



Papers di
**DIRITTO
EUROPEO**

www.papersdidirittoeuropeo.eu
ISSN 2038-0461

2023, n. 1

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Caterina Baruffi (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bergamo).

COMITATO DI DIREZIONE

Francesco Bestagno (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano; Consigliere giuridico presso la Rappresentanza permanente d'Italia all'UE); **Andrea Biondi** (Professor of European Law e Director of the Centre of European Law, King's College London); **Fausto Pocar** (Professore emerito, Università di Milano); **Lucia Serena Rossi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna; Giudice della Corte di giustizia dell'Unione europea).

COMITATO SCIENTIFICO

Adelina Adinolfi (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Firenze); **Elisabetta Bani** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Bergamo); **Matteo Borzaga** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Trento); **Susanna Cafaro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università del Salento); **Laura Calafà** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Verona); **Javier Carrascosa González** (Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia); **Luigi Daniele** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma "Tor Vergata"); **Angela Di Stasi** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Salerno); **Davide Diverio** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano); **Franco Ferrari** (Professor of Law e Director of the Center for Transnational Litigation, Arbitration, and Commercial Law, New York University); **Costanza Honorati** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano-Bicocca); **Paola Mori** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro); **Matteo Ortino** (Associato di Diritto dell'economia, Università di Verona); **Carmela Panella** (Ordinario f.r. di Diritto internazionale, Università di Messina); **Lorenzo Schiano di Pepe** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Alessandra Silveira** (Profesora Asociada e Directora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidade do Minho); **Eleanor Spaventa** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Bocconi" di Milano); **Stefano Troiano** (Ordinario di Diritto privato, Università di Verona); **Michele Vellano** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino).
Segretario: **Caterina Fratea** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona).

COMITATO DEI REVISORI

Stefano Amadeo (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Trieste); **Bruno Barel** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova); **Silvia Borelli** (Associato di Diritto del lavoro, Università di Ferrara); **Laura Carpaneto** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Marina Castellaneta** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bari "Aldo Moro"); **Federico Casolari** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Gianluca Contaldi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Macerata); **Matteo De Poli** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Padova); **Giacomo di Federico** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Fabio Ferraro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Federico II"); **Daniele Gallo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, LUISS Guido Carli); **Pietro Manzini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Silvia Marino** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Emanuela Pistoia** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo); **Francesca Ragno** (Associato di Diritto internazionale, Università di Verona); **Carola Ricci** (Associato di Diritto internazionale, Università di Pavia); **Giulia Rossolillo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Pavia); **Vincenzo Salvatore** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Andrea Santini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); **Cristina Schepisi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Parthenope"); **Martin Schmidt-Kessel** (Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Bayreuth); **Chiara Enrica Tuo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova).

COMITATO EDITORIALE

Diletta Danieli (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona); **Simone Marinai** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa); **Teresa Maria Moschetta** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma Tre); **Rossana Palladino** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno); **Cinzia Peraro** (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Bergamo); **Federica Persano** (Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Bergamo); **Angela Maria Romito** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari "Aldo Moro"); **Sandra Winkler** (Associato di Diritto della famiglia, Università di Rijeka).

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Isolde Quadranti (Documentalista, Centro di documentazione europea, Università di Verona).

I contributi sono sottoposti ad un procedimento di revisione tra pari a doppio cieco (*double-blind peer review*). Non sono sottoposti a referaggio esclusivamente i contributi di professori emeriti, di professori ordinari in quiescenza e di giudici di giurisdizioni superiori e internazionali.

Fascicolo 2023, n. 1

INDICE

Renzo Calvigioni <i>Le sezioni unite della Cassazione tra ordine pubblico e tutela del minore. Il ruolo dell'ufficiale dello stato civile nella trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero</i>	1
Diletta Danieli <i>Piattaforme di e-commerce e contraffazione di marchi: cambi di paradigma nel regime di responsabilità disciplinato dal diritto dell'Unione europea?</i>	23
Francesco Spera, Francesca Leucci <i>Soft to be strong: the use of bilateral soft law in the EU environmental external action</i>	45
Valeria Amenta <i>La qualificazione delle decisioni adottate dai rappresentanti dei governi degli Stati membri ai fini della loro sindacabilità: alcune osservazioni a margine delle sentenze gemelle della Corte di giustizia nei casi Ema ed Ela</i>	67
Approfondimenti del Master in Diritto ed Economia degli scambi internazionali (accreditato dalla Commissione europea come High-Quality Customs-Specific Study Programme)	
Cristian Lo Re <i>Origine delle merci: un'analisi comparata delle prove dell'origine preferenziale nel diritto doganale dell'UE</i>	97

Le sezioni unite della Cassazione tra ordine pubblico e tutela del minore. Il ruolo dell'ufficiale dello stato civile nella trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero

Renzo Calvigioni*

SOMMARIO: 1. Il caso oggetto della decisione. – 2. La sentenza della Cassazione a sezioni unite dell'8 novembre – 30 dicembre 2022, n. 38162. – 3. Nessun vuoto normativo a seguito delle decisioni della Consulta. – 4. L'assenso del genitore all'adozione: una soluzione interpretativa. – 5. La maternità surrogata è contraria all'ordine pubblico. – 6. Il superiore interesse del minore e la soluzione dell'adozione. – 7. Il ruolo decisivo dell'ufficiale dello stato civile. – 8. Conclusioni.

1. Il caso oggetto della decisione.

Il caso affrontato dalle Sezioni Unite aveva avuto inizio nel 2015, quando in Canada era nato un bambino nel cui atto di nascita veniva indicato solamente il padre genetico, cioè colui che aveva fornito i propri gameti, uniti nella fecondazione in vitro con l'ovocita di una donatrice: l'embrione era stato poi trasferito nell'utero di una diversa donna, non anonima, che aveva portato a termine la gravidanza e partorito il bambino. Nell'atto di nascita veniva riportata solamente la paternità, senza alcuna menzione della madre surrogata né della donatrice dell'ovocita, ma neanche dell'altro uomo, coniugato in Canada con il padre del neonato (entrambi cittadini italiani, matrimonio trascritto in Italia come unione civile¹), che pure aveva partecipato al progetto procreativo condiviso. Nel 2017, su ricorso della coppia, il giudice canadese riconosceva che i due uomini dovevano essere dichiarati entrambi genitori del bambino e disponeva la rettificazione dell'atto di nascita: la sentenza straniera veniva presentata dagli interessati all'ufficiale dello stato civile in Italia, affinché fosse riconosciuta e trascritta, così da riportare anche il genitore

* Titolare di posizione organizzativa presso il Comune di Corridonia, Macerata (Italia).

¹ Al riguardo, Corte di cassazione, sez. I civ., [sentenza del 14 maggio 2018, n. 11696](#) nella quale dopo aver chiarito che gli atti di matrimonio omosessuali avvenuti all'estero producono effetti nel nostro ordinamento secondo il regime di convertibilità previsto dalla [legge 20 maggio 2016, n. 76](#), recante regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, e dal [decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 7](#), recante modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'articolo 1, comma 28, lettera b), della legge 20 maggio 2016, n. 76, precisa che la compatibilità dei modelli adottati all'estero (matrimonio od unione civile) nel nostro ordinamento trova una regolazione puntuale con i meccanismi di conversione elaborati dal legislatore nel decreto legislativo n. 7/2017: in sostanza, il matrimonio avvenuto all'estero si converte in unione civile a seguito della trascrizione. Sia consentito il rinvio a R. CALVIGIONI, *Gli effetti dell'unione civile nel matrimonio same-sex celebrato all'estero*, in *Famiglia e diritto*, 2019, pp. 213-219, spec. p. 213.

d'intenzione nell'atto di nascita che, nel frattempo, era già stato trascritto in Italia². L'ufficiale dello stato civile aveva rifiutato la trascrizione della sentenza, rifiuto impugnato di fronte alla Corte di appello di Venezia che, a norma dell'art. 67 della legge n. 218/1995³, con ordinanza del 2018, aveva accolto il ricorso degli interessati. Contro la favorevole decisione della Corte di appello, aveva presentato ricorso in cassazione il Ministero dell'interno ed il sindaco del Comune di trascrizione: la prima sezione della Cassazione, investita del caso, aveva preso atto che, nel frattempo era intervenuta la sentenza delle sezioni unite dell'8 maggio 2019, n. 12193⁴, nella quale era stato affermato il principio secondo cui non può essere riconosciuto nel nostro ordinamento un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a maternità surrogata e il genitore d'intenzione. Tuttavia, la prima sezione della Corte di cassazione aveva dubitato della legittimità costituzionale di tale principio di diritto, sollevando la relativa questione di fronte alla Corte costituzionale la quale, con sentenza 9 marzo 2021, n. 33 aveva dichiarato inammissibile la questione⁵. Ripreso il giudizio dinanzi alla Cassazione, la prima sezione civile, con ordinanza del 21 gennaio 2022, n. 1842, aveva rimesso gli atti al primo presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite. L'ordinanza della prima sezione sollevava una serie di dubbi, sui quali veniva chiesta la pronuncia delle sezioni unite: in particolare, se la sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021⁶, avesse determinato il superamento del diritto vivente rappresentato dalla sentenza n. 12193/2019 delle sezioni unite, se l'inerzia del legislatore fortemente criticata nella stessa sentenza n. 33/2021 avesse determinato di conseguenza un vuoto normativo, se ed eventualmente come fosse superabile in via interpretativa tale situazione di vuoto normativo, se fosse stato possibile trovare delle ipotesi in cui la maternità surrogata non fosse riconosciuta come contraria all'ordine pubblico, nell'ottica di fornire adeguata tutela al superiore interesse del minore.

Le sezioni unite rispondono affrontando questi ed altri dubbi, in una ampia disamina contenuta nella sentenza n. 38162, decisa in data 8 novembre e pubblicata in data 30 dicembre 2022⁷: «la questione della maternità surrogata si conferma estremamente

² Il tema della trascrizione dell'atto di nascita dall'estero da genitori dello stesso sesso è ben diverso da quello del rilascio del documento di identità al minore, per garantire il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, affrontato dalla Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 14 dicembre 2021, [C-490/20](#), ECLI:EU:C:2021:1008: in proposito, si rinvia a M.C. BARUFFI, *Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea*, in *Famiglia e diritto*, 2022, pp. 1093-1103, spec. p. 1098.

³ [Legge 31 maggio 1995, n. 218](#), Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

⁴ Corte di cassazione, sezioni unite, [sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193](#).

⁵ In proposito, si veda M. DOGLIOTTI, *Due padri e due madri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale. Ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 688-703, spec. p. 688; G. FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 704-712, spec. p. 704.

⁶ Corte costituzionale, [sentenza del 9 marzo 2021, n. 33](#).

⁷ Corte di cassazione, sezioni unite, [sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162](#), «con questa decisione la Corte di Cassazione ha tolto all'interprete la sensazione di incertezza che da tempo caratterizza l'attuale

complessa e ricca di sfaccettature, di modo che, a seconda dei principi, giuridici ed etici, che l'interprete ritenga di qualificare come preminenti, conseguono esiti applicativi tra loro assai divergenti se non addirittura antitetici»⁸.

2. La sentenza della Cassazione a sezioni unite dell'8 novembre – 30 dicembre 2022, n. 38162.

Il primo rilievo delle sezioni unite riguarda la contrarietà alle disposizioni del nostro ordinamento della maternità surrogata: l'accordo con il quale una donna si impegna a portare avanti una gravidanza per altri è vietato in modo assoluto. Tuttavia, in altri Stati tale pratica è consentita e disciplinata, favorendo la possibilità di utilizzarla, per chi volesse diventare genitore: sia coppie affette da sterilità femminile sia coppie omosessuali si recano in tali Stati per accedere alla filiazione secondo modalità vietate nel nostro paese. Quando questo avviene, si pone il problema di riconoscere quel rapporto di filiazione formato all'estero in virtù di normative più favorevoli del nostro ordinamento: in tale situazione, entra in gioco il limite dell'ordine pubblico internazionale. La situazione è sempre estremamente complessa: da una parte si tratta di rispettare e tutelare la dignità umana, valori fondamentali e principi ispiratori del nostro ordinamento, escludendo il ricorso alla maternità surrogata⁹, ma si tratta anche di garantire l'interesse del minore, una volta che la nascita è avvenuta, a mantenere il rapporto con i soggetti che hanno deciso di farlo venire al mondo, evitando qualsiasi penalizzazione per le modalità illegittime con le quali questo sia avvenuto¹⁰. Il tema che compare o, meglio, ricompare, è quello della sussistenza o meno di un diritto alla genitorialità, quale «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi (...) riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare»¹¹, soprattutto se, nella pur legittima

stagione del diritto di famiglia, contribuendo a definire una nuova stagione caratterizzata dalla speranza nella individuazione di un sistema di principi che, rappresentando le assi portanti del moderno diritto di famiglia, facilitano un dialogo tra le Corti»: M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia*, in *Giustizia Insieme*, 6 febbraio 2023, reperibile [online](#).

⁸ M. SESTA, *Nota Introduttiva*, in *Famiglia e diritto*, 2023, pp. 427-429.

⁹ «Nella gestazione per altri non ci sono soltanto i desideri di genitorialità, le aspirazioni e i progetti della coppia committente. Ci sono persone concrete. Ci sono donne usate come strumento per funzioni riproduttive, con i loro diritti inalienabili annullati o sospesi dentro procedure contrattuali. Ci sono bambini esposti a una pratica che determina incertezze sul loro *status* e, quindi, sulla loro identità nella società. L'esigenza di salvaguardare i valori ispiratori dell'ordinamento italiano si traduce in una finalità general-preventiva: scoraggiare i cittadini dal ricorso all'estero ad un metodo di procreazione che l'Italia vieta nel suo territorio, perché ritenuto lesivo di valori primari»: V. DE GIOIA, *Per le Sezioni Unite, al bambino nato da maternità surrogata possono essere assicurati gli stessi diritti degli altri bambini mediante l'«adozione in casi particolari»*, in *Rivista del diritto di famiglia e delle successioni*, 2023, pp. 137-155, spec. p. 141.

¹⁰ «Dall'altro lato, si profila, una volta che il bambino è nato, l'esigenza di proteggere il diritto fondamentale del minore alla continuità del rapporto affettivo con entrambi i soggetti che hanno condiviso la decisione di farlo venire al mondo, senza che vi osti la modalità procreativa»: V. DE GIOIA, *Per le Sezioni Unite*, cit., p. 141.

¹¹ Corte costituzionale, [sentenza del 10 luglio 2014, n. 162](#).

aspirazione ad avere un figlio, possa spingersi fino a fare ricorso, all'estero, a forme di procreazione vietate dal nostro ordinamento. La risposta delle sezioni unite non sembra esprimere aperture in tal senso, anche perché un siffatto diritto alla genitorialità sembra essere stato escluso dal legislatore, considerando che nell'unica disciplina dove avrebbe potuto essere previsto, la legge n. 76/2016 sulle unioni civili, è stato espressamente negato dall'art. 1, c. 20¹². Né riteniamo che tale norma possa essere riletta alla luce dell'interesse del minore, fino al punto di suggerire, in una posizione opposta, il riconoscimento della filiazione non solo agli uniti civilmente, ma anche ai conviventi di fatto¹³.

In ogni caso, non si possono certamente far ricadere sul minore le scelte degli adulti verso una tecnica procreativa vietata dal nostro ordinamento: il neonato non ha alcuna colpa ed è ancora più bisognoso di tutela. Il problema che devono affrontare le sezioni unite riguarda appunto il caso di un minore nato all'estero tramite il ricorso alla maternità surrogata: «[è], quindi, in discussione il legame di filiazione con il componente della coppia omoaffettiva che non ha con il bambino un rapporto di sangue ma che, avendo condiviso con il padre biologico il disegno di genitorialità, risulta comunque genitore sulla base di un atto legittimamente formato da un'autorità giurisdizionale straniera»¹⁴. In sostanza, la questione rimessa alle sezioni unite riguarda la compatibilità o contrarietà all'ordine pubblico internazionale del provvedimento giurisdizionale straniero con il quale è stato riconosciuto il rapporto di filiazione con il genitore d'intenzione e se l'adozione di minore in casi particolari possa essere lo strumento che consenta di instaurare il legame giuridico con tale genitore d'intenzione, anche secondo le disposizioni del nostro ordinamento. «La sentenza conferma e chiarisce quanto già affermato, sempre dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, in una precedente decisione del 2019. L'atto di nascita o il provvedimento giurisdizionale formato all'estero, che accerti lo stato di figlio del nato da madre surrogata anche rispetto al committente privo di legame biologico con esso, è contrario all'ordine pubblico e non può perciò essere trascritto nei registri italiani dello stato civile. Il rapporto in atto tra il nato e il c.d. genitore d'intenzione può essere nondimeno formalizzato attraverso il ricorso all'adozione in casi particolari, e dunque non *ab initio* e in maniera automatica, ma soltanto *ex post* e a seguito di un concreto accertamento giudiziale della sua

¹² «Né il riconoscimento di un "diritto alla genitorialità" sembra avere trovato spazio nella disciplina delle unioni civili ai sensi della legge n. 76 del 2016. Ciò in quanto la riferita normativa, come è noto, al comma 20 dell'art. 1 esclude l'applicabilità alle unioni civili delle "disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184", nonché delle norme del codice civile non espressamente richiamate, tra cui, per l'appunto, possono annoverarsi anche quelle in tema di filiazione»: G. RECINTO, *Le «istruzioni» per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità*, in *Famiglia e diritto*, 2023, pp. 430-436, spec. p. 431.

¹³ «Se, come si è detto, l'interesse del minore è il valore comunque preminente e tendenzialmente prevalente su ogni altra posizione, non dovrebbe porsi distinzione alcuna tra uniti civilmente e conviventi di fatto»: M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la cassazione? E che farà la Corte costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass. 5 gennaio 2023, n. 230*, in *Famiglia e diritto*, 2023, pp. 437-455, spec. p. 441.

¹⁴ Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

conformità al miglior interesse del minore»¹⁵: in effetti, la decisione del 2022 rimane ferma sulla contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata, escludendo qualsiasi apertura, ma riproponendo ancora l'adozione di minore in casi particolari quale soluzione per realizzare il rapporto tra il minore ed il genitore d'intenzione, nel rispetto del nostro ordinamento.

3. Nessun vuoto normativo a seguito delle decisioni della Consulta.

Sul tema era intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021 che aveva riconosciuto che l'adozione di minore in casi particolari potesse non soddisfare il desiderio di genitorialità di chi aveva affrontato un percorso condiviso per avere un figlio e, forse, non rappresentare la migliore tutela del minore, con particolare riferimento all'instaurarsi del rapporto di filiazione con il solo genitore biologico, anche se il superiore interesse del minore non doveva diventare prevalente rispetto agli altri interessi in gioco. In tale decisione la Corte aveva rinviato al legislatore, al quale compete trovare un punto di equilibrio tra la tutela dei nati da maternità surrogata e disincentivare tale pratica riconosciuta contraria all'ordine pubblico. Questa decisione, secondo la prima sezione della Corte di cassazione, avrebbe aperto un vuoto normativo¹⁶, che dovrebbe essere colmato in via interpretativa a tutela del minore riconoscendo il rapporto di filiazione già consolidatosi all'estero, evitando di fargli perdere una figura genitoriale: nei confronti dell'accordo di surrogazione si dovrebbe verificare se sia la conseguenza di una scelta libera e consapevole o, invece, condizionato e dovuto dalle difficoltà economiche della gestante.

La risposta delle sezioni unite è netta nell'affermare che «la sentenza della Corte costituzionale non abbia determinato alcun vuoto normativo»¹⁷: non vi è dubbio che contenga il sollecito al legislatore ad intervenire rapidamente per trovare una soluzione al riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il minore ed il genitore d'intenzione, che consenta la trascrizione dell'atto di nascita anche in presenza di maternità surrogata, che favorisca altre ipotesi a tutela del bambino, ma «è una decisione

¹⁵ Citazione di E. BILOTTI, tratta da C. GIOJELLI, *Nessuna concessione ai fan della surrogata, ecco cosa dice la sentenza della Cassazione*, in *tempi.it*, 4 gennaio 2023, reperibile [online](#).

