrebbe meramente culturale, non fosse che il meccanismo di protezione dei migranti, il loro diritto d'asilo, i diversi status che ne derivano per essere pienamente compresi nella loro problematica presente richiederebbero una configurazione diacronica, che prenda in considerazione le strutture e gli elementi nella loro evoluzione nel tempo, nello spazio e nel diritto.

Dal piano storico ci si muove a quello giuridico, dal diritto nazionale a quello internazionale, dalla dimensione statale, infine, si giunge a quella dell'Unione europea.

2. La nozione di asilo.

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Verona.

Il diritto di asilo è un'antica nozione giuridica che affonda le sue radici nella tradizione occidentale, dove essa assunse col tempo, specie nel medioevo, una duplice valenza. Per asilo, spesso identificato con asilo politico, si intende quell'istituto giuridico in base al quale una persona perseguitata nel suo paese di origine può essere protetta da un'altra autorità sovrana,

– vuoi di un paese straniero

– vuoi in un luogo sottratto alla giurisdizione dello Stato persecutore.

Quest'ultimo era il caso dei santuari, nelle situazioni di protezione offerta dalla chiesa, o delle ambasciate.

Le due nozioni finivano a volte per coincidere, se è vero, come ricordano Livio e Plutarco, riferendosi a Roma, che fin dal suo insediamento venne istituito un luogo sacro, l'attuale – parrebbe – Piazza del Campidoglio, non a caso indicata col termine *Asylum*, dove accogliere i fuggitivi così posti sotto la protezione del dio Asilo.

Venendo ad epoche a noi più vicine, la prima volta in cui la comunità internazionale si è mobilitata per garantire una protezione particolare a determinati gruppi di migranti era il 1922, nel caso del c.d. "Passaporto Nansen", rilasciato dalla Società delle Nazioni, per consentire ai rifugiati russi, in fuga dal neonato regime sovietico, di viaggiare tra i 52 paesi firmatari del relativo accordo istitutivo.

Successivamente, nel 1924, con altro accordo fu riconosciuta la qualifica di "rifugiati" a persone di origine armena in fuga dalla Turchia, in seguito allo scioglimento dell'Impero ottomano.

Accordi successivi disciplinarono lo status dei rifugiati assiri, assiro-caldei e turchi.

L'elemento comune alle definizioni contenute in questi strumenti era la dimensione territoriale.

Il carattere individuale della protezione venne poi affermato dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, firmata a Parigi nel 1948 e consacrato nella Convenzione di Ginevra del 1951 e dal relativo Protocollo del 1967.

Altri atti internazionali, specie a base regionale, concorrono a completare il quadro normativo internazionale, tra cui in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma nel 1950, vincolante, tra gli altri, anche tutti gli Stati membri dell'Unione europea.

Riconosciuto così il diritto di beneficiare di strumenti di tutela apprestati a favore di coloro ai quali sia impedito nel proprio paese di origine l'effettivo esercizio dei diritti e delle libertà democratiche, è possibile assistere alla costruzione di un graduale sistema di protezione incentrato sul diritto di asilo, riconosciuto dall'art. 10 della nostra Costituzione, e il diritto di rifugio, sancito nella Convenzione di Ginevra del 1951.

Il diritto di asilo configura la categoria generale entro la quale trovano collocazione tutte le forme di protezione, vale a dire: lo status di rifugiato, la protezione sussidiaria e, fino a poco tempo fa la

protezione umanitaria, sostituita dal c.d. Decreto sicurezza, di recente approvato¹, con il nuovo istituto dei “permessi speciali”, il cui rilascio è consentito in sei specifiche fattispecie.

Il diritto d’asilo assume così la forma dell’acqua, ovvero, prendendo a prestito una nota metafora, «piglia la forma le viene data». In tale contesto, dai contorni sempre più sfumati e sfuggenti, il diritto della persona alla protezione internazionale, sancito all’inizio di questo mese dalla Corte di Cassazione a sezioni unite² come diritto umano fondamentale, non è immune dal rischio di essere sacrificato sull’altare delle concrete esigenze di ordine pubblico e pubblica sicurezza.

3. Il sistema europeo di protezione del migrante.

Il necessario rispetto delle convenzioni internazionali da parte dei relativi paesi contraenti non faceva tuttavia venir meno le divergenze esistenti a livello nazionale nei sistemi di asilo.