¹⁶ «È bene comunque osservare che, nei confronti della prospettazione della Prima Sezione civile, le Sezioni Unite muovono anche una critica radicale di ordine metodologico. A dire delle Sezioni Unite, infatti, la prima Sezione civile, leggendo erroneamente una sentenza di inammissibilità come se fosse una sentenza di illegittimità costituzionale, aveva ritenuto che l'intervento della Corte costituzionale avesse determinato un "vuoto normativo" nella tutela del nato da madre surrogata e che, nell'inerzia del legislatore, questo "vuoto" dovesse essere colmato dal giudice. Ebbene, a quest'idea le Sezioni Unite oppongono ora con grande chiarezza che "la valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del giudice". E ciò semplicemente perché – l'affermazione delle Sezioni Unite è perentoria – "la giurisprudenza non è fonte del diritto"» citazione di E. BILOTTI, tratta da C. GIOJELLI, *Nessuna concessione*, cit.

¹⁷ Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

di inammissibilità, non di illegittimità costituzionale»¹⁸. È di tutta evidenza il monito della Corte costituzionale al legislatore, ma è altrettanto chiaro che non è stato dato un termine, né è stata rinviata ad altra udienza una eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale: in un tema nel quale sono in conflitto valori fondamentali del nostro ordinamento, nel quale bisogna trovare un equilibrio tra i diversi interessi in gioco, il rinvio al legislatore è una scelta doverosa e corretta.

Tuttavia, il legislatore non ha dato alcun seguito al monito della Corte costituzionale, non ci sono stati interventi normativi: nel frattempo, però, non si possono lasciare in sospeso a tempo indeterminato i diritti del bambino, ma occorre trovare una soluzione interpretativa che consenta di tutelare adeguatamente il minore, nel rispetto dei principi e delle indicazioni enunciate dalla Corte costituzionale. Questo, però, non deve avvenire elaborando nuove norme, sostituendosi al ruolo del legislatore, le decisioni dei giudici non sono fonte del diritto, neanche quando si tratta di applicare «una clausola generale come l'ordine pubblico internazionale, che rappresenta il canale attraverso cui l'ordinamento si confronta con la pluralità degli ordinamenti salvaguardando la propria coerenza interna, o di un principio, come il migliore interesse del minore, in cui si esprime un valore fondativo dell'ordinamento, il giudice non detta né introduce una nuova previsione normativa»¹⁹. La Corte costituzionale si è rivolta al legislatore, lo ha sollecitato ad intervenire, ad esprimere la propria discrezionalità tra le tante possibili soluzioni, ad elaborare e dettare le proprie scelte, ma resta comunque al giudice l'onere di valutare il caso concreto in esame e adottare la decisione più corretta, riferita espressamente al caso concreto in questione, riservandosi poi di applicarla anche in successivi casi simili.

In particolare, la sentenza della Corte costituzionale n. 33/2021, pur evidenziando la non soddisfacente soluzione dell'adozione di minore in casi particolari, al contrario di quanto ipotizzato dalla prima sezione della Cassazione nella decisione di rimessione alle sezioni unite, non ha determinato il superamento dei principi e delle massime affermate dalle sezioni unite con la sentenza n. 12193/2019: in tal senso, la sottolineatura della sezioni unite è particolarmente marcata nel richiamare il mancato accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale proposte, ma neanche altre soluzioni interpretative che avrebbero consentito la trascrizione di un atto di nascita nel quale fosse risultata una genitorialità intenzionale. Successivamente, pur perdurando il silenzio del legislatore, è intervenuta una nuova sentenza della Corte costituzionale che ha eliminato una delle criticità espresse dalla stessa Corte: la sentenza del 28 marzo 2022, n. 79 ha riconosciuto che l'adozione in casi particolari fa sorgere rapporti parentali con i familiari dell'adottante²⁰, tanto che «[l]'adottato acquista lo stato di figlio dell'adottante»²¹, secondo una visione in cui filiazione ed adozione vengono considerate alla stessa stregua,

¹⁸ Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

¹⁹ Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

²⁰ Corte costituzionale, [sentenza del 28 marzo 2022, n. 79](#).

²¹ Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

nel rispetto del principio dello stato unico di figlio, così da poter affermare che: «[l]a declaratoria di illegittimità costituzionale rimuove dunque un ostacolo all'effettività della tutela offerta dall'adozione in casi particolari»²². Il caso affrontato dalla Corte costituzionale riguardava proprio un'adozione da parte di una coppia dello stesso sesso, conseguente ad una pratica di maternità surrogata, nella quale l'adottante aveva richiesto di estendere i rapporti anche nei confronti dei parenti dell'adottante stesso.

4. L'assenso del genitore all'adozione: una soluzione interpretativa.

Una volta riconosciuto che l'adozione di minore in casi particolari può rappresentare la migliore soluzione possibile, consentendo il riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il minore ed il genitore non biologico, che però ha partecipato al progetto genitoriale e si è preso cura del bambino fin dalla nascita, le sezioni unite esaminano e risolvono un altro aspetto della fattispecie adottiva, cioè la necessità dell'assenso del genitore biologico il quale, in ipotesi di crisi della coppia, potrebbe negarlo, proprio nel momento in cui diverrebbe ancora più delicata la situazione del bambino ed importante la necessità di tutela del medesimo. Tuttavia, l'approfondimento delle sezioni unite è rivolto anche a dimostrare che l'eventuale dissenso del genitore biologico possa essere superato in via interpretativa²³, considerando che occorre rispettare il legame con la famiglia di origine composta anche dal genitore intenzionale, lasciando al giudice «valutare se l'adozione particolare realizzi in concreto il preminente interesse del minore, il rifiuto dell'assenso all'adozione, da parte del genitore biologico, appare ragionevole soltanto se espresso nell'interesse del minore, ossia quando non si sia realizzato tra quest'ultimo ed il genitore d'intenzione quel legame esistenziale la cui tutela costituisce il presupposto dell'adozione»²⁴. Si tratta di un passo particolarmente rilevante, con l'evidente finalità di superare delle situazioni che potrebbero rappresentare un concreto ostacolo alla tutela del minore, consentendo una soluzione a favore del genitore intenzionale, anche qualora il genitore esercente la responsabilità genitoriale non fosse più d'accordo nel consentire l'adozione. Tuttavia, anche è sicuramente apprezzabile la ricerca della massima tutela del minore, tale orientamento non è esente da qualche critica: infatti, non era questo l'oggetto del *petitum*, dato che il ricorso della coppia nel caso

²² Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

²³ «È esattamente su questo punto che la sentenza in esame introduce la novità di maggior rilievo, stabilendo che il veto possa essere superato dal giudice comune attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme, ove il rifiuto sia giudicato lesivo del preminente interesse del minore. Le Sezioni Unite sottolineano come, sulla base di un orientamento consolidato, sia già possibile ignorare l'opposizione nei casi in cui il genitore biologico non eserciti un'effettiva responsabilità genitoriale nei confronti del minore...»: F. FERRARI, *La giurisprudenza non è fonte del diritto. Nota a SS.UU. n. 38162 del 2022 in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 6, pp. 98-115, spec. p. 102. reperibile [online](#).

²⁴ Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

specifico era tendente ad ottenere la trascrizione dell'atto di nascita e della sentenza di rettificazione straniera con l'indicazione della doppia paternità, non sussistendo alcun contrasto su un eventuale assenso, visto che non era in discussione l'ipotesi di adozione.

Resta il dubbio se, nella particolare fattispecie della possibilità di superare il mancato assenso, pur sempre nel superiore interesse del minore, le sezioni unite possano avere ecceduto nell'interpretazione conforme²⁵. In ogni caso, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 79/2022, l'adozione di cui all'art. 44 della legge n. 184/1983²⁶ rappresenta la soluzione migliore, in grado di garantire adeguata tutela al minore, ma anche di soddisfare le aspettative del genitore d'intenzione instaurando un pieno rapporto di filiazione con l'adottato, consentendo al giudice di valutare il singolo caso e di intervenire se necessario, lasciando al legislatore tutte le opzioni possibili per una diversa disciplina.

5. La maternità surrogata è contraria all'ordine pubblico.

Le sezioni unite approfondiscono poi il dubbio se il mancato riconoscimento del provvedimento straniero, nel quale viene attestata la filiazione con il genitore d'intenzione, possa derivare dal contrasto inderogabile con l'ordine pubblico internazionale. In proposito, viene ricordato che la sentenza straniera per essere riconosciuta efficace nel nostro ordinamento, ai sensi della legge n. 218/1995, non deve produrre effetti contrari all'ordine pubblico, ricordando che tale limite non opera con riguardo alle normative applicate dal giudice straniero, quanto alle conseguenze che quella decisione possa produrre nel nostro ordinamento. È ovvio che le norme di diritto internazionale privato hanno la funzione di consentire l'ingresso del nostro ordinamento di situazioni contraddistinte da elementi di «estraneità», ma questo non deve significare rinunciare a qualsiasi controllo circa la compatibilità con le disposizioni del nostro ordinamento: l'ordine pubblico ha la funzione di salvaguardare l'insieme dell'ordinamento giuridico statale, formato non solamente dai principi costituzionali ma anche da quelli desumibili da norme ordinarie, dall'ingresso di valori irrinunciabili e fondamentali. «Nella nozione di ordine pubblico internazionale rientrano, quindi, anzitutto quei principi fondamentali, quei valori della nostra Costituzione che esprimono la fisionomia inconfondibile della comunità nazionale. L'ordine pubblico internazionale comprende anche quelle altre regole che, pur non collocate nella Costituzione, danno concreta attuazione ai principi costituzionali o esprimono un principio generale di sistema. Il concetto di ordine pubblico internazionale si allarga ai valori condivisi dalla

²⁵ Nella medesima pronuncia, del resto, è proprio la Cassazione a dedicare apprezzabili riflessioni sui confini costituzionali del ruolo del giudice comune e sulla necessità di preservare le differenze con il legislatore: «la giurisprudenza», si afferma, «non è fonte del diritto»: F. FERRARI, *La giurisprudenza La giurisprudenza non è fonte del diritto*, cit., p. 103.

²⁶ [Legge 4 maggio 1983, n. 184](#), Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori.

comunità internazionale e, in particolare, alla tutela dei diritti umani risultanti dal diritto dell'Unione europea, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, avente lo stesso valore vincolante dei trattati istitutivi, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dato il fenomeno di osmosi che interessa i diritti fondamentali, garantiti in particolare dall'art. 2 Cost., e quelli che risultano dalle fonti internazionali»²⁷. Nel concetto di ordine pubblico viene richiamata la precedente sentenza delle sezioni unite n. 12193/2019 che aveva fatto riferimento ai valori fondanti dell'ordinamento che scaturiscono dai principi costituzionali, dalle fonti internazionali e sovranazionali, dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria che costituisce il diritto vivente: il giudice deve verificare se gli effetti prodotti dal provvedimento straniero nel nostro ordinamento rientrino in tali limiti che non possono essere oltrepassati²⁸. Le sezioni unite confermano, senza il minimo dubbio, che la maternità surrogata è fattispecie contraria all'ordine pubblico²⁹, tanto che viene sanzionata penalmente, al fine di tutela della dignità della persona umana. L'art. 12, c. 6, della legge n. 40/2004³⁰ intende porre un limite netto alla genitorialità ad ogni costo, impedendo che questo desiderio possa essere soddisfatto utilizzando il corpo di un'altra donna quale strumento per un progetto che sarebbe irrealizzabile: si tratta di ipotesi che «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»³¹, la cui condanna è stata espressa anche dal Parlamento europeo. La condanna della maternità surrogata è comunque netta, senza il minimo tentennamento e riconferma pienamente, in merito, l'orientamento della precedente sentenza del 2019³², anche se non crediamo che i toni siano tali da «rasentare addirittura l'invettiva»³³ ma, al contrario, «viene offerta una completa disamina delle questioni, trattate con un argomentare ampio, puntuale ed efficace, che si avvale di uno

²⁷ Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

²⁸ «[D]ai principi fondanti l'autodeterminazione e le scelte relazionali del minore e degli aspiranti genitori; dal principio del preminente interesse del minore, di origine convenzionale ma ampiamente attuato in numerose leggi interne ed in particolare nella recente riforma della filiazione; dal principio di non discriminazione, rivolto sia a non determinare ingiustificate disparità di trattamento nello status filiale dei minori con riferimento in particolare al diritto all'identità ed al diritto di crescere nel nucleo familiare che meglio garantisca un equilibrato sviluppo psico-fisico nonché relazionale, sia a non limitare la genitorialità esclusivamente sulla base dell'orientamento sessuale della coppia richiedente; dal principio solidaristico che fonda la genitorialità sociale sulla base del quale la legge interna ed il diritto vivente hanno concorso a creare una pluralità di modelli di genitorialità adottiva, unificati dall'obiettivo di conservare la continuità affettiva e relazionale ove già stabilizzatasi nella comunità familiare (Cass., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, cit.)»: Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

²⁹ «Con riferimento alla maternità surrogata le Sezioni Unite respingono la suggestione contenuta nell'ordinanza della prima Sezione in ordine alla scomposizione di diversi statuti della maternità surrogata e riaffermano il carattere monolitico del divieto, che vale anche nel caso in cui la maternità surrogata sia frutto di una libera scelta della donna e sia revocabile»: M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli*, cit.

³⁰ [Legge 19 febbraio 2004, n. 40](#), Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

³¹ Corte costituzionale, [sentenza del 18 dicembre 2017, n. 272](#); sentenza n. 79/2022, cit.

³² «Qualsiasi ipotesi di maternità surrogata, “onerosa” o “gratuita” che sia, ha una finalità “egoistica”, essendo preordinata soprattutto a realizzare l'aspirazione dei committenti a divenire genitori, piuttosto che a salvaguardare le prerogative della gestante e le istanze del minore coinvolto»: G. RECINTO, *Le “istruzioni” per il futuro*, cit., p. 436.

³³ M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma*, cit., p. 443.

stile di grande eleganza»³⁴. Permane, in ogni caso, la contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata, anche nelle ipotesi in cui la donna avesse acconsentito volontariamente a tale pratica, prescindendo da contropartite economiche e potendo revocare in qualsiasi momento il proprio consenso³⁵: si tratta, comunque, di una pratica lesiva della dignità umana, riconosciuta come tale più volte dalla Corte costituzionale, che non può tener conto di aspetti volontaristici né di esclusione di compensi a favore della donna³⁶. Questo concetto resta immutato e resiste anche se in altri paesi, anche vicini all'Italia, sono state fatte aperture da parte della giurisprudenza di legittimità, anche se esiste pure in Italia un orientamento culturale e giuridico con una visione favorevole alla libertà ed autodeterminazione della donna³⁷: tuttavia, il limite nel nostro ordinamento è normativo e riaffermato dalla giurisprudenza costituzionale, tale da impedire un orientamento che possa derogarlo. Pertanto, non potrà essere neanche il giudice a fornire un'interpretazione che valuti la scelta libera e consapevole della donna, anche priva di contropartite economiche, ammettendo il ricorso alla maternità surrogata ed ignorando il contrasto con l'ordine pubblico internazionale, contrasto che viene riaffermato dalle sezioni unite, confermando in tal senso la decisione del 2019. Non solo, ma se così non fosse, se venisse introdotta una deroga nel caso di maternità surrogata non commerciale, «[l]a valutazione caso per caso finirebbe per essere attribuita, in prima battuta, non al giudice, bensì all'ufficiale di stato civile, il quale sarebbe così chiamato ad “operare la scelta relativa al riconoscimento della genitorialità intenzionale sulla base dei criteri generali ‘normati’” dalla pronuncia di queste sezioni unite. Ma vi sarebbe la “pratica impossibilità”, con i poteri conferiti all'ufficiale di stato civile, “di procedere alla verifica se vi sia stato un corrispettivo economico a favore della donna che in un lontano Stato estero ha gestito per altri la maternità, e valutare la sua concreta condizione di soggezione

³⁴ M. SESTA, *Nota introduttiva*, cit., p. 437. In senso contrario, A. SPADAFORA, *Irriducibilità del totalitarismo «minoricentrico?»*, in *Famiglia e diritto*, 2023, pp. 408-470, spec. p. 456, con una valutazione particolarmente negativa della decisione delle Sezioni Unite, «[a] livello di supremazia nomofilattica riceve ulteriore avallo l'indirizzo proclive al riconoscimento (sia pur indirettamente, attraverso l'istituto adottivo in casi particolari) dello *status filiationis* nei confronti del nato da maternità surrogata».

³⁵ «Dunque, una “mercificazione” della gestante e del minore interessato possono annidarsi anche nel ricorso ad una maternità surrogata “altruistica”, che, come tutte le altre ipotesi di gestazione per altri, appare più che altro “egoistica”, essendo preordinata soprattutto a realizzare l'aspirazione dei committenti a divenire genitori “ad ogni costo”»: G. RECINTO, *Le “istruzioni” per il futuro*, cit., p. 434.

³⁶ «La riaffermata riprovevolezza nei confronti della maternità surrogata, in quanto pratica lesiva del principio di dignità, dà ragione del mantenimento del divieto. Il mantenimento del divieto trova ragione in una scelta precisa dell'ordinamento italiano e non è il frutto di una arretratezza o di una dimenticanza del legislatore»: M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli*, cit.

³⁷ Tale aspetto alimenta una rilevante critica alla sentenza: «[s]i presumeva ormai che fosse pacifico il principio per cui alla dignità della donna, alla relativa nozione e ai suoi caratteri dovesse pensare soltanto la donna, libera, priva di condizionamenti e padrona del proprio corpo. E questa è, a ben vedere, la ratio della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza. Ma, all'apparenza, per la Cassazione non è così»: M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma*, cit., p. 444.

ed il reale grado di libertà e consapevolezza della scelta effettuata, nonché le modalità di partecipazione alla scelta da parte del genitore intenzionale”»³⁸.

6. Il superiore interesse del minore e la soluzione dell'adozione.

Non vi è dubbio che nel concetto di ordine pubblico rientri il superiore interesse del minore, proclamato da numerose fonti internazionali³⁹; pur avendo un ruolo centrale e preminente, tuttavia, non può divenire strumento per favorire comportamenti illegittimi o impedire la tutela di altre situazioni rilevanti per l'ordinamento⁴⁰, ma al contrario, deve rappresentare uno stimolo per trovare motivazioni e soluzioni per riconoscere il rapporto con il genitore d'intenzione. Di conseguenza, non si può procedere alla trascrizione del provvedimento giurisdizionale straniero e dell'atto di nascita che indichi come padre il genitore d'intenzione: la soluzione è data dall'adozione ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184/1983 che consente l'instaurarsi dello *status* di figlio con il partner del genitore biologico⁴¹. I motivi, che le sezioni unite individuano per escludere il riconoscimento del provvedimento straniero, vengono poi esposti chiaramente. Innanzitutto, perché verrebbe legittimato il ricorso alla maternità surrogata che, è stato già affermato, offende in modo intollerabile la dignità della donna, attraverso quella che viene definita una pratica degradante, ricordando che l'interesse del minore non significa dover riconoscere in ogni caso il rapporto di filiazione validamente costituitosi all'estero. Inoltre, il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita non può significare l'assoluta libertà di scegliere anche come questo possa avvenire: la fecondazione eterologa è ben diversa dalla maternità surrogata, il consenso previsto per la prima non può essere confuso con la volontà della coppia per la seconda. Infine, la genitorialità non può trovare riscontro in

³⁸ Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

³⁹ «Concorre a formare l'ordine pubblico internazionale anche il *best interest of the child*, principio riconducibile agli artt. 2, 30 e 31 Cost. e proclamato da molteplici fonti internazionali ed europee, a cominciare dall'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con la L. n. 176/1991, nonché dall'art. 24, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007»: A. NOCERA, *Figlio di due padri concepito all'estero: sì all'adozione, no al riconoscimento della sentenza*, in *Il Quotidiano giuridico*, 9 febbraio 2023, reperibile [online](#).

⁴⁰ «I giudici di legittimità nella decisione in commento hanno posto in discussione anche l'astratta e costante prevalenza in materia del superiore interesse del minore rispetto agli altri interessi e valori coinvolti»: G. RECINTO, *Le "istruzioni" per il futuro*, cit., p. 432.

⁴¹ «L'adozione in casi particolari è diretta ad assicurare, in concreto, un armonico e completo sviluppo del minore in tutte le sue componenti - affettive, psicologiche, fisiche, relazionali e culturali -, dovendosi escludere che il superiore interesse del minore, necessariamente e automaticamente, richieda il "consolidarsi" del rapporto con l'"aspirante genitore", finendo così per sovrapporsi e coincidere con il "desiderio" degli adulti di essere genitori»: G. RECINTO, *Le "istruzioni" per il futuro*, cit., p. 432. In senso contrario, M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma*, cit., p. 445, secondo il quale il minore «avrebbe un unico genitore ed un altro... a metà».

una sorta di automatismo⁴², ma è necessaria una valutazione di concretezza, la verifica dell'interesse del minore a continuare quel rapporto formatosi all'estero⁴³.

Lo strumento da utilizzarsi è ancora quello dell'adozione in casi particolari, a norma dell'art. 44 della legge n. 184/1983 che dovrà essere attivato da quello che risulti essere genitore d'intenzione: sarà il giudice che dovrà valutare il miglior interesse del minore e l'idoneità dell'adottante a svolgere pienamente il proprio ruolo⁴⁴. In questo, nessuna rilevanza può avere l'orientamento sessuale dell'adottante o del partner, in quanto non ha alcuna incidenza sull'idoneità dell'individuo di assumersi responsabilità genitoriale, come più volte affermato sia dalla Corte costituzionale che dalla Cassazione stessa⁴⁵: deve essere sottolineato il richiamo alla sentenza delle stesse sezioni unite del 31 marzo 2021, n. 9006, contenente l'affermazione che «deve escludersi che possa essere ritenuto un limite al riconoscimento degli effetti di un atto che attribuisce la genitorialità adottiva ad una coppia omoaffettiva»⁴⁶. In tal senso, le sezioni unite ricordano anche la sentenza n. 19599/2016⁴⁷ con la quale, per la prima volta, è stata disposta la trascrizione di un atto di nascita straniero nel quale risultava la filiazione da parte di due donne con una procedura assimilabile alla fecondazione eterologa⁴⁸. Tutto questo, in un continuo mutamento del

⁴² «Ferma restando la non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, stante il divieto assoluto di maternità surrogata e non potendo essere affidato la realizzazione dell'interesse del minore ad uno strumento di carattere automatico»: A. NOCERA, *Figlio di due padri*, cit.

⁴³ «Il migliore interesse del minore non è mai una formula astratta ma deve necessariamente fare i conti con la situazione concreta di quel singolo bambino, situazione che non è mai uguale a se stessa. Per queste ragioni le Sezioni Unite respingono la soluzione della trascrizione automatica, in quanto cristallizzerebbe una presunzione di migliore interesse applicabile a priori per tutte le situazioni»: M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli*, cit.

⁴⁴ «Con riferimento alla soluzione dell'adozione in casi particolari, le Sezioni Unite, non si limitano a confermare il diritto vivente già espresso nel 2019, ma lo adattano all'evoluzione nel frattempo operata dal sistema. L'intervenuta decisione del giudice delle leggi che nel 2022, con la decisione n. 79, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 55 l. adoz., ha consentito infatti alle Sezioni unite di considerare questa importante tappa evolutiva e di superare le critiche in ordine alla mancanza di un rapporto di parentela. Quanto alla critica in ordine al necessario consenso del padre biologico richiesto dalla disciplina dell'adozione in casi particolari, che potrebbe subordinare la richiesta di genitorialità alla situazione conflittuale tra genitore biologico e genitore di intenzione, lasciando quindi al solo padre biologico la scelta, le Sezioni Unite, sempre riferendosi al diritto effettivo, affermano che tale consenso non può essere inteso come l'esercizio di un potere arbitrario, "potestativo", in quanto il giudice deve controllare che il rifiuto dello stesso sia conforme al migliore interesse del minore»: M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i figli*, cit.

⁴⁵ Corte di cassazione, sez. I civ., [sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962](#); Corte costituzionale, [sentenza del 4 novembre 2020, n. 230](#).

⁴⁶ Corte di cassazione, sezioni unite, [sentenza del 31 marzo 2021, n. 9006](#). In proposito, si veda A. FIGONE, *L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico*, in *Famiglia e diritto*, 2021, pp. 1004-1007, spec. p. 1007; G. RECINTO, *Le "pericolose oscillazioni" della Suprema Corte e della Consulta rispetto alla maternità surrogata*, *ivi*, pp. 1007-1011; M. SESTA, *Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade*, *ivi*, pp. 1011-1017.

⁴⁷ Corte di cassazione, sez. I civ., [sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599](#).

⁴⁸ «[P]er aver la prima donato l'ovulo e la seconda condotto a termine la gravidanza con utilizzo di un gamete maschile di un terzo ignoto»: Corte di cassazione, sentenza n. 38162/2022, cit.

concetto di famiglia, dove accanto a quella fondata sul matrimonio si sono aggiunte altre famiglie, di cui la filiazione rappresenta l'elemento di unione⁴⁹.

Il ricorso all'adozione di minore in casi particolari consente di riconoscere il rapporto con il genitore d'intenzione a seguito di verifica da parte del giudice⁵⁰, in linea anche con la giurisprudenza della Corte EDU⁵¹, che non ha mai imposto l'obbligatorietà della trascrizione degli atti di nascita stranieri, ma ha richiesto che tutti gli Stati prevedano la possibilità del riconoscimento del rapporto giuridico tra il bambino ed il genitore d'intenzione, non escludendo che questo possa avvenire tramite l'istituto dell'adozione, a condizione che venga garantita la tutela del minore ed il riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale. L'ordinamento italiano intende confermare il divieto di maternità surrogata ma, nel contempo, tutelare adeguatamente il minore, consentendo di pervenire al mantenimento del rapporto già validamente instauratosi all'estero, senza alcun automatismo, attraverso una valutazione del giudice sul miglior interesse del minore.

Infine, viene affermato il seguente principio di diritto: «[p]oiché la pratica della maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non è automaticamente trascrivibile il provvedimento giudiziario straniero, e *a fortiori* l'originario atto di nascita, che indichi quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al padre biologico ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della *lex loci*. Nondimeno, anche il bambino nato da maternità surrogata ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con colui che ha condiviso il disegno genitoriale. L'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini nati in condizioni diverse è garantita attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, primo comma, lettera d), della legge n. 184 del 1983. Allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, l'adozione rappresenta lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico, con

⁴⁹ «[C]fr. anche Corte EDU, 12 luglio 2001, K. e T. c. Finlandia; Corte di giustizia UE, sentenza 5 giugno 2018, C. e a., C-673/2016, secondo cui la relazione intrattenuta da una coppia omosessuale può rientrare nel concetto di "vita privata" così come in quello di "vita familiare" allo stesso modo di una coppia di sesso opposto nella stessa situazione»: A. NOCERA, *Figlio di due padri*, cit.

⁵⁰ «Attraverso l'adozione in casi particolari, l'ordinamento italiano assicura tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico, *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, del suo rapporto con il genitore d'intenzione»: A. NOCERA, *Figlio di due padri*, cit.

⁵¹ «[P]er la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo la formalizzazione del rapporto in atto tra il nato da madre surrogata e il committente privo di legame biologico con esso è oggetto di un diritto fondamentale. Lo Stato membro della Convenzione non potrebbe perciò rifiutare questa formalizzazione. Ma la Corte di Strasburgo ha lasciato al margine di apprezzamento del singolo Stato la scelta su come essa debba avvenire, contemplando espressamente anche la possibilità di una formalizzazione *ex post* e a seguito di un accertamento giudiziale concreto dell'interesse del minore, quale si realizza appunto attraverso una procedura adottiva. In tal caso la Corte di Strasburgo richiede solo che il risultato si realizzi comunque in una maniera agevole ed effettiva»: citazione di E. BILOTTI, tratta da C. GIOJELLI, *Nessuna concessione*, cit.

il conseguimento dello *status* di figlio, al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e ha concorso nel prendersi cura del bambino sin dal momento della nascita». Emerge anche la critica nei confronti della Corte di appello che aveva emesso l'ordinanza impugnata, ma anche nei confronti di altri tribunali⁵² che hanno accolto la richiesta di riconoscimento del provvedimento straniero in maniera automatica, ritenendo che il divieto posto alla maternità surrogata dal nostro ordinamento non fosse legato a principi fondamentali di ordine pubblico. Viene infine confermato che il sindaco ed il Ministero dell'interno, che avevano partecipato al contenzioso, sono legittimati passivi: il primo, in quanto dal suo rifiuto di trascrizione ha avuto origine la controversia ed è ovviamente interessato all'esecuzione della decisione, il secondo in quanto responsabile della corretta ed uniforme applicazione del servizio dello stato civile in tutto il territorio nazionale e quindi titolare di un autonomo interesse a partecipare al giudizio che riguarda il riconoscimento di un provvedimento straniero.

7. Il ruolo decisivo dell'ufficiale dello stato civile.

Riguardo alle competenze dell'ufficiale dello stato civile, la sentenza n. 38162/2022 conferma i limiti che erano già stati riportati nella sentenza n. 12193/2019: in presenza di maternità surrogata l'ufficiale dello stato civile dovrà rifiutare la trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento giurisdizionale straniero, nella parte in cui viene indicato il genitore d'intenzione. Il riferimento normativo riguardo all'atto di nascita è dato dall'art. 18 del d.P.R. n. 396/2000⁵³, che vieta la trascrizione degli atti formati all'estero se contrari all'ordine pubblico, mentre riguardo a sentenza o provvedimento giurisdizionale straniero

⁵² Il Tribunale di Milano, con decisione del 23 settembre 2021, relativa ad una filiazione da genitori dello stesso sesso formata all'estero, aveva ritenuto di non poter attendere un intervento legislativo e che la tutela dei minori sarebbe rimasta, in tal modo, sospesa a tempo indeterminato, affermando che le sentenze della [Corte costituzionale, del 9 marzo 2021, n. 32](#), e n. 33/2921, cit., avevano in realtà confutato la sentenza n. 12193 delle sezioni unite, facendo emergere un vuoto normativo che, fino a quando non interverrà una specifica normativa, dovrà essere colmato dai giudici di merito, valutando la migliore soluzione a tutela dei minori «incolpevoli» nei confronti di coloro che hanno contribuito alla loro nascita. Il Tribunale, pertanto, ritiene che nel caso specifico, «sulla scorta dei rilievi sollevati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 33/2021, una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 legge n. 40/2004 possa consentire, in assenza dell'auspicato intervento del legislatore, la trascrizione dell'atto di nascita originario dei minori nella loro integrità, con indicazione di entrambi i ricorrenti quali genitori, poiché nel caso di specie può essere escluso, sulla scorta della documentazione in atti che vi sia stata una concreta lesione della dignità della gestante che possa prevalere sulla tutela dei diritti dei nati e deve essere invece tutelato l'interesse dei minori che dalla nascita sono inserito [*sic*] nel nucleo familiare dei ricorrenti a fruire del diritto pieno (allo stato non altrimenti assicurabile se non con la trascrizione dell'atto di nascita) di essere “*mantenuti, istruiti, educati ed assistiti moralmente*”». Alla luce della sentenza delle sezioni unite in esame, appare infondata la decisione del Tribunale di Milano ed ingiustificata la definizione di «illegittimo» rivolta al rifiuto dell'ufficiale dello stato civile, il quale aveva doverosamente dato applicazione alla sentenza delle sezioni unite n. 12193/2019.

⁵³ [Decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396](#), Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127.

è dato dalla legge n. 218/1995 agli artt. 64, c. 1 lett. g (la sentenza non deve produrre effetti contrari all'ordine pubblico), 65 (gli effetti del provvedimento non debbono essere contrari all'ordine pubblico) e 66 (debbono essere rispettate le condizioni di cui all'art. 65 e, quindi, anche la non contrarietà all'ordine pubblico). Non si ritiene condivisibile il richiamo all'art. 16 della legge n. 218/1995⁵⁴ in quanto tale norma rileva come limite nel momento di applicazione della legge straniera, mentre nello specifico si tratta riconoscere provvedimenti stranieri verificando che gli effetti che producono nel nostro ordinamento non siano contrari all'ordine pubblico. Il richiamo contenuto nella sentenza n. 38162/2022 è netto e non consente alternative operative all'ufficiale dello stato civile: «l'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004, che considera fattispecie di reato ogni forma di maternità surrogata, con sanzione rivolta a tutti i soggetti coinvolti, compresi i genitori intenzionali, è norma di ordine pubblico internazionale»⁵⁵.

È doveroso ricordare che le ipotesi di maternità surrogata sono sicuramente più frequenti tra le coppie eterosessuali che si recano all'estero per avere un figlio generato da una partoriente a contratto⁵⁶, figlio che, in questo caso, potrebbe avere un legame genetico con il padre (se fosse lui il donatore) ma non ne avrebbe con la madre d'intenzione, moglie o compagna del padre. In sostanza, la contrarietà all'ordine pubblico del ricorso alla maternità surrogata apre scenari limitanti anche per le coppie eterosessuali, non solamente per le coppie dello stesso sesso, in quanto risulterebbe impedita la possibilità di veder riconosciuto il rapporto di filiazione formato in base alla procedura incriminata.

Resta il fatto che l'interesse preminente del minore, che in diverse sentenze anche dei giudici di merito, assurge a rilevanza assoluta tale da derogare qualsiasi elemento di contrarietà all'ordine pubblico, subisce un ridimensionamento importante nel contrasto con l'ordine pubblico riferito al divieto di maternità surrogata, in quanto posto a tutela della dignità della donna, contro ogni possibile sfruttamento del corpo della donna. Dunque, tra i due interessi rilevanti, quello del minore di mantenere il rapporto di filiazione instauratosi all'estero e quello di garantire tutela e rispetto della dignità della donna, le sezioni unite trovano il punto di equilibrio nel rimettere la valutazione al giudice, il quale dovrà decidere in merito alla richiesta di adozione *ex art. 44* della legge n. 184/1983, istituto che potrà consentire l'instaurarsi del rapporto di filiazione anche a

⁵⁴ M. DOGLIOTTI, *Maternità surrogata e riforma*, cit., p. 446.

⁵⁵ Corte di cassazione, sentenza n. 12193/2019, cit.

⁵⁶ Sono abbastanza frequenti le segnalazioni da parte della nostra autorità diplomatica o consolare in Ucraina di situazioni che lasciano ipotizzare il ricorso alla maternità surrogata da parte di coppie italiane: le segnalazioni vengono trasmesse all'ufficiale dello stato civile insieme all'atto di nascita del bimbo, precisando che dai visti sul passaporto e dal periodo di permanenza della donna che nell'atto di nascita viene indicata come madre, si hanno molti e fondati sospetti dell'utilizzo della procedura di maternità surrogata.

favore del genitore d'intenzione, salvaguardando tutte le parti in gioco e tutelando la famiglia costituitasi all'estero⁵⁷.

Il Ministero dell'interno ha dato prontamente diffusione alla sentenza delle sezioni unite n. 38162/2022 emanando la circolare n. 3/2023 in data 19 gennaio 2023, sottolineando la massima della Cassazione rinvenibile nella suddetta decisione, invitando i prefetti a darne comunicazioni ai sindaci «al fine di assicurare una puntuale ed uniforme osservanza degli indirizzi giurisprudenziali espressi dalle sezioni unite negli adempimenti dei competenti uffici»: un passaggio ordinario considerando che l'ufficiale dello stato civile è chiamato direttamente in causa dalle sezioni unite, dovendo procedere alla trascrizione degli atti di nascita dall'estero nei limiti stabiliti dalla stessa Corte. Successivamente, il prefetto di Milano, in data 10 marzo 2023, ha inviato una nota ai sindaci dell'area metropolitana di Milano, e per conoscenza al procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano, richiamando la sentenza delle sezioni unite, al fine di comunicare che non potevano essere trascritti atti di nascita formati all'estero «riconducibili alla fattispecie della maternità surrogata, attestanti il riconoscimento di filiazione nei confronti del genitore d'intenzione, privo di legame biologico con minore», ma anche che non potevano essere formati atti di nascita in Italia da genitori dello stesso sesso, se non limitandosi a menzionare il solo genitore che avesse un legame biologico con il nato⁵⁸. Considerando che a norma dell'art. 9 del d.P.R. n. 396/2000, l'ufficiale dello stato civile è tenuto ad uniformarsi alle istruzioni che vengono impartite dal Ministero dell'interno e che al prefetto compete la vigilanza sugli uffici dello stato civile, la circolare e la nota sono perfettamente legittime pur avendo sollevato, specialmente quest'ultima, numerose polemiche.

È doveroso ricordare che le stesse sezioni unite nel 2019 avevano sottolineato i limiti operativi dell'ufficiale di stato civile chiamato ad uniformarsi obbligatoriamente alle istruzioni impartite dal Ministero dell'interno: «[c]om'è noto, la competenza in

⁵⁷ «In questa direzione, si era già espressa anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel parere consultivo del 15 aprile 2019 n. P16-2018-001 (34), in cui aveva osservato che, ai sensi dell'art. 8 CEDU, il diritto al rispetto della vita privata del minore nato all'estero da pratiche di maternità surrogata – vietate nel paese di origine dei genitori committenti – richiede che la legislazione nazionale contempli la possibilità di riconoscere la relazione del minore con il c.d. genitore intenzionale, fermo restando che tale riconoscimento non deve inevitabilmente implicare la trascrizione del certificato di nascita nei registri dello stato civile, potendosi ricorrere anche ad altri strumenti, purché le modalità previste dal diritto interno garantiscano una attuazione celere ed effettiva, che sia rispettosa del superiore interesse del minore interessato»: G. RECINTO, *Le "istruzioni" per il futuro*, cit., p. 436.

⁵⁸ Il limite della formazione degli atti di nascita o riconoscimento in Italia da genitori dello stesso sesso non è rinvenibile nella sentenza n. 38162/2022, cit., ma risulta dalla costante giurisprudenza della Suprema Corte, a partire dalla sentenza n. 19599/2016, cit. nella quale dopo aver riconosciuto come legittima e non contraria all'ordine pubblico la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero dove venivano indicate due madri quali genitori, precisava che la legge italiana non consente alle nostre autorità di formare un atto di nascita del genere. Successivamente, tale divieto veniva ribadito con una posizione granitica, sempre dalla Corte di cassazione, sez. 1 civ., [sentenze del 3 aprile 2020, n. 7668](#); [del 23 agosto 2021, n. 23320](#); [del 23 agosto 2021, n. 23321](#); [del 25 febbraio 2022, n. 6383](#); del 7 marzo 2022, n. 7413; [del 4 aprile 2022, n. 10844](#); del 13 luglio 2022, n. 22179.

materia di tenuta dei registri dello stato civile, già spettante al Ministero della giustizia, ai sensi dell'art. 13 del r.d. n. 1238 del 1939, è stata in seguito trasferita al Ministero dell'interno, al quale l'art. 9 del d.P.R. n. 396 del 2000 attribuisce il potere di impartire istruzioni agli ufficiali dello stato civile, nonché la vigilanza sui relativi uffici, da esercitarsi attraverso il prefetto: pur non essendo certo che questi poteri costituiscano espressione di un rapporto di gerarchia in senso proprio, tale da consentire al Ministero di annullare gli atti compiuti dagli ufficiali di stato civile (cfr. le contrastanti pronunce del Giudice amministrativo: Cons. Stato, Sez. III, 1/12/2016, n. 5047; 4/11/2015, n. 5043; 26/10/2015, nn. 4897 e 4899⁵⁹) è pacifico che le predette istruzioni rivestono carattere vincolante per questi ultimi, ai quali è espressamente imposto l'obbligo di uniformarvisi, e ciò al fine di assicurare il regolare svolgimento del servizio e l'unità d'indirizzo nell'interpretazione di disposizioni dalla cui applicazione discendono effetti determinanti per la tutela dei diritti sia personali che patrimoniali»⁶⁰.