Di qui un’articolata e complessa interazione tra modelli giuridici e sociali diversi e connotati, a livello nazionale, da un grado di eterogeneità che l’ordinamento internazionale non è riuscito e non riesce a ricondurre a sintesi e/o unità.

Il sistema europeo di protezione del migrante si è innestato sulle norme internazionali convenzionali hanno esplicitato la loro importanza prima che all’Unione fossero attribuite competenze in materia.

La politica dell’Unione in tema di asilo³ è uno dei segmenti costitutivi dello «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia», vale a dire lo spazio dato dall’insieme dei territori degli Stati membri, nel quale la libertà di circolazione deve essere goduta in condizioni di sicurezza e giustizia uguali per tutti. Essa è stata configurata come una competenza concorrente con gli Stati, suscettibile di essere esercitata dall’Unione attraverso l’adozione di norme comuni nel rispetto delle prerogative nazionali.

La complessità dell’attuale assetto normativo europeo dipende proprio dal fatto che gli Stati non attribuiscono all’Unione in quanto tale tutte le competenze necessarie a porre in essere una politica di protezione internazionale e di asilo realmente adeguata. Ne consegue un’applicazione differenziata delle regole nei vari Paesi, che rimangono sovrani nel decidere a quali di esse vincolarsi, in un contesto a geometria variabile.

Il merito dell’Unione europea è stato comunque quello di aver cercato di mettere ordine in una materia dalle molteplici sfaccettature, sviluppando anche diverse forme di tutela di fattispecie, che non sempre venivano salvaguardate a livello nazionale o internazionale.

Nei limiti così definiti, il pilastro della politica di asilo è costituito a livello europeo dal sistema di Dublino, insieme all’Accordo di Schengen, al quale è strettamente connesso. Tale sistema è basato sul

¹ Il 28 novembre 2018 il decreto sicurezza è stato approvato definitivamente dalle Camere.

² Corte di Cassazione, sezioni unite, 13 settembre – 9 novembre 2018, n. 20755.

³ Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, titolo V, capo 2, artt. 77-80.

criterio del primo ingresso nell'Unione, con conseguente attribuzione di ogni responsabilità in capo a quegli Stati che, anche a causa della loro conformazione geografica, accolgono per primi il maggior numero di migranti. Il risultato, a tutti noto, è che alcuni paesi – quali Italia, Grecia, Malta e Spagna, seppur in misura diversa – si trovano a dover sopportare l'onere non solo di controllare le proprie frontiere esterne, che coincidono con quelle dell'Unione, ma anche quello di accogliere e esaminare le domande dei richiedenti protezione internazionale e di rimpatriare coloro che non hanno – o non hanno più – le condizioni per rimanere sul territorio nazionale.

Sono altresì a tutti note le vicende legate ai diversi flussi migratori succedutisi dal 2015 e alle diverse rotte seguite cui si sono accompagnate le reazioni difensive di alcuni Stati, pronti ad alzare veri e propri muri e reticolati, mentre diveniva sempre più consistente, dopo la chiusura della rotta balcanica, il flusso di migranti provenienti da varie regioni africane e pronti ad affrontare il mare aperto, spesso a rischio della propria vita, per approdare in Italia.

4. Le risposte dettate dall'emergenza.

Nello scenario di crisi, apparentemente inarrestabile, del 2015 si compie lo sforzo di declinare in maniera innovativa i principi inseriti nei Trattati dell'Unione europea di (equa ripartizione) delle responsabilità e soprattutto di solidarietà, in termini diversi dalla mera assistenza tecnica e finanziaria.

In deroga temporanea e obbligatoria ai criteri di competenza del reg. Dublino III (fondati appunto sul criterio del paese di primo ingresso) vengono così adottate le decisioni sulla ricollocazione delle persone in evidente bisogno di protezione internazionale⁴.

L'aspetto più innovativo di tali decisioni consiste nell'introduzione di quote obbligatorie sulla base delle quali distribuire i richiedenti protezione internazionale tra gli Stati membri, ad eccezione di Regno Unito, Irlanda e Danimarca.