In ogni caso, negli atti e documentazione proveniente dall'estero, l'ufficiale dello stato civile dovrà verificare che non sussista contrarietà all'ordine pubblico, come richiesto dall'art. 18 del d.P.R. n. 396/2000: possono presentarsi diverse ipotesi e notevoli difficoltà per l'ufficiale dello stato civile nel comprendere e valutare se trattasi di maternità surrogata e quale sia il genitore che, anche secondo il nostro ordinamento, possa essere considerato tale e salvaguardato, rispetto a quello che dovrà essere omissis nella trascrizione dell'atto di nascita, o se invece entrambi i genitori debbano essere conservati nella trascrizione e restino tali anche per il nostro ordinamento. Pur con tutti i dubbi e le perplessità, nel momento in cui riceverà un atto di nascita proveniente dall'estero nel quale risulti la filiazione da genitori dello stesso sesso, l'ufficiale dello stato civile dovrà valutare se trattasi di fecondazioni eterologa o di surrogazione di maternità: solamente nel primo caso, potrà procedere alla trascrizione dell'atto di nascita e registrazione del rapporto di filiazione conseguente. Qualora, invece, risulti una procedura di maternità surrogata, o gestazione per altri, cioè una donna che ha messo a disposizione il proprio utero ed ha portato avanti la gravidanza per singoli o coppie eterosessuali od omosessuali, trattandosi di fattispecie contraria all'ordine pubblico secondo la sentenza delle sezioni unite, l'atto di nascita non potrà essere trascritto e l'ufficiale dello stato civile dovrà opporre rifiuto. In tale evenienza, qualora dalla documentazione che fosse stata presentata dovesse risultare che sussiste un legame genetico o biologico tra il neonato ed il genitore dichiarato tale nell'atto di nascita, anche per il nostro ordinamento potrà essere riconosciuta la validità del rapporto di filiazione di tale genitore, mentre non potrà essere

⁵⁹ In realtà le pronunce più recenti non sono affatto contrastanti ed anzi sono unanimi nel riconoscere e sottolineare l'attività dell'ufficiale dello stato civile vincolata dall'applicazione delle circolari ministeriale: oltre a Consiglio di Stato, sez. III, [sentenza del 1° dicembre 2016, n. 5047](#), citata nella decisione delle sezioni unite, si veda anche Consiglio di Stato, sez. III, [sentenze del 1° dicembre 2016, n. 5048](#); [del 26 ottobre 2016, n. 4478](#), nonché Corte di cassazione, sentenza n. 11696/2018, cit.

⁶⁰ Corte di cassazione, sentenza n. 12193/2019, cit.

riconosciuta nei confronti del genitore cosiddetto d'intenzione, il quale dovrà essere oMESSO nella trascrizione dell'atto di nascita, dandone formale comunicazione al medesimo per l'eventuale impugnazione, a meno che, anche in tal caso, non risulti un legame genetico o biologico con il minore. La stessa procedura dovrà essere applicata anche qualora insieme o successivamente all'atto di nascita fosse presentato un provvedimento formato all'estero nel quale risulti un rapporto di filiazione che presenti le suddette caratteristiche, sia cioè conseguenza ad una surrogazione di maternità: in ogni caso, si tratterebbe di fattispecie contraria all'ordine pubblico, non riconoscibile né trascrivibile.

Proviamo ad esaminare in pratica alcune diverse fattispecie che dovessero presentarsi, quando all'ufficiale dello stato civile fosse richiesta la trascrizione di un atto di nascita formato all'estero e/o riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale straniero nel quale fosse indicato quale genitore del bambino il genitore d'intenzione, che insieme al genitore biologico ne ha voluto la nascita all'estero: ricordiamo che la contrarietà all'ordine pubblico è data dal ricorso alla maternità surrogata, non dal sesso di coloro che vengono indicati come genitori. Tuttavia, nel caso i due genitori fossero maschi, la sussistenza della maternità surrogata risulterebbe incontestabile e l'ufficiale di stato civile sarebbe chiamato a dare applicazione ai principi affermati nella decisione delle sezioni unite: riconoscimento del genitore biologico ed omissione del genitore d'intenzione che potrà attivarsi per chiedere l'adozione ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184/1983. In pratica, l'atto di nascita straniero verrebbe trascritto parzialmente, riportando solamente quella parte con i relativi dati non in contrasto con l'ordine pubblico, mentre verrebbero oMESSI i dati relativi al genitore d'intenzione. Si verterebbe, infatti nella stessa situazione che ha provocato il contenzioso sfociato poi nella decisione delle sezioni unite e l'ufficiale dello stato civile non potrebbe che dare seguito alle indicazioni contenute nella sentenza.

Dobbiamo però ricordare che il ricorso alla maternità surrogata è molto più diffuso tra le coppie eterosessuali, coniugate, che ricorrono a tale pratica per problemi di infertilità: in tal caso, l'ufficiale di stato civile potrebbe averne notizia solamente dalla comunicazione della nostra autorità diplomatica o consolare nella trasmissione dell'atto di nascita nel quale i coniugi vengono indicati come genitori naturali, oppure da eventuali notizie che potrebbero comparire nella documentazione consegnata per la trascrizione. In base a tali indicazioni, la trascrizione potrebbe rispettare il padre, che dovrebbe avere fornito il proprio materiale genetico per la fecondazione della donna che ha portato avanti la gravidanza e partorito, ma dovrebbe omettere la madre che risulterebbe essere il genitore d'intenzione a seguito del ricorso alla maternità surrogata. Ovviamente la donna potrebbe impugnare il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile che tuttavia, anche in questo caso, avrebbe applicato la decisione delle sezioni unite: sarà il giudice a valutare la reale

sussistenza dell'ipotesi contraria all'ordine pubblico o sarà la donna quale genitore d'intenzione a fare ricorso all'adozione in casi particolari.

Infine, potrebbe essere richiesta la trascrizione dell'atto di nascita e/o riconoscimento di un provvedimento giurisdizionale straniero, nel quale fossero indicate due donne come madri, l'una quale partoriente e l'altra quale genitore d'intenzione. Tale situazione era stata la prima per la quale era stata imposta la trascrizione dell'atto di nascita, affermando un principio di diritto «la fattispecie nella quale una donna doni l'ovulo alla propria partner (con la quale, nella specie, è coniugata in Spagna) la quale partorisca, utilizzando un gamete maschile donato da un terzo ignoto, non costituisce un'ipotesi di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente ad entrambe le donne registrate come madri in Spagna (per averlo l'una partorito e per avere l'altra trasmesso il patrimonio genetico)»⁶¹: viene richiamata nell'ultima decisione delle sezioni unite a dimostrazione della tutela del minore e della irrilevanza del sesso dei genitori.

Successivamente, si era presentato il caso di due donne, l'una delle quale aveva portato avanti la gravidanza e partorito, mentre la compagna aveva partecipato al progetto genitoriale senza contributo genetico: era stato trascritto l'atto di nascita formato all'estero con la sola madre partoriente e chiesto il riconoscimento del provvedimento giurisdizionale con il quale veniva indicata come madre anche la compagna. La Corte di cassazione aveva assimilato tale fattispecie alla fecondazione eterologa, dichiarandone la non contrarietà all'ordine pubblico ed imponendo la trascrizione: «[n]on è contraria all'ordine pubblico (internazionale) la rettifica, in Italia, in conformità al corrispondente atto britannico già validamente rettificato, dell'atto di nascita di un minore registrato come figlio originariamente solo di una donna italiana e, successivamente, anche di un'altra, con stessa nazionalità, che, pur non avendo con lui alcun rapporto biologico, aveva con la prima contratto matrimonio all'estero»⁶²: tale decisione viene richiamata dalle sezioni unite nella sentenza del 2019 per escludere che possa trattarsi di ipotesi contraria all'ordine pubblico⁶³. Appare doveroso sottolineare che le decisioni delle singole sezioni richiamate nella sentenza delle sezioni unite fanno ritenere che non sussista contrasto con l'ordine pubblico, in quanto non avrebbe senso che in una sentenza in cui viene affrontato ed ampiamente dibattuto il tema della contrarietà all'ordine pubblico vengano richiamate decisioni precedenti, se non fossero immuni da qualsiasi elemento di contrarietà. Di recente, analoga problematica è stata di nuovo affrontata pure in un caso riguardante due donne, nelle quali è stata disposta la trascrizione dell'atto di nascita straniero, precisando che «al di fuori delle ipotesi in cui opera il divieto della

⁶¹ Corte di cassazione, sentenza n. 19599/2016, cit.

⁶² Corte di cassazione, sez. I civ., [sentenza del 15 giugno 2017, n. 14878](#).

⁶³ «[N]ell'escludere la contrarietà della rettifica all'ordine pubblico, quest'ultima sentenza ha infatti equiparato la fattispecie alla fecondazione eterologa»: Corte di cassazione, sentenza n. 12193/2019, cit.

surrogazione di maternità, l'insussistenza di un legame genetico o biologico con il minore nato all'estero non impedisca il riconoscimento del rapporto di filiazione con un cittadino italiano che abbia prestato il proprio consenso all'utilizzazione di tecniche di procreazione medicalmente assistita non consentite dal nostro ordinamento»⁶⁴: anche se tale decisione non viene richiamata dalle sezioni unite nell'ultima sentenza, sembra essere in linea con le precedenti decisioni e con la mancanza di contrarietà all'ordine pubblico non sussistendo ipotesi di maternità surrogata. Pertanto, alla luce della citata giurisprudenza e non risultando nessuna decisione contraria, sembrerebbe che nell'ipotesi in esame si possa procedere alla trascrizione dell'atto di nascita, rispettando la genitorialità delle due madri come indicate nell'atto formato all'estero o come risultanti nel provvedimento giurisdizionale formato all'estero.

Tuttavia, occorre anche far presente che sussiste anche in tale soluzione un residuo dubbio, risultante dal fatto che le decisioni, pure facendo riferimento alla stessa fattispecie, sono state pronunciate dalla singola sezione e non dalle sezioni unite, oltre al silenzio del Ministero dell'interno che non ha mai diramato indicazioni favorevoli in proposito: certamente, sarebbe auspicabile un orientamento in merito, considerando la rilevanza delle funzioni dell'ufficiale dello stato civile e la necessità di garantire uniformità di comportamento, nell'affrontare fattispecie sempre più complesse dove sono in gioco diritti fondamentali delle persone e principi fondanti del nostro ordinamento.

8. Conclusioni.

La Suprema Corte a sezioni unite è stata chiamata a pronunciarsi, nel giro di qualche anno, sulla stessa tematica che aveva già affrontato in precedenza. Nonostante il suggerimento proveniente dalla prima sezione nell'istanza di rimessione a favore di una revisione, almeno parziale, dell'orientamento espresso nel 2019, pur consapevole che almeno una parte della dottrina avrebbe gradito una maggiore apertura nei confronti della maternità surrogata, la Cassazione ha sostanzialmente riconfermato la precedente decisione. A ben vedere, la maternità surrogata era e resta fattispecie contraria all'ordine pubblico; la trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento straniero non è consentita (o lo è solamente in parte) sussistendo l'ipotesi di contrarietà all'ordine pubblico; il superiore interesse del minore deve ottenere la massima tutela, ma non fino al punto da derogare i principi fondamentali del nostro ordinamento; la soluzione per mantenere il rapporto anche con il genitore d'intenzione resta l'adozione ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184/1983, che ottiene nuovo impulso e nuova valenza dalla giurisprudenza costituzionale e si avvicina ad un rapporto di filiazione piena: certamente, le argomentazioni della sentenza del 2022 sono molto più approfondite ed estese e vengono affrontate tutte le tematiche in discussione con una visione completa, ma non si

⁶⁴ Corte di cassazione, sez. I civ., [sentenza del 23 agosto 2021, n. 23319](#).

può negare che la sentenza n. 38162 riprenda e confermi la linea già indicata con la sentenza n. 12193. Così come non erano mancate le critiche allora, certamente non mancheranno ora: si dovrebbe però considerare che un orientamento delle sezioni unite ripetuto nel tempo e ribadito, con alcuni aggiornamenti migliorativi, ampiamente argomentato e chiaramente esposto, dovrebbe rappresentare una sorta di «guida»⁶⁵ per affrontare, in futuro, le problematiche oggetto della decisione. Sappiamo bene che «la più alta espressione della funzione nomofilattica è esercitata dalle Sezioni Unite. Del resto, la ragione, forse unica, dell'intervento delle Sezioni Unite è proprio quella di consentire alla Corte suprema di esercitare appieno e al massimo livello la funzione nomofilattica»⁶⁶, ma vi è anche consapevolezza che «nel nostro ordinamento, ancor oggi, il precedente non è vincolante, e il giudice, ai sensi dell'art. 101 Cost., è soggetto solo alla legge. Dunque, il Tribunale o la Corte d'appello, investiti di analoga questione, potrebbero esprimere contrario avviso»⁶⁷: tuttavia dopo un orientamento costante, dopo due decisioni della Suprema Corte a sezioni unite che ripetono gli stessi indirizzi, crediamo che difficilmente potranno trovare spazio interpretazioni contrastanti dei giudici di merito.

Infine, risulta doveroso sottolineare ancora il ruolo fondamentale dell'ufficiale dello stato civile, chiamato a riconoscere e trascrivere gli atti di nascita e provvedimenti giurisdizionali formati all'estero, al fine di consentire la corretta registrazione degli *status* nel rispetto dei limiti del nostro ordinamento. In una problematica quale quella oggetto di valutazioni della Corte di cassazione a singola sezione ed a sezioni unite, ripetutamente affrontata nelle aule giudiziarie, ampiamente dibattuta da illustre dottrina, esaminata più volte dalla Corte costituzionale, alla fine sarà l'ufficiale dello stato civile che metterà in campo la propria professionalità, per svolgere il più correttamente possibile i propri adempimenti, dovendo tener conto di un quadro giuridico estremamente vasto. Si tratta di un compito non facile, anzi particolarmente complesso, che viene svolto con impegno e senso del dovere dall'ufficiale di stato civile: merita sicuramente attenzione e rispetto.

⁶⁵ «Si che, non appare azzardato ipotizzare che con questa ultima pronuncia i giudici di legittimità abbiano voluto offrirci delle utili “istruzioni”, che travalicando i “confini” della maternità surrogata, dovrebbero orientarci in ogni futura riflessione in tema di genitorialità»: G. RECINTO, *Le “istruzioni” per il futuro*, cit., p. 436.

⁶⁶ G. MICCOLIS, *Nomofilachia, Sezioni Unite e questione di «particolare importanza»*, in *Questione Giustizia*, 3 novembre 2020, reperibile [online](#).

⁶⁷ M. DOGLIOTTI, *Due padri e due madri*, cit., p. 676.

ABSTRACT: La sentenza della Cassazione a sezioni unite n. 38162/2022 affronta numerose problematiche con una visione molto ampia: dal limite dell'ordine pubblico nell'ipotesi della maternità surrogata, alla doverosa tutela del minore, dalla salvaguardia del genitore biologico, alla possibile soluzione dell'adozione di minore in casi particolari a favore del genitore d'intenzione, così da consentire la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero ed il rispetto, almeno parziale, dello *status filiationis*. Sarà comunque l'ufficiale dello stato civile chiamato ad un ruolo decisivo nel valutare se l'atto di nascita che verrà presentato ai fini della trascrizione rispetti i limiti indicati dalle sezioni unite e possa procedere al riconoscimento, seppur parziale, del rapporto di filiazione formatosi all'estero: si tratta di un compito non facile e di grande responsabilità. Proviamo ad approfondire la sentenza, con la necessaria attenzione agli adempimenti di competenza dell'ufficiale dello stato civile.

PAROLE CHIAVE: maternità surrogata; adozione in casi particolari; superiore interesse del minore; ordine pubblico; genitore d'intenzione.

The United Chambers of the Supreme Court between public order and protection of the child. The role of the civil registrar in the transcription of a birth certificate drawn up abroad

ABSTRACT: The judgment of the United Chambers of the Supreme Court no. 38162/2022 deals with numerous issues with a very broad vision: from the limit of public policy in the hypothesis of surrogate motherhood, to the dutiful protection of the child, from the safeguarding of the biological parent, to the possible solution of the adoption of a child in particular cases in favour of the intended parent, so as to allow the transcription of the birth certificate formed abroad and the respect, at least partial, of the status filiationis. It will however be the civil registrar who will be called upon to play a decisive role in assessing whether the birth certificate that will be presented for transcription respects the limits indicated by the United Sections and may proceed to the recognition, albeit partial, of the filiation relationship formed abroad: this is not an easy task and involves great responsibility. Let us try to go into the judgment in more detail, with the necessary attention to the fulfilments of the civil registrar's duties.

KEYWORDS: surrogacy; adoption in special cases; best interests of the child; public policy; intended parent.

Piattaforme di *e-commerce* e contraffazione di marchi: cambi di paradigma nel regime di responsabilità disciplinato dal diritto dell'Unione europea?

Diletta Danieli*

SOMMARIO: 1. La responsabilità degli intermediari *online* per violazione dei diritti del titolare di un marchio: inquadramento normativo tra disciplina armonizzata a livello UE e diritto nazionale. – 2. Il caso *Louboutin c. Amazon*: una decisione in controtendenza della Corte di giustizia. – 2.1. *Segue*. I profili di specialità del caso *Louboutin c. Amazon*: veri o presunti? – 3. Una panoramica delle iniziative più recenti per contrastare la contraffazione nelle vendite *online*. – 4. Considerazioni conclusive.

1. La responsabilità degli intermediari *online* per violazione dei diritti del titolare di un marchio: inquadramento normativo tra disciplina armonizzata a livello UE e diritto nazionale.

La molteplicità di intermediari che gestiscono piattaforme di vendita *online* e le modalità diversificate in cui essi offrono i loro prodotti e servizi sui mercati digitali¹

* Ricercatrice a tempo determinato (tipo B) di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Verona. Il presente contributo rientra nell'attività di ricerca del Team *The Fashion HUB* istituito nell'ambito del Progetto di Eccellenza 2018-2022 *Diritto, Cambiamenti e Tecnologie* del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Verona.

¹ Nel diritto dell'Unione sono state elaborate definizioni delle attività svolte nell'ambito della c.d. *platform economy*, tra cui è possibile ricordare, in particolare, la nozione di «servizi di intermediazione online» ai sensi dell'art. 2, n. 2 del [regolamento \(UE\) 2019/1150](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, caratterizzati dai seguenti requisiti: «a) [essere] servizi della società dell'informazione ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), della [direttiva \(UE\) 2015/1535](#) del Parlamento europeo e del Consiglio; b) [consentire] agli utenti commerciali di offrire beni o servizi ai consumatori, con l'obiettivo di facilitare l'avvio di transazioni dirette tra tali utenti commerciali e i consumatori, a prescindere da dove sono concluse dette transazioni; c) [essere] forniti agli utenti commerciali in base a rapporti contrattuali tra il fornitore di tali servizi e gli utenti commerciali che offrono beni e servizi ai consumatori». Più di recente, è altresì intervenuto il [regolamento \(UE\) 2022/2065](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), su cui si tornerà anche *infra*, par. 3, il quale, riprendendo le distinzioni di servizi intermediari già individuate nella risalente direttiva *e-commerce* ([direttiva 2000/31/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno), ha altresì fornito una nozione trasversale di «piattaforma online» intesa come «un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio o funzionalità minore del servizio principale e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione o funzionalità nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità del presente regolamento».

rappresentano realtà ormai consolidate nell'attuale contesto economico, che, tuttavia, sollevano questioni giuridiche in continua evoluzione, per le quali è necessario predisporre soluzioni talora non tradizionali o che richiedono adattamenti delle discipline già esistenti e applicabili agli scambi commerciali «fisici». In tale contesto, si intende affrontare il tema della responsabilità dei sopra menzionati intermediari rispetto a violazioni di diritti di proprietà intellettuale, in particolare di un marchio², che possono verificarsi tramite l'offerta di prodotti contraffatti sulle piattaforme di *e-commerce*, la quale costituisce un fenomeno, purtroppo, largamente diffuso in diversi settori industriali, in particolare in quello della moda e del lusso da cui origina la decisione della Corte di giustizia nel caso *Louboutin c. Amazon*³ che sarà analizzato nel prosieguo.