Pur meritevole e carico di aspettative, il nuovo meccanismo di definizione di quote obbligatorie si è rivelato tuttavia nei fatti controproducente, per gli effetti addirittura peggiorativi sul piano pratico, proprio per quegli Stati, in primis il nostro, che più avevano riposto in esso speranze e che, come Paesi di primo ingresso, venivano gravati anche dell'obbligo di identificazione dei migranti irregolari e dei richiedenti asilo, già vigente ma largamente disatteso, tanto da consentire, nella generale connivenza, che il nostro Paese divenisse spesso un luogo di mero transito per chi volesse attraversarlo per raggiungere un'altra meta europea.

⁴ Decisioni del Consiglio [2015/1523](#), del 14 settembre 2015, in *GUUE* L del 239 del 15 settembre 2015, pp. 146-156; e [2015/1601](#), del 22 settembre 2015, in *GUUE* L 248 del 24 settembre 2015, pp. 80-94 (modificata dalla decisione del Consiglio [2016/1754](#), del 29 settembre 2016, in *GUUE* L 268 del 1° ottobre 2016, pp. 82-84), entrambe relative alle misure temporanee nel settore della protezione internazionale a beneficio dell'Italia e della Grecia.

Il meccanismo delle quote obbligatorie rendeva non più praticabile questo escamotage, con conseguenze certamente impreviste nel nostro Paese, nel frattempo obbligato a dotarsi di strutture di accoglienza e prima accoglienza secondo l'approccio "hot spot", cioè centri chiusi per assicurare l'efficace realizzazione delle procedure di identificazione, registrazione e rilevamento delle impronte digitali.

A parte le perplessità sull'effettivo rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è un dato di fatto che il sistema di ricollocamento abbia faticato a funzionare, tanto che, scaduti i due anni dalla sua entrata in vigore, è stato abbandonato dalla Commissione, a favore di nuove soluzioni ancora però tutte da definire.

5. Per una soluzione comune.

La realtà ha mostrato come un'(ir)razionale, a volte, gestione dei – sovente – incontrollati flussi migratori non può essere rimessa in via esclusiva alle scelte decisionali autonome e autoreferenziali di ciascun Paese.

Il processo di progressiva globalizzazione dei valori e delle libertà fondamentali dell'individuo postula un superamento delle prospettive nazionali, che tuttavia non può cancellare le diversità culturali, sociali ed anche economiche che identificano le comunità nazionali e che con la loro diversità arricchiscono l'Europa.

Diviene così indifferibile giungere ad una posizione comune, nel quadro di una condivisione del percorso normativo, che sappia coniugare il riavvio dell'iniziativa europea con il rispetto delle identità nazionale, la responsabilità attribuita e riconosciuta in capo ai singoli Stati con l'impegno solidale e comune a far sì che la crescita esponenziale dei flussi migratori non ricada esclusivamente o principalmente su alcuni Paesi di frontiera.

Solo così l'Unione europea potrà divenire, come da tanti auspicato, la vera casa comune di tutti coloro che si riconoscono nei suoi valori e principi, in primis dei cittadini europei, ma anche di coloro che, nel rispetto delle regole e in ossequio a tali valori e principi, cercano in essa rifugio.

Per affrontare in modo efficace i problemi evidenziati servirebbe una politica che, oltre a favorire la migrazione legale, preveda in parallelo idonee garanzie di sicurezza per i cittadini europei, ma che intensifichi anche la collaborazione con i Paesi di origine e transito dei flussi, che aiuti dunque adeguatamente lo sviluppo economico dei paesi da cui partono i migranti e che intervenga per ridurre ed eliminare i conflitti e per garantire la sicurezza di tutti gli operatori del settore.

Ma anche una "politica" che individui le capacità di assorbimento ed integrazione dei migranti sul territorio europeo, attraverso una corretta inclusione ed integrazione.

Il primo passo potrebbe consistere nel basare la revisione del regolamento Dublino sulla considerazione che la politica migratoria e di asilo non è (o almeno non lo è più) un fenomeno emergenziale, ma strutturale.

In questo modo, tramite l'introduzione di meccanismi legali e ordinati di ingresso e l'impegno a migliorare le condizioni dei Paesi da cui nascono i flussi migratori, si potrebbe riconquistare la fiducia dei cittadini nelle Istituzioni europee.