In via preliminare, è utile richiamare il perimetro normativo entro cui si inserisce la tematica in esame, distinguendo i concetti di responsabilità diretta e indiretta per contraffazione di un marchio, che costituiscono le categorie generali, anche alla luce dell'interpretazione della Corte di giustizia (almeno fino a questo momento), ai fini dell'attribuibilità dell'illecito. Tali profili assumono un carattere maggiormente problematico, per quanto qui interessa, laddove siano coinvolti intermediari *online*, come il gruppo Amazon, che operano come gestori di *marketplaces* «ibridi» in cui sono pubblicate sia offerte di venditori terzi sia proprie offerte, senza distinzione nella visualizzazione degli annunci in relazione alla diversa origine. Spesso tali intermediari offrono, altresì, ai venditori terzi un servizio integrato che, oltre all'assistenza nella presentazione degli annunci, include lo stoccaggio e spedizione dei prodotti. Non appare infatti agevole configurare, da un lato, la responsabilità diretta in capo al soggetto ritenuto

² L'ambito di indagine del presente lavoro intende focalizzarsi su questa categoria di diritti di proprietà intellettuale, sebbene il tema della responsabilità degli intermediari *online* sia trattato diffusamente anche in relazione alle casistiche di violazione del diritto d'autore. Rispetto ad esse, è possibile qui solo menzionare la modifica legislativa introdotta con la previsione (non scevra da conseguenze controverse) di cui all'art. 17 della [direttiva \(UE\) 2019/790](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale, che contempla un'eccezione di inapplicabilità della limitazione della responsabilità di cui all'art. 14, par. 1, della citata direttiva *e-commerce* laddove il prestatore di servizi di condivisione di contenuti *online* effettui «un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico» consistente nella concessione dell'accesso ad opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti. (ciò sulla base anche di una precedente giurisprudenza della Corte di giustizia che ha interpretato estensivamente la nozione di «comunicazione al pubblico» includendovi condotte accessorie degli intermediari online: cfr. sentenza del 14 giugno 2017, [causa C-610/15](#), *Stichting Brein c. Ziggo BV e XS4All Internet BV*, EU:C:2017:456, e, successivamente, anche sentenza della Grande Sezione del 22 giugno 2021, [cause riunite C-682/18 e C-683/18](#), *Frank Peterson c. Google LLC e a. e Elsevier Inc. c. Cyando AG*, EU:C:2021:503). Per approfondimenti su tale prospettiva, nonché per ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia, *ex multis*, a Z. KROKIDA, *Internet Service Provider Liability for Copyright and Trade Mark Infringement. Towards an EU Co-Regulatory Framework*, Oxford-New York, 2022; G.M. RUOTOLO, *A Season in the Abyss. Il nuovo copyright UE tra libertà di informazione, diritti fondamentali e mercato unico digitale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, pp. 367-394; S. KULK, *Internet Intermediaries and Copyright Law: EU and US Perspectives*, Alphen aan den Rijn, 2019.

³ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 22 dicembre 2022, [cause riunite C-148/21 e C-184/21](#), *Christian Louboutin c. Amazon Europe Core Sàrl, Amazon EU Sàrl, Amazon Services Europe Sàrl* (C-148/21) e *Amazon.com Inc., Amazon Services LLC* (C-184/21), EU:C:2022:1016.

autore della contraffazione attraverso la commercializzazione, sulla piattaforma di *e-commerce*, di un prodotto in violazione dei diritti del titolare di un marchio registrato oppure, dall'altro lato, una responsabilità indiretta per la quale è necessario stabilire una qualche forma di «intervento» nella condotta illecita, in termini di conoscenza e controllo della stessa, da parte del soggetto che esercita il servizio di intermediazione *online*.

Con riguardo al regime di responsabilità diretta, oggetto di approfondimento in questo lavoro, la pertinente disciplina va individuata nel diritto derivato dell'Unione in materia di marchi⁴ comprendente, come è noto, il regolamento (UE) 2017/1001⁵ (in seguito, anche «RMUE») e la direttiva (UE) 2015/2436⁶. Entrambi gli strumenti conferiscono al titolare diritti esclusivi che permettono di vietare a terzi l'uso nel commercio, in relazione a prodotti o servizi, di segni simili o identici al marchio registrato (così, rispettivamente, gli artt. 9, par. 2 del RMUE e 10, par. 2 della direttiva 2015/2436), fornendo anche un'elencazione, di carattere non tassativo, di comportamenti che possono costituire tipi di «uso» vietato, tra i quali sono inclusi «l'offerta, l'immissione in commercio o lo stoccaggio dei prodotti a tali fini»⁷, nonché «l'uso del segno nella corrispondenza commerciale o nella pubblicità»⁸.

Diversamente, la responsabilità indiretta si riferisce, come anticipato, ad attività che forniscono un contributo, o comunque facilitano, la violazione dei diritti di marchio nei termini sopra chiariti, la cui regolamentazione è lasciata, sostanzialmente, alle legislazioni dei singoli Stati membri e, solo per alcuni profili, oggetto di armonizzazione da parte del diritto dell'Unione, di cui sono di seguito forniti brevi cenni⁹. Innanzitutto, rileva la direttiva del 2000 sul commercio elettronico¹⁰ (attualmente vigente, ma destinata ad essere sostituita dal nuovo regolamento sui servizi digitali¹¹), che sancisce alcune ipotesi di esonero dalla responsabilità degli intermediari *online*, le quali si riflettono, in sede di attuazione, sulla disciplina prevista a livello nazionale. Si tratta, in sintesi, delle

⁴ Per un'analisi complessiva, v., per tutti, J. PILA, *Seville's EU Intellectual Property Law and Policy*, Cheltenham-Northampton, 2022, pp. 348-527.

⁵ [Regolamento \(UE\) 2017/1001](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, sul marchio dell'Unione europea (codificazione).

⁶ [Direttiva \(UE\) 2015/2436](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa (rifusione).

⁷ Art. 9, par. 3, lett. *b* del RMUE e, in termini analoghi, art. 10, par. 3, lett. *b* della direttiva 2015/2436.

⁸ Art. 9, par. 3, lett. *e* del RMUE e, in termini analoghi, art. 10, par. 3, lett. *e* della direttiva 2015/2436.

⁹ Al riguardo cfr. più ampiamente, M. PEGUERA, *Approaches to Secondary Liability for Trademark Infringement. A Limited Harmonization under European Union Law*, in I. CALBOLI, J.C. GINSBURG (eds.), *The Cambridge Handbook of International and Comparative Trademark Law*, Cambridge, 2020, pp. 525-537.

¹⁰ Direttiva 2000/31/CE, cit., sulla quale si veda, in generale, A.R. LODDER, *Directive 2000/31/EC on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in particular Electronic Commerce in the Internal Market*, in A.R. LODDER, A.D. MURRAY (eds.), *EU Regulation of E-Commerce. A Commentary*, 2nd ed., Cheltenham-Northampton, 2022, pp. 18-63.

¹¹ Su cui v. *infra*, par. 3.

condotte descritte come «mere conduit», «caching» e «hosting»¹² che, pur in misura diversa, non vedono un coinvolgimento «attivo» dell'intermediario rispetto alle informazioni trasmesse o memorizzate sulla rete di comunicazione e, pertanto, non sono tali da far insorgere a suo carico un obbligo generale di sorveglianza *ex ante*, né di ricerca di fatti o circostanze che indichino attività illecite, come stabilito dall'art. 15 della direttiva. Inoltre, la direttiva c.d. *enforcement* del 2004¹³ impone agli Stati membri di istituire un rimedio ingiuntivo che possa essere invocato nei confronti di intermediari (in questo caso, sia *online*, sia *offline*) i cui servizi siano utilizzati da terzi per commettere violazioni di diritti di proprietà intellettuale (art. 11). La disposizione non si occupa della questione preliminare dell'insorgenza della responsabilità indiretta; tuttavia, è tale da incidere in qualche misura sulla stessa tramite l'introduzione della possibilità, per le autorità giudiziarie nazionali, di emettere ingiunzioni allo scopo di porre fine alle suddette violazioni, rimettendo comunque la definizione delle relative condizioni e modalità procedurali a ciascuno Stato membro.

Alla luce del quadro normativo tracciato, appare chiaro come l'individuazione dei confini della responsabilità dell'intermediario *online* sia di fondamentale importanza e richieda di operare un bilanciamento tra l'interesse pubblico di garantire la disponibilità dei servizi offerti dalle piattaforme, senza imporre obblighi generali di controllo sulle attività dei propri utenti, a beneficio della concorrenza e dei consumatori, da un lato, e la necessità di tutelare adeguatamente i diritti esclusivi del titolare del marchio, dall'altro. L'elemento determinante attorno al quale ruota la distinzione risiede nella nozione di «uso» del marchio nel commercio che il titolare può legittimamente vietare a terzi, ai sensi dei citati artt. 9, par. 2 del RMUE e 10, par. 2 della direttiva 2015/2436, i cui requisiti sono da individuarsi in un uso del segno identico al marchio nel commercio, in relazione a prodotti o servizi, che sia idoneo a compromettere una o più delle funzioni essenziali del marchio stesso¹⁴. Qualora la condotta dell'intermediario *online* sia tale da costituire un «uso» del marchio altrui nel senso appena precisato, insorgerà una sua responsabilità diretta. Altrimenti, essa rimarrà valutabile sulla base del diverso titolo della responsabilità indiretta, essenzialmente regolata dal diritto nazionale nel rispetto dei limiti negativi e positivi sanciti, rispettivamente, dalla direttiva *e-commerce* e dalla direttiva *enforcement*. Va in ogni caso precisato che i regimi di responsabilità in esame rimangono in un rapporto di indipendenza reciproca e ciò dovrebbe valere, almeno astrattamente, anche con

¹² Disciplinate, rispettivamente, agli artt. 12, 13 e 14 della direttiva 2000/31/CE.

¹³ [Direttiva 2004/48/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, su cui v. *amplius* Y.H. LEE, *Directive 2004/48/EC on the enforcement of intellectual property rights*, in A.R. LODDER, A.D. MURRAY (eds.), *EU Regulation of E-Commerce. A Commentary*, Cheltenham-Northampton, 2017, pp. 100-127.

¹⁴ Per un approfondimento della tematica delle funzioni del marchio nell'ordinamento UE e in quello statunitense, si rinvia, rispettivamente, a A. KUR, *Trademark Functions in European Union Law*, in I. CALBOLI, J.C. GINSBURG (eds.), *The Cambridge Handbook*, cit., pp. 162-177, e G.B. DINWOODIE, *The Function of Trademarks in the United States*, *ivi*, pp. 178-191.

riferimento a gestori di *marketplaces* dal carattere «integrato» che offrono una varietà di servizi ai propri utenti commerciali, con la conseguenza che, sebbene tali intermediari non siano facilmente inquadrabili nelle categorie di prestatori di servizi «neutrali» che rientrano nei *safe harbours* di cui alla direttiva *e-commerce*, ad essi non dovrebbe attribuirsi, in via automatica, una condotta di «uso» vietato di un marchio registrato nel quadro della propria attività di gestione della piattaforma.

Rispetto alle accennate difficoltà di classificazione, la Corte di giustizia è stata chiamata ad intervenire in più occasioni, interpretando gli artt. 9, par. 2 del RMUE e 10, par. 2 della direttiva 2015/2436¹⁵ sulla base di elementi che richiedono, da parte dell'intermediario, un comportamento attivo e un controllo, diretto o indiretto, sull'atto che costituisce l'uso del marchio registrato, nonché, quantomeno, un utilizzo del segno nella propria comunicazione commerciale. Il primo profilo si giustifica in ragione del fatto che solo un soggetto terzo che detenga un simile controllo è «effettivamente in grado di far cessare»¹⁶ l'uso vietato e, di conseguenza, conformarsi al dettato della citata disposizione. Alla luce di questo principio è stata, ad esempio, valutata la posizione di un'officina che, successivamente alla risoluzione di un contratto di licenza tramite cui le era stato concesso di utilizzare il marchio figurativo internazionale «Mercedes-Benz», non era riuscita ad ottenere, da parte di un gestore di pubblicità *online*, la modifica nei propri annunci della dicitura di «officina autorizzata Mercedes-Benz», non potendosi in tali circostanze concludere che la comparsa di tali annunci fosse (ancora) imputabile all'officina che li aveva commissionati quale «uso» del marchio¹⁷. Allo stesso modo, non è stato ritenuto che una società di avvocati, la quale aveva fatto pubblicare un annuncio *online* recante pregiudizio ad un marchio registrato da un'altra società di avvocati per servizi giuridici, facesse «uso» del suddetto segno nella misura in cui l'annuncio in questione era stato ripreso e pubblicato su altri siti internet da parte dei relativi gestori, di propria iniziativa¹⁸.

Inoltre, secondo la Corte di giustizia, il requisito dell'utilizzo del marchio nella propria comunicazione commerciale non può fondarsi unicamente sul fatto che l'intermediario *online* crei le condizioni tecniche necessarie per l'uso di un segno identico

¹⁵ In alcune pronunce, la Corte di giustizia ha affrontato tali questioni interpretative con riferimento alla normativa UE in materia di marchi precedentemente vigente (in particolare, il [regolamento \(CE\) n. 207/2009](#) e la [direttiva 2008/95/CE](#), e, ancor prima, il [regolamento \(CE\) n. 40/94](#) e la [direttiva 89/104/CEE](#)), ma i relativi principi valgono anche rispetto agli atti oggi applicabili, stante il medesimo tenore delle corrispondenti disposizioni.

¹⁶ Corte di giustizia, sentenza del 3 marzo 2016, [causa C-179/15](#), *Daimler AG c. Egiyid Garage Gépjárműjavító és Értékesítő Kft*, EU:C:2016:134, punto 41 (in dottrina, B. CLARK, R. WILKINSON-DUFFY, *What's the use? CJEU clarifies the meaning of 'use of a trade mark'*, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2016, pp. 724-726).

¹⁷ Sentenza *Daimler*, cit.

¹⁸ Corte di giustizia, sentenza del 2 luglio 2020, [causa C-684/19](#), *mk advokaten GbR c. MBK Rechtsanwälte GbR*, EU:C:2020:519, su cui *amplius* A. TRAPOVA, *Limiting liability for trade mark infringement online: the CJEU further clarifies the scope of 'trade mark use': Case C-684/19 mk advokaten GbR v MBK Rechtsanwälte GbR*, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2020, pp. 769-770.

o simile ad un marchio registrato, o in quanto esso fornisce un servizio, dietro pagamento, che permette ai propri utenti di fare uso del segno nelle loro attività commerciali¹⁹. In questo senso, si è quindi esclusa la responsabilità diretta per violazione di un marchio in capo ad intermediari come Google, con riferimento al servizio di posizionamento tramite il quale memorizza, per conto dei clienti inserzionisti, segni identici a marchi registrati come parole chiave, organizzandone la relativa visualizzazione²⁰, nonché ad un *marketplace* «puro» come eBay, sul cui sito compaiono offerte che provengono dai clienti venditori terzi e che riguardano prodotti recanti un segno identico o simile ad un marchio registrato²¹. A tale proposito, si è ritenuto che l'«uso» vietato ai sensi degli artt. 5 della direttiva 89/104 e 9 del regolamento n. 40/94, vigenti all'epoca di fatti, dovesse configurarsi in capo ai venditori terzi, clienti di eBay, e non a quest'ultimo²².

La diversa condotta di eBay consistente nella selezione, nel motore di ricerca Google, di parole chiave corrispondenti al marchio oggetto della violazione per far comparire un *link* pubblicitario verso il proprio *marketplace* e promuoverne il servizio è stata invece considerata come facente parte della comunicazione commerciale propria dell'intermediario stesso, ponendo in essere, in tale circostanza, un «uso» vietato dalle norme sopra menzionate²³. Al riguardo, nell'interpretazione del requisito del pregiudizio ad una o più delle funzioni essenziali del marchio, derivante dall'utilizzo delle parole chiave corrispondenti allo stesso, è stata posta particolare attenzione alla prospettiva dell'utente di internet «normalmente informato e ragionevolmente attento», quale destinatario della comunicazione commerciale del gestore della piattaforma *online*, che funge da parametro per stabilire se l'uso del segno identico o simile ad un marchio registrato sia percepito come integrato nell'attività di tale intermediario²⁴.

¹⁹ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 23 marzo 2010, [cause riunite da C-236/08 a C-238/08](#), *Google France SARL e Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08), *Google France SARL c. Viaticum SA e Luteciel SARL* (C-237/08) e *Google France SARL c. Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL e altri* (C-238/08), EU:C:2010:159, punti 56-57 (per ulteriori commenti, v, tra gli altri, M. TAVELLA, S. BONAVITA, *La Corte di giustizia sul caso "AdWords": tra normativa marchi e commercio elettronico*, in *Il Diritto industriale*, 2010, pp. 441-449; M. RICOLFI, *Motori di ricerca, link sponsorizzati e diritto dei marchi: il caso Google di fronte alla Corte di giustizia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, pp. 1603-1610; C. VOLKMANN, *Trademark Use and Liability of Referencing Service in Keyword Advertising - Google AdWords and Trademark Law*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2011, pp. 450-454); Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 2 luglio 2011, [causa C-324/09](#), *L'Oréal SA e altri c. eBay International AG e altri*, EU:C:2011:474, punto 102 (in dottrina, M. SCHRIJVERS, *European Court Rules on the Position of eBay Regarding the Sale of Infringing Products: L'Oréal v eBay*, in *European Intellectual Property Review*, 2011, pp. 723-724; D. LIEVENS, *L'Oréal v. eBay - Welcomed in France, Resented in England*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2012, pp. 68-76).

²⁰ Sentenza *Google France*, cit.

²¹ Sentenza *L'Oréal*, cit.

²² *Ivi*, punto 103.

²³ *Ivi*, punti 84-97.

²⁴ *Ivi*, punto 94. Tale criterio è stato richiamato, in precedenza, anche nella citata sentenza *Google France*, punti 84-85.

Nei casi citati, rispetto ad entrambi gli intermediari Google ed eBay, la Corte ha comunque ricordato la possibilità di ritenere sussistente una loro responsabilità indiretta, rimettendo al giudice nazionale la valutazione sul punto, alla luce della normativa interna applicabile, nel rispetto delle previsioni già richiamate delle direttive *e-commerce* ed *enforcement*.

Ancora, con riferimento alla peculiare tipologia di *marketplace* gestita dal gruppo Amazon, la Corte di giustizia si è pronunciata in relazione all'ipotesi di magazzinaggio, per conto di clienti venditori terzi, di prodotti che violano un diritto di marchio altrui, senza essere a conoscenza della contraffazione, affermando che ciò non costituisce un «uso» del segno nella propria comunicazione commerciale, vietato dall'art. 9, par. 2 del RMUE, in particolare non essendo riconducibile ad Amazon un'attività di «stoccaggio» di tali prodotti finalizzata alla loro offerta in vendita o immissione in commercio (uso attribuibile, invece, in capo ai venditori terzi)²⁵.

Dalla giurisprudenza UE appena richiamata si evincono quindi i principi fondamentali sulla base dei quali è stata ricostruita la nozione di «uso» di segni identici o simili ad un marchio registrato che possono essere legittimamente vietati a terzi, nei termini di cui agli artt. 9, par. 2 del RMUE e 10, par. 2 della direttiva 2015/2436. Pur con taluni margini di incertezza, essi si sono progressivamente consolidati e sono stati nuovamente sottoposti all'esame della Corte di giustizia nel caso *Louboutin c. Amazon*, che si caratterizza per alcuni profili innovativi rispetto ai precedenti illustrati.