6. Il mancato accordo sulle proposte.

Quanto accaduto nel corso dell'anno non induce tuttavia ad ottimismo. Le conclusioni del Consiglio europeo di Salisburgo, del 17-18 ottobre scorso, confermano la situazione di stallo determinatasi all'indomani del Consiglio europeo di Bruxelles, del 28 e 29 giugno, sulle migrazioni, a esito del quale, di fronte alla richiesta italiana di maggiore solidarietà, accompagnata dalla presentazione di un piano in dieci punti, la c.d. European Multilevel Strategy for Migration, sono stati assunti solo impegni generici, in gran parte da attuarsi su base volontaria dai singoli paesi membri.

Da parte sua, il Presidente della Commissione Juncker, nel discorso sullo stato dell'Unione, dello scorso 12 settembre, si è limitato a richiamare l'esigenza di ricercare «il giusto equilibrio tra la responsabilità che ciascuno» Stato «deve assumere per il proprio territorio e la necessaria solidarietà reciproca», annunciando, sul piano operativo, alcune proposte relative ad un rafforzamento della guardia costiera e di frontiera europea, allo sviluppo dell'Agenzia europea per l'asilo, ad una accelerazione del rimpatrio dei migranti irregolari, ad una apertura di vie di accesso legali all'Unione europea.

Diviene così sempre più evidente che ogni soluzione è rinviata all'esito delle ormai prossime elezioni europee, che si terranno nel maggio 2019. Una nuova Commissione, espressione di una maggioranza nel Parlamento europeo ancora tutta da scoprire, dovrà affrontare un problema ormai ben noto in tutte le sue declinazioni, ma non per questo meno urgente.

Gli screzi di confine fra il nostro Paese e la Francia, nonché tra Croazia e Slovenia, le levate di scudi della vicina Austria, i vivaci scambi di vedute con la Germania sulle modalità di riallocazione dei migranti e il recente accordo tra Germania e Grecia non devono far riaffiorare quei germi di disgregazione e di declino, di reciproca diffidenza che hanno segnato in passato la storia dell'Europa.

La speranza è che l'inverno che sta per iniziare non sia troppo lungo e che la primavera segni il risveglio delle ragioni dell'Europa. L'accoglienza si nutre del dialogo e consente, in un reciproco arricchimento, di affrontare al meglio le nuove sfide. Ma per far questo l'Italia, che già tanto e bene ha fatto, non può e non deve rimanere sola. Quanto accaduto è un fenomeno epocale di fronte al quale sono possibili due scelte: l'una, impossibile, è di far finta che non esista il fenomeno; l'altra, in effetti l'unica che rimane, è di affrontarlo «con senso di realtà e di responsabilità»⁵, nella consapevolezza che per governare il fenomeno migratorio occorre «una gestione comune, perché soltanto l'Unione può gestire in maniera ordinata ed efficace la riammissione nei Paesi di origine di coloro che non hanno titolo per

⁵ Presidente Mattarella, discorso del 20 giugno 2016 a Roma.

essere accolti; soltanto l'Unione può decidere l'accoglienza in tutta l'Unione di coloro che hanno diritto all'asilo; soltanto l'Unione può gestire accordi con i Paesi di origine e transito, sotto ogni profilo del fenomeno»⁶.

In conclusione, la scelta irrinunciabile compiuta sessanta anni or sono di sottoscrivere i Trattati di Roma impone oggi come allora, per i sei Paesi fondatori, ma anche per i ventidue che si sono nel tempo aggiunti, che il conseguimento del bene comune avvenga attraverso scelte condivise e responsabili nel rispetto dei diritti non solo economici, ma anche e soprattutto sociali e della persona, sanciti nei Trattati europei, nella nostra Costituzione e nelle fonti internazionali che essa richiama.

Il prevedibile fallimento del Global Compact sulle Migrazioni nella conferenza di Marrakech del prossimo dicembre segna il tramonto – forse definitivo – della capacità delle Nazioni Unite di dare una risposta al fenomeno migratorio a livello globale, lasciando come unica strada percorribile quella a livello europeo.

L'auspicio è che si giunga finalmente a riscrivere le regole di una politica migratoria autenticamente ispirata ai valori costitutivi dell'Europa, quale casa comune delle varie identità nazionali, che metta in atto il principio di solidarietà e di una equa ripartizione delle responsabilità tra tutti gli Stati membri, e che, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona, sappia rispondere alle insicurezze identitarie, oltre che materiali, dei cittadini.

⁶ Presidente Mattarella, discorso del 15 settembre 2017 a La Valletta.