2. Il caso *Louboutin c. Amazon*: una decisione in controtendenza della Corte di giustizia.

La controversia trae origine da due distinti procedimenti inibitori e risarcitori promossi nel 2019, rispettivamente in Lussemburgo e in Belgio, dal noto *designer* di calzature di alta gamma Christian Louboutin nei confronti delle società che compongono il gruppo Amazon (di seguito, anche «Amazon»), invocando una violazione dei diritti esclusivi di cui è titolare in forza del marchio, registrato in Benelux²⁶ e in seguito

²⁵ Corte di giustizia, sentenza del 2 aprile 2020, [causa C-567/18](#), *Coty Germany GmbH c. Amazon Services Europe Sàrl e a.*, EU:C:2020:267, punti 45-48. Va precisato, tuttavia, che l'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, nelle conclusioni del 28 novembre 2019 nella [medesima causa](#), EU:C:2019:1031, aveva avanzato una ricostruzione alternativa della questione fondata sul ruolo attivo che il gruppo Amazon avrebbe assunto nella commercializzazione dei prodotti, con conseguente controllo sull'offerta in vendita che avrebbe comportato una sua responsabilità diretta, su cui si tornerà più ampiamente *infra*, par. 2.1. Per un commento al caso in esame, v. A. FRATTI, R. TRAINA CHIARINI, *Oltre il mero stoccaggio di prodotti in contraffazione di marchio: una riflessione sul caso Amazon deciso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *MediaLaws*, 2020, n. 2, pp. 305-315, reperibile [online](#); M. HOWARD, M. HYLAND, *The boundaries of "use": when do e-commerce platforms become liable for trade mark infringement? – Coty Germany GmbH v Amazon Services Europe Sarl (C-567/18)*, in *European Intellectual Property Review*, 2020, pp. 849-855.

²⁶ Reperibile a [questa pagina](#) nella banca dati del *Benelux Office for Intellectual Property* (BOIP).

nell'Unione europea²⁷, consistente nel colore rosso Pantone 18.1663TP applicato alla suola di una scarpa con tacco alto²⁸. Più precisamente, la contestata lesione sarebbe fondata sull'art. 9, par. 2 del RMUE e deriverebbe da un uso, senza il consenso dello stilista, di un segno identico al marchio registrato, per prodotti identici, imputabile ad Amazon in conseguenza della pubblicazione, sul proprio *marketplace*, di offerte di venditori terzi relative ai prodotti contraffatti e della detenzione, spedizione e consegna degli stessi. Secondo il ricorrente, ciò si giustificerebbe in ragione del ruolo attivo dell'intermediario nelle condotte descritte, nonché nell'integrazione, nella propria comunicazione commerciale, delle pubblicità dei prodotti contraffatti; secondo la difesa di Amazon, invece, il proprio modello di *business* non sarebbe diverso da quello di altri gestori di piattaforme di *e-commerce*, quale ad esempio eBay, ritenendo quindi applicabile la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia e le esclusioni della responsabilità diretta degli intermediari *online* nei termini sopra chiariti.

Riconoscendo, tuttavia, alcune specificità rispetto alle ipotesi già oggetto di interpretazione da parte della Corte²⁹, i giudici nazionali aditi hanno formulato una serie di questioni pregiudiziali, in larga misura coincidenti, volte a chiarire se la compresenza sul *marketplace* di Amazon di offerte proprie e di venditori terzi sia tale da far concludere che sia lo stesso gestore a fare «uso» di un segno identico al marchio dell'Unione europea detenuto dallo stilista Louboutin, qualora venditori terzi offrano in vendita sulla piattaforma prodotti contraffatti, senza il consenso del titolare del marchio. Al riguardo, nei quesiti si evidenziano elementi che potrebbero risultare rilevanti nella valutazione, in particolare la presentazione uniforme di tutte le offerte sul *marketplace* di Amazon, sulle quali è esposto il suo logo quale noto distributore, e la prestazione, da parte del gestore, di servizi aggiuntivi per i venditori terzi che comprendono l'assistenza nella presentazione degli annunci, lo stoccaggio e la spedizione dei prodotti, nonché

²⁷ Reperibile a [questa pagina](#) nella banca dati dell'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO).

²⁸ Il marchio Benelux di cui lo stilista Louboutin è titolare è stato oggetto di analisi da parte della Corte di giustizia anche in un altro rinvio pregiudiziale, relativo alla diversa questione della sua registrabilità alla luce del motivo di nullità assoluto previsto dall'art. 3, par. 1, lett. e, iii, della citata direttiva 2008/95/CE, applicabile ai segni costituiti «dalla forma che dà un valore sostanziale al prodotto» e ritenuto non sussistente in ragione del fatto che il marchio non poteva dirsi costituito esclusivamente dalla forma del prodotto in questione: così Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 12 giugno 2018, [causa C-163/16, Christian Louboutin e Christian Louboutin SAS c. Van Haren Schoenen BV](#), EU:C:2018:423, su cui v. C. GOMMERS, E. DE PAUW, M. MARIANO, *Louboutin v Van Haren: white flag for red soles or provisional truce?*, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2018, pp. 909-916; L. BRANCUSI, *Trade marks' functionality in EU law: expected new trends after the Louboutin case*, in *European Intellectual Property Review*, 2019, pp. 98-106; sia altresì consentito il rinvio a D. DANIELI, *Louboutin's "Red Sole" strikes back: osservazioni a margine della causa C-163/16*, in questa *Rivista*, 2018, Edizione speciale, pp. 21-31, reperibile [online](#).

²⁹ Su cui v. anche *infra*, par. 2.1.

l'eventuale incidenza, in tale contesto, della percezione degli utenti (consumatori) della piattaforma di *e-commerce*³⁰.

Affrontando le questioni in esame, la Corte di giustizia, dopo aver richiamato i principi interpretativi individuati, tra le altre, nelle citate decisioni *Daimler*, *L'Oréal e Coty Germany*, ha effettivamente ritenuto esistenti taluni profili distintivi nel caso di specie. In primo luogo, pur essendo il gruppo Amazon coinvolto nel precedente *Coty Germany*, in tale fattispecie era del tutto estraneo all'offerta e commercializzazione dei prodotti contraffatti, non avendo fornito al venditore terzo nemmeno il servizio aggiuntivo di consegna degli stessi, che era stata gestita da soggetti esterni³¹. In secondo luogo, dalle domande pregiudiziali era emersa l'indicazione di valutare espressamente la valenza del modello di *marketplace* «ibrido» gestito da Amazon in cui sono presenti offerte del medesimo intermediario e di terzi³². In considerazione di ciò, e seppur premettendo che, in ultima analisi, sia compito dei giudici del rinvio stabilire se, alla luce delle specifiche circostanze fattuali, al gruppo Amazon possa essere imputato un uso del marchio del designer Louboutin vietato dalla normativa UE di riferimento, la Corte ha fornito alcune delucidazioni inedite nell'interpretazione di tale disposizione, che si sono significativamente discostate anche dalla posizione assunta dall'Avvocato generale Szpunar nelle proprie conclusioni³³.

Con riferimento alla comunicazione commerciale dell'intermediario, è stata riconosciuta come determinante la prospettiva del suo destinatario, vale a dire l'utente della piattaforma normalmente informato e ragionevolmente attento, al fine di stabilire, nel caso in cui egli possa considerare i prodotti contraffatti come offerti in vendita dal gestore in nome proprio, un collegamento tra i servizi di quest'ultimo e il marchio oggetto della violazione³⁴. In proposito, secondo la Corte risultano particolarmente importanti, da un lato, la modalità di presentazione degli annunci sulla piattaforma Amazon e, dall'altro, la natura e la portata dei servizi aggiuntivi prestati da Amazon ai venditori terzi che operano sul suo *marketplace*.

³⁰ Per un'analisi antecedente alle conclusioni rese dall'Avvocato generale Szpunar e alla decisione della Corte di giustizia, cfr. gli *opinion pieces* di A. OHLY, *Red soles, a marketplace and the categories of trade mark liability: Louboutin v Amazon before the CJEU*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2022, pp. 575-585, e E. ROSATI, *The Louboutin/Amazon cases (C-148/21 and C-184/21) and primary liability under EU trade mark law*, in *European Intellectual Property Review*, 2022, pp. 434-439.

³¹ Sentenza *Louboutin c. Amazon*, cit., punto 33.

³² *Ivi*, punti 34-36.

³³ Avvocato generale Szpunar, conclusioni del 2 giugno 2022, [cause riunite C-148/21 e C-184/21](#), *Christian Louboutin c. Amazon Europe Core Sàrl, Amazon EU Sàrl, Amazon Services Europe Sàrl (C-148/21) e Amazon.com Inc., Amazon Services LLC (C-184/21)*, EU:C:2022:422.

³⁴ Sul punto, la Corte ha precisato l'irrelevanza del fatto che, nella propria precedente giurisprudenza, non avesse fatto esplicito riferimento al punto di vista dell'utente della piattaforma *online* cui è rivolta la comunicazione commerciale dell'intermediario, affermando come da ciò non si potesse desumere, *a contrario*, che tale parametro non fosse stato preso in considerazione: sentenza *Louboutin c. Amazon*, cit., punti 45-46.

Quanto al primo aspetto, elementi quali l'uniformità della presentazione degli annunci e l'apposizione, su di essi, del logo del gestore della piattaforma sono stati ritenuti tali da poter rendere difficile distinguere tra i prodotti offerti in vendita direttamente da Amazon o da venditori terzi, con la conseguenza che l'utente normalmente informato e ragionevolmente attento potrebbe percepire anche i prodotti provenienti da venditori terzi come commercializzati dal gestore in nome proprio e, quindi, che esista il collegamento tra i servizi prestati e il segno identico al marchio altrui di cui si è detto sopra³⁵. La suddetta percezione risulterebbe altresì rafforzata dall'integrazione, da parte di Amazon, degli annunci di venditori terzi nell'attività di promozione dei prodotti attraverso il loro inserimento negli elenchi dei «più venduti», «più popolari» e simili, unitamente alle proprie offerte e senza distinzioni in ragione della diversa origine³⁶. Tali considerazioni sono di tenore opposto rispetto a quanto sostenuto nelle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, a parere del quale, pur essendo pacifiche la presentazione uniforme delle offerte sulla piattaforma Amazon e la presenza, su tutte, del logo del gestore, un utente normalmente informato e ragionevolmente attento, proprio alla luce della notorietà del gruppo Amazon quale gestore di un *marketplace*, oltre che di distributore, non sarebbe portato a ritenere gli annunci dei venditori terzi recanti il segno in violazione del marchio come parte integrante della comunicazione commerciale del gestore della piattaforma³⁷. Analoga valutazione è svolta dall'Avvocato generale riguardo l'integrazione delle offerte nelle attività promozionali delle stesse, che sarebbe percepita unicamente come una misura propria dell'organizzazione e configurazione della piattaforma³⁸.

Volgendo poi l'attenzione al secondo aspetto, relativo ai servizi prestati, nel complesso, dal gruppo Amazon, tra cui la gestione dei rapporti con gli utenti consumatori, nonché lo stoccaggio, la spedizione e i resi delle merci, la Corte di giustizia parimenti evidenzia come essi siano in grado di ingenerare l'impressione, in un utente normalmente informato e ragionevolmente attento, che i prodotti contraffatti offerti in vendita da terzi siano commercializzati dal gestore della piattaforma in nome proprio. Si potrebbe, infatti, nuovamente stabilire un collegamento tra i servizi di quest'ultimo e il segno identico al marchio altrui presente sui prodotti in questione³⁹. Sul punto, secondo l'Avvocato generale Szpunar, sarebbe invece stato necessario confermare la decisione assunta della Corte nel citato caso *Coty Germany*: la prestazione di servizi ulteriori, quali la consegna dei prodotti per conto del venditore terzo, rispetto all'ipotesi di mero stoccaggio degli stessi già valutata in quel precedente, non avrebbe dovuto portare a conclusioni diverse, essendo entrambe condotte che non costituiscono, da parte di Amazon, un uso vietato del

³⁵ *Ivi*, punto 51.

³⁶ *Ivi*, punto 52.

³⁷ Conclusioni Avvocato generale Szpunar, *Louboutin c. Amazon*, cit., punto 86.

³⁸ *Ivi*, punto 88.

³⁹ Sentenza *Louboutin c. Amazon*, cit., punto 55.

marchio altrui ai sensi dell'art. 9, par. 2 del RMUE, né singolarmente né complessivamente considerate⁴⁰.

La Corte di giustizia giunge pertanto ad affermare che al gestore di una piattaforma di *e-commerce*, in cui coesistono annunci propri e di venditori terzi, possa attribuirsi un «uso» di un segno identico ad un marchio UE registrato, in relazione a prodotti identici, di cui all'art. 9, par. 2, lett. *a* del RMUE, derivante dalla commercializzazione sul *marketplace*, da parte del venditore terzo, di prodotti contraffatti, senza il consenso del titolare del marchio. Ciò avviene ogniqualvolta un utente normalmente informato e ragionevolmente attento abbia la percezione che sia il gestore della piattaforma a porre in vendita, a proprio nome, la merce in questione. Come anticipato, si tratta di un importante allontanamento dai principi espressi nella giurisprudenza consolidata in materia di responsabilità diretta degli intermediari *online* per violazione di un marchio, che potrebbe renderne maggiormente incerti i confini con il regime della responsabilità indiretta, ricomprendendo ipotesi che, sulla base delle precedenti decisioni, sarebbero rimaste eventualmente valutabili alla luce di questa seconda categoria.

2.1. Segue. I profili di specialità del caso *Louboutin c. Amazon*: veri o presunti?

Ponendo a confronto la decisione nel caso *Louboutin c. Amazon* con le pronunce esaminate nelle quali la responsabilità diretta degli intermediari *online* per uso del marchio altrui era stata sinora sempre esclusa, è interessante valutare se gli elementi di specificità esistenti nella fattispecie in esame, ricollegabili alle peculiarità del gruppo Amazon quale gestore di un *marketplace* «ibrido», siano tali da giustificare la diversa conclusione raggiunta dalla Corte di giustizia nei termini sopra illustrati.

Nel citato precedente *Coty Germany*, il giudice dell'Unione aveva già affrontato una fattispecie riguardante la possibile responsabilità diretta della piattaforma Amazon per contraffazione di un marchio. In quel caso, tuttavia, era rimasta sostanzialmente non indagata la questione della duplice «natura» dell'intermediario fondata sulla presenza contestuale (e presentata in modo uniforme) di un canale di vendita *retail*, in cui Amazon opera come rivenditore in proprio dei prodotti, e di un *marketplace*, in cui si trovano prodotti di venditori terzi da questi offerti e commercializzati verso i clienti finali. L'approccio seguito si era infatti caratterizzato per la preferenza verso una nozione oggettiva di «uso» del marchio ai sensi dell'art. 9, par. 2 del regolamento (CE) n. 207/2009, applicabile ai fatti di causa⁴¹, ribadendo la necessaria sussistenza dei due requisiti, già ricordati, del controllo, diretto e indiretto, da parte del terzo sull'atto che costituisce l'uso vietato e dell'utilizzo del segno identico al marchio quantomeno

⁴⁰ Conclusioni Avvocato generale Szpunar, *Louboutin c. Amazon*, cit., punti 93-94.

⁴¹ Già prima, la Corte di giustizia si era pronunciata nello stesso senso nella sentenza *L'Oréal*, cit., punti 102-103, con riferimento però al *marketplace* gestito da eBay.

nell'ambito dalla propria comunicazione commerciale⁴². L'Avvocato generale Sánchez-Bordona nel medesimo caso aveva invece introdotto il parametro, di natura soggettiva, della percezione dell'«internauta normalmente informato e ragionevolmente avveduto», che potrebbe avere difficoltà a distinguere se i prodotti offerti sul sito di Amazon provengano dal titolare del marchio oppure da un terzo, con conseguente pregiudizio alla funzione essenziale del marchio consistente nell'indicazione di origine del prodotto⁴³. Tale prospettiva è stata, come si è visto, ripresa e discussa nel caso *Louboutin c. Amazon* anche dalla Corte di giustizia, oltre che dall'Avvocato generale Szpunar. Tanto nella sentenza quanto nelle conclusioni è emersa una convergenza nel senso di ritenere il suddetto elemento pertinente per stabilire se ad Amazon possa attribuirsi un uso vietato di un segno identico ad un marchio altrui che compare su un prodotto offerto da un venditore terzo sul *marketplace* del gestore, e che diventa, quindi, parte integrante della comunicazione commerciale di quest'ultimo⁴⁴. Nella più recente fattispecie, però, lo standard dell'utente di internet normalmente informato e ragionevolmente attento è stato adottato per esaminare la questione «principale» dell'uso del marchio nella comunicazione commerciale del gestore della piattaforma di *e-commerce*, che giunge così ad incorporare un parametro di valutazione soggettivo⁴⁵, e ponendosi su un differente piano rispetto a quella, separata, della violazione delle funzioni perseguite dal marchio, la quale rileva, più in generale, anche ai fini di assicurare tutela agli interessi dei consumatori e non solo dei diritti del titolare del marchio⁴⁶.

Non si può tuttavia non notare come nel caso *Louboutin c. Amazon*, che ha posto in primo piano la percezione dell'utente di internet normalmente informato e ragionevolmente attento, l'applicazione concreta di tale parametro da parte dell'Avvocato generale Szpunar, prima, e della Corte di giustizia, poi, abbia condotto a soluzioni di segno opposto. Se, infatti, nelle conclusioni si è ritenuto che un suddetto utente potesse essere in grado di distinguere, sul sito di Amazon, le offerte provenienti dal gestore in nome proprio e quelle di venditori terzi, pur se presentate uniformemente e recanti il logo di Amazon quale distributore, essendo in questo senso consapevole della menzionata duplice «natura» della piattaforma in questione, ciò non è invece stato confermato nella

⁴² Sentenza *Coty Germany*, cit., punti 38-39.

⁴³ Conclusioni Avvocato generale Sánchez-Bordona, *Coty Germany*, cit., punti 53-54.

⁴⁴ La Corte di giustizia., riprendendo le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, fornisce anche una definizione di «comunicazione commerciale» di un'impresa, da intendersi come ogni forma di comunicazione destinata a terzi, finalizzata a promuovere la sua attività, o i suoi prodotti e servizi (sentenza *Louboutin c. Amazon*, cit., punto 39), che, in quanto tale, presuppone di essere analizzata sulla base della percezione dei soggetti terzi (conclusioni Avvocato generale Szpunar, *Louboutin c. Amazon*, cit., punto 59).

⁴⁵ Nei primi commenti alle questioni pregiudiziali sollevate nel caso *Louboutin c. Amazon* era invece stata sottolineata la necessità di confermare la nozione oggettiva di «uso» di un segno identico o simile al marchio registrato tale da far insorgere una responsabilità diretta ai sensi degli artt. 9, par. 2 del RMUE e 10, par. 2 della direttiva 2015/2436: così A. OHLY, *Red soles, a marketplace and the categories of trade mark liability*, cit., p. 582-583; E. ROSATI, *The Louboutin/Amazon cases*, cit., p. 438.

⁴⁶ Ciò è stato posto in luce in particolare nelle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, *Louboutin c. Amazon*, cit., punti 62-67.

decisione della Corte, secondo cui tale metodo di presentazione degli annunci costituisce un elemento determinante che rende difficoltoso, per il medesimo utente, il riconoscimento della loro diversa origine. Un esito divergente è stato raggiunto anche con riguardo alla valutazione dell'ulteriore profilo dell'offerta di servizi complementari prestati dal gruppo Amazon ai venditori terzi operanti sul suo *marketplace*. Nella decisione finale sembra trovare eco la posizione dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona nel precedente *Coty Germany*, poi non confermata dalla Corte, secondo cui con il programma «Logistica di Amazon» si avrebbe un «coinvolgimento attivo e coordinato delle imprese del gruppo Amazon nella commercializzazione dei prodotti»⁴⁷ e non soltanto un'attività di carattere neutro di stoccaggio e trasporto di prodotti per conto di un terzo.

In assenza (almeno per ora) di una definizione uniforme dell'«utente di internet normalmente informato e ragionevolmente attento», risulta pertanto problematico individuare un adeguato livello di conoscenza che possa soddisfarne i relativi requisiti, soprattutto tenendo conto dei c.d. gap tecnologici esistenti tra gli utenti di internet, alla luce di svariati fattori. Ciò potrebbe, di conseguenza, influenzare in misura diversa la valutazione della sussistenza di responsabilità diretta, in capo al gestore di una piattaforma di *e-commerce* «ibrida», per violazione di un marchio altrui relativamente a prodotti contraffatti offerti da venditori terzi, diversamente dall'approccio che dovrebbe essere seguito rispetto all'intermediario operante come puro *marketplace*, oppure qualora l'intermediario *online* agisca solo come depositario dei prodotti commercializzati da terzi. Una simile differenziazione, forse non del tutto convincente, non sembrerebbe invece emergere laddove fosse mantenuta un'interpretazione oggettiva di tale responsabilità che, tuttavia, nel più recente caso esaminato, è stata esclusa sia dall'Avvocato generale Szpunar sia dalla Corte di giustizia.

3. Una panoramica delle iniziative più recenti per contrastare la contraffazione nelle vendite online.

Come accennato in apertura, le modalità di vendita attraverso canali *online*, e in particolare mediante il ricorso ai servizi delle piattaforme di *e-commerce*, registrano dati in costante ascesa non solo in termini di utilizzo da parte dei consumatori⁴⁸, ma anche di possibile proliferazione di prodotti contraffatti⁴⁹, in relazione alla quale emergono le già

⁴⁷ Conclusioni Avvocato generale Sánchez-Bordona, *Coty Germany*, cit., punto 57.

⁴⁸ Nello [studio del 2021](#) «Misuse of E-Commerce for Trade in Counterfeits», pubblicato congiuntamente dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) e dall'Ufficio europeo per la proprietà intellettuale (EUIPO), si stima che tra il 2018 e il 2020 le vendite *online* siano cresciute del 41% nelle maggiori economie mondiali, in rapporto ad un aumento del solo 1% delle vendite al dettaglio (cfr. p. 8).

⁴⁹ Con particolare riguardo al contesto europeo, lo [studio del 2021](#) «Global Trades in Fakes. A Worrying Threat», anch'esso curato congiuntamente da OCSE ed EUIPO, riporta che il volume di merce

affrontate questioni giuridiche di responsabilità dell'intermediario per violazione dei diritti di proprietà intellettuale (per quanto qui rileva, del marchio). Su un piano più generale, il fenomeno della contraffazione nel settore del commercio elettronico è oggetto di diverse iniziative, a livello politico e legislativo, elaborate in seno all'Unione europea, anche in collaborazione con altre organizzazioni internazionali come l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico.

Tra gli interventi di *policy* più rilevanti che possono essere richiamati, vi è innanzitutto il protocollo d'intesa relativo alla vendita di merci contraffatte via internet, concluso, per volontà della Commissione europea, nel 2011 e successivamente rivisto nel 2016⁵⁰, grazie al quale è stata instaurata una forma di cooperazione volontaria tra piattaforme di *e-commerce*, titolari di diritti di proprietà intellettuale e associazioni di imprese che vi hanno aderito⁵¹. Esso mira a facilitare il dialogo tra tali operatori economici promuovendo azioni di coordinamento, nonché stilando una serie di impegni volti a prevenire le fattispecie illecite attraverso i meccanismi di segnalazione e rimozione (c.d. *notice and take-down*) rispetto alle offerte di beni contraffatti, sviluppati sulla base delle norme della già citata direttiva 2000/31/CE⁵², e l'introduzione di misure proattive e deterrenti, tra cui il controllo e la valutazione delle informazioni fornite dai venditori terzi. Nell'ambito del monitoraggio periodico dell'implementazione del protocollo d'intesa⁵³, emerge come esso costituisca uno strumento utile per favorire un'efficace cooperazione tra i soggetti firmatari e abbia anche permesso l'individuazione di buone prassi con riferimento alle procedure di segnalazione e rimozione, tanto da parte delle piattaforme *online* quanto dei titolari di diritti, facilitando il ricorso alle stesse tramite, ad esempio, la possibilità di notifiche multiple e l'uso di processi automatizzati maggiormente rapidi ed efficienti, o ancora la previsione di canali di notifica privilegiati per i c.d. *trusted flaggers* (segnalatori attendibili), cioè enti specializzati nell'identificazione di offerte di prodotti contraffatti tra cui le autorità doganali e di polizia, le associazioni a tutela dei consumatori, le autorità garanti della concorrenza⁵⁴.

contraffatta importata nell'Unione nel 2019 ammontava al 5,8% del totale delle importazioni, per un valore di circa 119 miliardi di euro, di cui la maggior parte concentrata in prodotti di lusso e alta gamma quali articoli di pelletteria, abbigliamento, orologeria e gioielleria (cfr. p. 8 e la figura 5.3 a p. 56).

⁵⁰ [Memorandum of Understanding on the sale of counterfeit goods on the internet](#), 21 June 2016.

⁵¹ L'elenco dei 32 firmatari del protocollo è reperibile [online](#). Tra le piattaforme di *e-commerce*, vi hanno aderito alcune tra le principali come Alibaba, il gruppo Amazon Europe ed eBay

⁵² Il riferimento è, in particolare, all'esenzione da responsabilità, di cui (attualmente) all'art. 14 della direttiva *e-commerce*, a favore dei prestatori intermediari che rivestono la qualifica di *hosting providers*, a condizione che essi si attivino tempestivamente per rimuovere le informazioni illecite da essi memorizzate, o disabilitarne l'accesso, non appena ne siano al corrente.

⁵³ *Report on the functioning of the Memorandum of Understanding on the sale of counterfeit goods on the internet*, [SWD\(2020\) 166 final/2](#) del 14 agosto 2020. Si è trattato del terzo monitoraggio periodico del protocollo d'intesa, dopo quelli pubblicati a novembre 2017 e aprile 2013.

⁵⁴ Con particolare riferimento a tali soggetti, cfr. il punto 5.2.4 del terzo report di monitoraggio sopra citato, in cui si evince una divergenza tra le posizioni delle piattaforme di *e-commerce* e dei titolari di diritti quanto alla possibile qualificazione anche di questi ultimi come «trusted flaggers», che, invece, sulla base delle prassi sinora consolidate sembra limitata ad autorità amministrative e di controllo.

Lungo la stessa linea di azione, la Commissione europea è successivamente intervenuta con la raccomandazione del 1° marzo 2018, finalizzata a «sviluppa[re] e consolida[re] i progressi compiuti nell'ambito degli accordi volontari tra prestatori di servizi di hosting e altri prestatori di servizi interessati in merito a diversi tipi di contenuti illegali»⁵⁵, e con iniziative specificamente mirate al contrasto alle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale al di fuori dell'Unione europea. Si tratta di un ulteriore piano di incidenza che è necessario considerare quale conseguenza di un'economia fortemente globalizzata e caratterizzata da catene di approvvigionamento transnazionali. Al riguardo, facendo seguito a strategie elaborate precedentemente, la Commissione von der Leyen ha predisposto nel 2020 un piano d'azione sulla proprietà intellettuale⁵⁶, nell'ambito del quale sono state individuate due priorità di rilievo per i temi trattati nel presente lavoro, vale a dire l'impegno a «garantire un rispetto più rigoroso» di tali diritti e quello a «migliorare il fair play a livello mondiale» nelle politiche di protezione.

Sotto il primo profilo, tra le misure annunciate nel piano d'azione è stata inclusa la revisione del quadro giuridico applicabile alle ipotesi di responsabilità delle piattaforme *online*, successivamente realizzata tramite il regolamento sui servizi digitali adottato il 19 ottobre 2022⁵⁷ (nel prosieguo, anche «Digital Services Act» o «DSA»), nonché il rafforzamento della cooperazione tra i soggetti coinvolti nel settore del commercio elettronico (intermediari, titolari dei diritti, fornitori di beni e servizi, autorità di *enforcement*) attraverso l'istituzione di un «pacchetto di strumenti dell'UE contro la contraffazione», allo stato non ancora elaborato⁵⁸.

Con riferimento al secondo obiettivo prioritario, incentrato sulle relazioni commerciali con i paesi terzi e rispetto al quale la Commissione sottolinea la «posizione privilegiata» dell'Unione, attraverso il suo mercato unico, quale «normatore a livello mondiale in materia di [proprietà intellettuale]», appare interessante menzionare la scelta di ricorrere alla pubblicazione periodica di un elenco di controllo relativo alla contraffazione e alla pirateria («Counterfeit and Piracy Watch List»)⁵⁹. Il documento riporta esempi di *marketplaces* e piattaforme di *e-commerce* con sede in paesi terzi, asseritamente coinvolti in fattispecie di violazione di diritti di proprietà intellettuale, con finalità di pressione nei confronti degli intermediari *online* e di sensibilizzazione dei consumatori.

⁵⁵ [Raccomandazione \(UE\) 2018/334](#) della Commissione, del 1° marzo 2018, sulle misure per contrastare efficacemente i contenuti illegali online, par. 2.

⁵⁶ Comunicazione della Commissione, Sfruttare al meglio il potenziale innovativo dell'UE. Piano d'azione sulla proprietà intellettuale per sostenere la ripresa e la resilienza dell'UE, [COM\(2020\) 760 final](#) del 27 novembre 2020.

⁵⁷ Regolamento (UE) 2022/2065, cit.

⁵⁸ Gli aggiornamenti relativi all'iniziativa, nel cui ambito è stato pubblicato anche un invito alla presentazione di contributi nel mese di febbraio 2022, sono reperibili a [questa pagina](#).

⁵⁹ Di tale *Watch List* è stata pubblicata, il 1° dicembre 2022, la terza e più recente edizione ([SWD\(2022\) 399 final](#)), stilata sulla base di segnalazioni ricevute dalla Commissione europea in risposta ad una consultazione pubblica aperta dal 15 dicembre 2021 al 14 febbraio 2022.

Focalizzando poi l'attenzione sulla disciplina introdotta dal *Digital Services Act*⁶⁰, applicabile dal 17 febbraio 2024, si ricava un sistema che, pur senza rivoluzionare l'impianto della direttiva *e-commerce*, confermando la generale irresponsabilità in forza di presupposti diversificati per ciascuna delle categorie di prestatori di servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting*⁶¹, introduce doveri di diligenza che valgono indipendentemente dal regime di responsabilità e si rafforzano in misura proporzionale alla crescente dimensione e ambito di attività degli intermediari. Sono quindi enunciati, in primo luogo, gli obblighi rivolti a tutti gli intermediari *online* e, a seguire nella graduazione di previsioni via via più stringenti, gli obblighi indirizzati ai prestatori di servizi di *hosting* (ivi comprese le piattaforme *online*), quelli applicabili alle sole piattaforme *online* e quelli aggiuntivi per le piattaforme che permettono la conclusione di contratti a distanza tra consumatori e operatori commerciali, nonché, infine, quelli destinati alle piattaforme e ai motori di ricerca «di dimensioni molto grandi»⁶².

Oltre a norme comuni per i meccanismi di «segnalazione e azione» e per le procedure finalizzate alla rimozione di contenuti illegali, che valgono per tutti i prestatori di servizi di *hosting*⁶³, le piattaforme *online* sono altresì tenute a predisporre le proprie interfacce in modo trasparente, anche per quanto concerne l'eventuale pubblicazione di comunicazioni commerciali e l'utilizzo di sistemi di raccomandazione⁶⁴. Si prevedono, inoltre, specifiche disposizioni per i *trusted flaggers*⁶⁵, la cui qualifica viene riconosciuta in base ad un'apposita procedura e le cui segnalazioni sono trattate dalle piattaforme *online* in via prioritaria.

Con particolare riguardo alle piattaforme che operano quali *marketplaces* ponendo in contatto consumatori e venditori per la realizzazione di transazioni commerciali su internet, è opportuno precisare che la clausola di esonero dalla responsabilità prevista per i prestatori di servizi di *hosting* non trova applicazione laddove la piattaforma presenti informazioni specifiche tali da indurre «un consumatore medio» a ritenere l'operazione

⁶⁰ Per approfondimenti, nella prospettiva del diritto dell'Unione europea, sul complessivo procedimento di adozione del regolamento e la disciplina introdotta, si rinvia, per tutti, a A.P. HELDT, *EU Digital Services Act: The White Hope of Intermediary Regulation*, in T. FLEW, F.R. MARTIN (eds.), *Digital Platform Regulation*, Cham, 2022, pp. 69-83, reperibile [online](#); G. MORGESE, *Moderazione e rimozione dei contenuti illegali online nel diritto dell'UE*, in *federalismi.it*, 2022, n. 1, pp. 80-126, reperibile [online](#); G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Services Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in C. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, pp. 3-29; C. CAUFFMAN, C. GOANTA, *A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2021, pp. 758-774.

⁶¹ Si vedano gli artt. 4, 5, 6 e 8 del DSA, destinati a sostituire gli artt. da 12 a 15 della direttiva 2000/31/CE secondo quanto stabilito dall'art. 89 del regolamento.

⁶² Secondo la definizione fornita dal regolamento, si tratta di piattaforme o motori di ricerca *online* con un numero medio mensile di utenti nell'Unione pari o superiore a 45 milioni e designati come tali con decisione della Commissione europea (art. 33 del DSA).

⁶³ Cfr. artt. 16-18 del regolamento 2022/2065.

⁶⁴ Su cui si vedano, rispettivamente, gli artt. 26 e 27 del DSA.

⁶⁵ Sancite dall'art. 22 del DSA, il quale trova ulteriori riferimenti nei considerando 61-62.

commerciale attribuibile alla piattaforma stessa o ad operatori che agiscono sotto il suo controllo⁶⁶. La disposizione appare motivata da condivisibili finalità di tutela del consumatore, specie nei casi in cui non sia agevole identificare la natura effettivamente «neutrale» dell'intermediario *online*; tuttavia, l'indeterminatezza della sua formulazione potrebbe pregiudicarne l'attuazione in concreto⁶⁷. Rispetto a questo profilo, potrebbe essere possibile trarre elementi di continuità, a fini interpretativi, con la posizione assunta dalla Corte di giustizia nel caso *Louboutin c. Amazon* precedentemente esaminato, nel quale alla percezione soggettiva dell'«utente normalmente informato e ragionevolmente attento» è stato attribuito un ruolo decisivo per la valutazione della possibile configurabilità della responsabilità diretta di un *marketplace* «ibrido» per contraffazione di un marchio altrui ai sensi del RMUE.

Quanto poi agli obblighi «qualificati» per le piattaforme di *e-commerce*, sanciti dalla sezione 4 del capo III del DSA, sono previsti, tra l'altro: (i) la tracciabilità degli operatori commerciali sulla base del principio «know your business customer» (KYBC), in forza del quale le piattaforme sono tenute a raccogliere informazioni di identificazione dei venditori prima di consentire loro l'uso dei propri servizi di intermediazione⁶⁸; (ii) il dovere di «compiere sforzi ragionevoli» per verificare, in forma casuale, l'eventuale illegalità dei prodotti offerti sulla propria piattaforma⁶⁹; e (iii) quello di informare i consumatori dell'illegalità del prodotto acquistato sul *marketplace*, dell'identità del venditore e dei mezzi di ricorso disponibili (obbligo temporalmente circoscritto ai sei mesi precedenti il momento in cui il gestore della piattaforma è venuto a conoscenza di tale illegalità)⁷⁰.

Laddove l'intermediario possieda le ulteriori caratteristiche di «piattaforma online di dimensioni molto grandi», gli obblighi di diligenza raggiungono il livello più intenso previsto dal regolamento⁷¹ e comprendono, tra l'altro, misure di valutazione di rischi sistemici (ivi inclusa la presenza di prodotti illegali) e correlati doveri di attenuazione degli stessi, nonché la predisposizione di revisioni indipendenti sulla conformità a tali prescrizioni, da svolgere, almeno annualmente, a proprie spese.

⁶⁶ In questo senso, art. 6, par. 3, del regolamento 2022/2065, da leggersi alla luce dei considerando 23-24.

⁶⁷ Alcune indicazioni esemplificative delle casistiche riconducibili a questa esclusione dell'esenzione da responsabilità sono illustrate nel considerando 24 del regolamento 2022/2065, richiamando le ipotesi in cui l'intermediario *online* non identifichi chiaramente l'operatore commerciale secondo le prescrizioni dello stesso DSA, o riveli l'identità e le informazioni di contatto di tale operatore solo dopo la conclusione del contratto con il consumatore, o, ancora, laddove la piattaforma commercializzi il prodotto a proprio nome anziché in nome dell'operatore che lo fornirà al consumatore.

⁶⁸ Sul punto, v. art. 30 del regolamento 2022/2065. Il principio vale anche per gli operatori commerciali che già utilizzano i servizi del *marketplace*, rispetto ai quali è richiesto al fornitore della piattaforma di acquisire le informazioni di identificazione entro i dodici mesi successivi alla data di applicazione del DSA (così il par. 2, seconda frase, della norma).

⁶⁹ Art. 31, par. 3, del regolamento 2022/2065.

⁷⁰ Art. 32 del DSA.

⁷¹ Previsti agli artt. 33-43 del DSA.

Anche da questo inquadramento si evince, peraltro, come molte delle citate previsioni del *Digital Services Act* siano state riprese da prassi già individuate tramite il citato protocollo d'intesa relativo alla vendita di merci contraffatte via internet, rendendo così vincolanti condotte e forme di cooperazione che le piattaforme di *e-commerce*, i titolari di diritti di proprietà intellettuale e le imprese avevano positivamente sperimentato e confermando una tendenziale uniformità nell'approccio regolatorio seguito dalle istituzioni dell'Unione nell'ambito in esame.

4. Considerazioni conclusive.

L'analisi sin qui svolta, incentrata in primo luogo sul regime di responsabilità diretta, in capo ad una piattaforma di *e-commerce*, per contraffazione ai sensi dell'art. 9, par. 2, lett. a del RMUE, come da ultimo interpretato dalla Corte di giustizia nel caso *Louboutin c. Amazon*, e completata da una panoramica delle misure, legislative e non, adottate in seno all'Unione per il contrasto alla diffusione del fenomeno della c.d. «pirateria dei marchi» nel settore del commercio elettronico, consente di formulare alcune riflessioni ulteriori quanto alle implicazioni degli sviluppi giurisprudenziali più recenti e, in chiave prospettica, alla futura applicazione del regime previsto dal *Digital Services Act*.

L'approccio seguito dal giudice dell'Unione nella sentenza esaminata porta a ritenere attribuibile al gestore di un *marketplace* «ibrido», come Amazon, la condotta vietata consistente nell'uso di un segno identico al marchio altrui nella misura in cui un utente ragionevolmente informato e attento possa stabilire un nesso tra l'annuncio del venditore terzo che utilizza il segno e i servizi della piattaforma di *e-commerce*. Come si è visto, ciò si discosta dalle precedenti decisioni in materia che avevano escluso una tale responsabilità a carico degli intermediari *online*, sia qualora agissero come *marketplaces* «puri», come eBay⁷², sia in un altro caso in cui era coinvolta nuovamente la piattaforma Amazon ma solo come depositaria della merce⁷³. È lecito chiedersi se la diversa ipotesi, come quella in esame, in cui la piattaforma incorpori sia un canale di vendita *retail* sia un *marketplace* sia tale da giustificare una lettura estensiva della nozione di uso vietato del marchio altrui, sinora rimasta subordinata all'esistenza di un controllo sull'atto che costituisce l'uso e all'utilizzo del marchio nella comunicazione commerciale dell'intermediario.

Se a ciò si aggiunge, nel momento in cui il DSA diverrà applicabile, la considerazione per cui l'esonero da responsabilità indiretta non potrà operare a favore di un gestore di un *marketplace online*, laddove un consumatore medio possa ritenere che la transazione commerciale sia riconducibile all'intermediario e non al venditore terzo, pare

⁷² Sentenza *L'Oréal*, cit.

⁷³ Sentenza *Coty c. Amazon*, cit.

emergere un profilo di convergenza tra i regimi di responsabilità in questione. Seppure rimarranno soggette a livelli diversi di armonizzazione, non può non rilevarsi un irrigidimento delle rispettive discipline rispetto al quadro normativo e giurisprudenziale esistente. Da un lato, infatti, la responsabilità diretta risulta «rivisitata» nei presupposti che, come detto, si orientano fortemente in una dimensione soggettiva che valorizza la percezione dell'utente finale per stabilire se via sia stata contraffazione attraverso l'uso del segno identico al marchio altrui per prodotti identici. Dall'altro lato, invece, pur non scardinando il principio della generale esclusione da responsabilità indiretta per gli intermediari *online*, l'eccezione introdotta dall'art. 6, par. 3 del DSA per i gestori di *marketplaces* può implicare conseguenze di non poco conto sull'attribuibilità delle condotte dei venditori terzi alla stessa piattaforma, specie qualora siano di natura «ibrida» come precedentemente chiarita.

Si è fatto cenno, inoltre, all'esteso sistema di doveri di diligenza previsto dal DSA nei confronti degli intermediari *online*, in via graduata rispetto alla dimensione e ambito di attività degli stessi, volto ad introdurre un ulteriore livello di regolazione che potrebbe essere in grado di svolgere un ruolo complementare rispetto ai regimi della responsabilità diretta e indiretta, allontanandosi così dal paradigma fondato unicamente su tale distinzione binaria⁷⁴. Obblighi quali, ad esempio, la predisposizione di meccanismi di «segnalazione e azione» con canali privilegiati per i c.d. *trusted flaggers*, la previa identificazione degli operatori commerciali che utilizzano i servizi del *marketplace* e le verifiche su base casuale dell'illegalità della merce offerta in vendita potrebbero risultare strumentali, per le piattaforme di *e-commerce*, all'individuazione di prodotti contraffatti rispetto ai quali potrebbero incorrere nella responsabilità per l'uso di un segno identico al marchio altrui, sancita dal RMUE, nei termini stabiliti dalla Corte di giustizia.

Nell'attesa di verificare se la giurisprudenza successiva si attesterà sull'orientamento seguito nel caso *Louboutin c. Amazon*, nonché i più ampi effetti conseguenti all'applicazione del DSA, appare possibile individuare una duplice motivazione sottostante alla descritta linea di tendenza, che implica una generale intensificazione del controllo sugli intermediari del commercio elettronico. In prima battuta, la finalità dichiarata risiede in una maggiore tutela a favore degli utenti-consumatori dei servizi delle piattaforme digitali, nonché dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale, e secondariamente, ma non per questo meno importante, si può scorgere anche una volontà di promuovere modelli regolatori e interpretativi qualificati in senso «identitario» che possano, tramite l'imposizione di standard per operare nel mercato interno, fungere da parametro di riferimento anche in prospettiva esterna, per gli

⁷⁴ Sul punto, v. anche A. OHLY, *The liability of intermediaries for trade mark infringement*, in G.B. DINWOODIE, M.D. JANIS (eds.), *Research Handbook on Trademark Law Reform*, Cheltenham-Northampton, 2021, pp. 396-431, spec. pp. 430-431.

ordinamenti al di fuori dell'Unione⁷⁵. Questo ulteriore obiettivo risulta, evidentemente, di più lungo termine, rispetto al quale sarà altresì necessario valutare se, e in quale misura, potranno incidere eventuali conseguenze negative, da alcuni ipotizzate⁷⁶, derivanti dalla rilettura dei presupposti della responsabilità per contraffazione del marchio, che potrebbe disincentivare i *marketplaces* «ibridi» dal ricorso a tale modello di *business* integrato, provocando un impatto sui consumatori in termini di riduzione nella scelta dei prodotti (e, forse, di aumento dei prezzi), nonché sui rivenditori terzi (specie se di dimensioni medio-piccole) che non potrebbero fruire dei servizi forniti dai gestori delle piattaforme e accedere ad un maggior numero di clienti.

⁷⁵ Sulla duplice dimensione, interna ed esterna, della sovranità digitale europea, cfr. A. BENDIEK, I. STÜRZER, *Advancing European internal and external digital sovereignty; the Brussels effect and the EU-US Trade and Technology Council*, SWP Comment 2022, no. 20, reperibile [online](#). Per ulteriori considerazioni, e più ampie di quanto possibile in questa sede, in merito all'approccio di «standard-setting» di cui le istituzioni UE si fanno portatrici, si vedano, tra gli altri, G.M. RUOTOLO, *Mercati e servizi digitali in Europa: valori fondanti e 'regimi' in competizione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, pp. 71-75; ID., *Le proposte europee di riforma della responsabilità dei fornitori dei servizi su Internet*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, pp. 17-24, spec. p. 22, reperibile [online](#); F. BUONOMENNA, *Lo spazio digitale nell'Unione europea: verso un federalismo digitale dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2022, pp. 313-332, spec. pp. 330-331; F. FERRI, *Transizione digitale e valori fondanti dell'Unione: riflessioni sulla costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2022, pp. 277-326, spec. pp. 324-325. Una simile linea di tendenza, che vede l'Unione porsi come «regolatore» a livello globale, si osserva peraltro anche in altre politiche che concorrono a influenzare gli scambi commerciali internazionali, come ad esempio la concorrenza, la privacy, la tutela dei consumatori, la sostenibilità ambientale, rispetto alla quale è invalso riferirsi con la denominazione di «Brussels effect» coniata da A. BRADFORD in *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford, 2020.

⁷⁶ In questo senso, J. PADILLA, *Trademark Liability in Hybrid Marketplaces*, April 2022, reperibile [online](#).

ABSTRACT: Il contributo affronta la tematica della responsabilità per violazione di un marchio, ai sensi del regolamento (UE) 2017/1001, a carico di un gestore di una piattaforma di *e-commerce* nel caso di offerta in vendita di merce contraffatta da parte di un venditore terzo, soffermandosi in particolare sul più recente orientamento della Corte di giustizia nella decisione *Louboutin c. Amazon*, al fine di valutarne le implicazioni più generali anche alla luce di ulteriori iniziative di *policy* intraprese dalle istituzioni dell'Unione europea per il contrasto al fenomeno della «pirateria dei marchi», tra cui il nuovo regolamento sui servizi digitali che entrerà in applicazione a febbraio 2024.

PAROLE CHIAVE: *e-commerce*; piattaforme digitali; contraffazione; marchio UE; responsabilità diretta.

E-commerce platforms and trademark infringement: paradigm shifts in the liability regime under EU law?

ABSTRACT: *The paper addresses the primary liability regime for trademark infringement, governed by Regulation (EU) 2017/1001, of an e-commerce platform in the case of advertisements published by third-party sellers, especially in the light of the CJEU judgment in Louboutin v Amazon, with a view to analysing its broader implications also in the light of further policy initiatives at the EU level to fight counterfeiting in online transactions, including the new Digital Services Act set to apply from February 2024.*

KEYWORDS: *e-commerce; digital platforms; counterfeiting; EU trademark; primary liability.*

Soft to be strong: the use of bilateral soft law in the EU environmental external action

Francesco Spera*, Francesca Leucci**

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Why softening the EU external relations: a legal perspective. – 2.1 Why soft law is adopted (an emerging taxonomy of soft laws for the EU external relations). – 2.2 Why soft law should not be adopted (potential legal challenges). – 3. Why softening the EU external relations: an economic perspective. – 4. The 2016 Joint Declaration by India and the European Union on an Indo-European Water Partnership. – 5. Legal Analysis of the Joint Declaration. – 6. Economic analysis of the Joint Declaration. – 7. Conclusions.

1. Introduction.

The European Union (EU) makes use of a variety of legal instruments in conducting its external relations with third countries and international organizations. Together with international agreements concluded on the basis of Art. 218 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the Union also adopts a wide variety of bilateral soft law instruments. Carrying different labels¹ and employed by all EU institutions responsible for EU external relations², these soft bilateral tools are normally adopted between the Union and third states and international organizations in several policy areas. An important element that characterizes them, and, at the same time, differentiates them from international agreements, is their «non-binding nature» for the parties that adopt them. From this characteristic, most of the literature in international law has derived the term of «soft»³ and it has defined soft international instruments broadly as «any written

This paper has been first presented in the conference «*A Green Deal for the Globe: European Union external action and the international Just Transition*» organized by the College of Europe in Natolin and taking place online on 21 and 22 June 2021 and, secondly, in the conference «*Supranational Democracy Dialogue – IV edition*» organised by University of Salento and taking place in Brindisi (Italy) on 6 and 7 May 2022.

* Francesco Spera is a Ph.D. Candidate of European Law, EU External Relations, EU and Italian Administrative Law at University of Salento (Lecce). Author of paragraphs I, II, IV, V.

** Francesca Leucci is a Ph.D. Candidate of the European Doctorate in Law and Economics, a joint program between Bologna, Rotterdam and Hamburg Universities. Author of paragraphs I, III, VII, VIII.

¹ Such as memorandum of understandings, joint communications, joint letters, arrangements, and codes of conduct, etc.

² Council of the European Union, the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, the European Union External Action (EEAS) and some EU Agencies (Europol, Eurojust, Frontex).

³ R.A. WESSEL, J. LARIK, *EU External Relations Law: Text, Cases and Materials*, 2nd ed., Oxford, 2020; R.A. WESSEL, *Normative Transformations in EU External Relations: The Phenomenon of «Soft» International Agreements*, 2020, pp. 72-92, available [online](#); O. STEFAN AND OTHERS, *EU Soft Law in the*

international instrument, other than a treaty, containing principles, norms, standards, or other statements of expected behaviour»⁴.

Despite the fact that international agreements still continue to be the key legal tool to regulate the EU's external action with third countries and international organizations, it has been observed that the «recourse to non-binding instruments in governing the relations of the EU with the rest of the world is increasingly common and compared to binding international agreements, at least two times more bilateral soft law tools are agreed between EU actors and international organizations or third countries»⁵. In particular, EU institutions have increasingly resorted to international soft law instruments in politically sensitive and technically complex areas, especially in the framework of migration, security, and environmental crisis⁶. Most of the EU External Relations doctrine generally classified them in two main groups, namely political commitments and administrative arrangements⁷. Following the common practice of States and international organizations, the use of soft law seems to be motivated by various reasons. Generally, scholars tend to highlight that this practice is justified by the need to increase the effectiveness of external action, to allow greater smoothness in negotiation and conclusion of an instrument, or to enhance the margin of discretion of the signatories in the fulfilment of commitments⁸. In addition to that, non-binding agreements may be more suitable to the political sensitivity of the subject of the agreement or to its changing nature. These reasons have been analysed and criticized, for instance, in important cases which are often mentioned in the EU law literature such as the Joint Way Forward (JWF) on

EU Legal Order: A Literature Review, 2019, pp. 1-18, available [online](#). F. TERPAN, *Soft Law in the European Union, The Changing Nature of EU Law*, in *Sciences Po Grenoble Working Paper No. 7*, 2013, pp. 1-40, available [online](#); G.C. SHAFFER, M.A. POLLACK, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*, in *Minnesota Law Review*, 2010, pp. 1-94, available [online](#).

⁴ This definition is adopted generally for the purpose of the research. The term will be discussed in greater detail below in paragraph 2 and chapter 2. D. SHELTON, *Soft Law*, in D. ARMSTRONG (Edited by), *Routledge Handbook of International Law*, Oxon, 2009, pp. 68-80.

⁵ R.A. WESSEL, J. LARIK, *EU External Relations Law: Text, Cases and Materials*, cit. See also R.A. WESSEL, *Normative Transformations in EU External Relations*, cit., p. 72; P.J. CARDWELL, *EU External Relations Law and Policy in the Post-Lisbon Era*, Cardwell, The Hague, 2014, pp. 1-16, available [online](#); L.A.J. SENDEN, *Soft Law and Its Implications for Institutional Balance in the EC*, in *Utrecht Law Review*, 2005, pp. 79-99, available [online](#).

⁶ The expansion of the use of soft law concerns other policy areas as well. See C. MOLINARI, *The EU and its Perilous Journey through the Migration Crisis: Informalisation of the EU Return Policy and Rule of Law Concerns*, in *European Papers*, 2022, No 1, pp. 151-170, available [online](#); C. MOLINARI, *EU Institutions in Denial: Non-Agreements, Non-Signatories, and (Non-)Effective Judicial Protection in the EU Return Policy*, in *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, No. 2019-02, p. 3, available [online](#); J. ALBERTI, *Challenging the Evolution of the EMU: The Justiciability of Soft Law Measures Enacted by the ECB against the Financial Crisis before the European Courts*, in *federalismi.it*, 2018, n. 7, pp. 1-23, available [online](#); M. MARKAKIS, P. DERMINE, *Bailouts, the Legal Status of Memoranda of Understanding, and the Scope of Application of the EU Charter: Florescu*, in *Common Market Law Review*, 2018, pp. 373-386, available [online](#).

⁷ R.A. WESSEL, J. LARIK, *EU External Relations Law: Text, Cases and Materials*, cit., p. 119; see also P. G. ANDRADE, *Insight the Distribution of Powers Between EU Institutions for Conducting External Affairs through Non-Binding Instruments*, *European Papers*, 2016, pp. 115-125, available [online](#).

⁸ *Ivi*, p. 116.

migration issues between Afghanistan and the EU of 2016⁹, Memorandum of Understanding (MoU) between the European Community and the Swiss Federal Council on a contribution by the Swiss Confederation towards reducing economic and social disparities in the enlarged European Union¹⁰, or the well-known EU-Turkey Statement¹¹.

In this context, by taking into consideration the past practices, researchers and critics that these instruments have posed in certain fields such as migration, or environment, the current contribution assesses from a legal and economic perspective the pro and cons of displaying soft bilateral instruments by the European Union in its external environmental action and highlights the risks and opportunities of using soft bilateral legal instrument in EU Environmental external relations. As explained above, they can pursue more than just one goal, since they serve to solve diplomatic, procedural and political issues at the same time¹². Although the plethora of soft bilateral instruments is quite waste, this research focuses on a specific instrument adopted in 2016 between the EU and India: 2016 Joint Declaration by India and the European Union on an Indo-European Water Partnership¹³.

Cooperation between the EU and India has increased significantly in recent years, and recently India is becoming a very important geopolitical partner with the Union. It represents the world's biggest democracy and it represents a strategic actor in contrast with another Asiatic superpower, China. Particularly, the European Parliament stressed the strong political, economic, social and cultural links between India and the Union, with a potential for developing stronger and deeper bilateral relations in order to tackle climate changes and environmental crisis¹⁴. The EU and India, as the world's third and fourth largest emitters of greenhouse gases, share a common interest in fighting climate change and facilitating the transition to a sustainable economy. The interest of the European Parliament was confirmed by a Joint Statement issued the last 8 of May 2021 between the EU-India leaders' that confirms several commitments and promises for further strengthening the ties between the two regional entities¹⁵.

From a legal point of view, this instrument might represent a potential challenge for the EU legal order, as it has been pointed out for other soft bilateral instruments by

⁹ European Commission, Afghanistan: «*Joint Way Forward on Migration Issues between Afghanistan and the EU*», 2 October 2016, available [online](#).

¹⁰ [COM\(2005\) 468 final](#) of 20 October 2005, Decision of the Commission on the signature of the Addendum to the Memorandum of Understanding on a Swiss financial contribution.

¹¹ A. OTT, *The «Contamination» of EU Law by Informalization? International Arrangements in EU Migration Law*, in *Verfassungsblog.de*, 2020, available [online](#).

¹² R.A. WESSEL, *Normative Transformations in EU External Relations*, cit., p. 75.

¹³ [Commission Decision C\(2016\)156](#), of 30 March 2016, on a joint declaration by India and the European Union on an Indo-European Water Partnership.

¹⁴ EU-India relations: Parliament calls for stronger ties between the world's two biggest democracies, 29 April 2021, press releases available [online](#).

¹⁵ [Joint Statement EU-India leaders' Meeting](#), 8 May 2021.

the European doctrine¹⁶, whereas, from an economic perspective, it might be justified in terms of efficiency.

The outcome that might result is twofold. On the one hand, through its economic perspective, the study might shed light on the potential of these instruments for providing rapid and efficient answers in order to combat climate changes and environmental crises. On the other hand, the legal perspective might show legal and constitutional limits within the EU legal order, hence confirming concerns already raised in the European literature.

Before delving into the analysis of the selected instrument, the next two sections will provide an overview of scholarly explanations for which soft law is employed from both a legal and an economic perspective. Following the analysis of the soft tool, this paper will draw some conclusions. Moreover, given the limited scope of the present research, final suggestions for future research paths will be provided.

2. Why softening the EU external relations: a legal perspective.

All EU actors with external representation competences conclude international agreements. These actors are EU agencies (especially Europol, Frontex or EASA), the EEAS, the High Representative, the Commission¹⁷, the Council and European Council. The reason for this large involvement is based on the treaties structure of the European Union and the competences allocations. The Union is a supranational organization, whereby the competence division does not follow the logic of States. In consequence, the governmental and administrative tasks of representing the Union externally belong to more than one actor. Furthermore, and to make it even more complex, each policy fields provide a different legal framework for the allocation of external action and competences. Thus, each organ derives its concrete mandate from the primary and secondary law that regulates the policy area¹⁸. For the purpose of the analysis, external relations soft bilateral instruments account for international soft laws that both the EU and its Member States produce as well as internal soft law. The study is relevant because European law scholars have observed the existence of a nexus between the reasons and

¹⁶ A. OTT, *The «Contamination» of EU Law by Informalization?*, cit.

¹⁷ A. Ott argues that the Commission has, exceptionally, the power to conclude international agreements that escape the treaty-making procedure under primary law. The mandate for such Commission treaty-making derives more frequently from secondary EU law, for instance, Art. 8 of the [IPA II Regulation](#). The EU Commission's administrative agreements: «Delegated treaty-making» in between delegated and implementing rule-making', 200-232, in E. TAUSCHINSKY and W. WEIB (edited by), *The legislative choice between delegated and implementing acts in EU law*, Edgar Elgar Publishing, 2018.

¹⁸ The President of the European Council and the Council fulfill external representation tasks as laid out in Arts. 15, paras. 1 and 6, art. 16, paras.1 and 6 TEU. Art. 220 refers to Commission and the High Representative, the EEA according to the Council Decision of 26 July 2010 (Art. 2 and Art. 5 para. 6) on High Representative), Frontex Regulation covering international relations in Regulation of 14 September 2016, (Art. 8, Arts. 14, 15, 52), in A. OTT, *The «Contamination» of EU Law by Informalization?*, cit.

aims of international soft law and EU soft law exists. Many scholars in recent years stressed that those instruments have not been properly assessed in relation to the supranational character of EU law, that can be differentiated from international law¹⁹. Despite the fact that international soft law and internal EU soft law have been the object of many academic researchers in the last twenty years, it is noted that the legal effects of EU external relations soft law in the EU law are still underexplored²⁰. For this reason, the paper tries to address this gap, assessing one of these instruments from a legal perspective. However, the complexity and the multifaceted shapes that characterizes external relation soft law, as an emerging, yet underdeveloped field of research, cannot be fully understood from a pure legal standpoint. Therefore, the economic analysis will also help the reader to understand and discover the international action of the EU from another perspective.

2.1 Why soft law is adopted (an emerging taxonomy of soft laws for the EU external relations).

As mentioned above, the literature presents many reasons for adopting soft law in EU external relations.

From a legal perspective, the use of non-legally binding instruments is considered as a basis for cooperation with third countries especially in the sensitive field such as migration, mostly for political reasons and to avoid democratic check and long formal decision-making process²¹. For instance, under its strategy inaugurated in 2005 and later changed in 2011 for the Global Approach to Migration and Mobility (GAMM), the Union does not exclusively rely on legally binding readmission agreements to cooperate with third countries²². Soft bilateral instruments are considered to be an attractive instrument for third country governments and in the Commission view, the idea of informal arrangements, in the forms of compacts, avoids the risk that «concrete delivery is held up by technical negotiations for a fully-fledged formal agreement»²³. Overall, partner countries therefore maintain a higher level of flexibility and control in the context of non-binding international accords²⁴.

¹⁹ A. OTT, *The «Contamination» of EU Law by Informalization?*, cit.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ See among all, C. MOLINARI, *EU Institutions in Denial*, cit.; S. POLI, *Articles The Integration of Migration Concerns into EU External Policies: Instruments, Techniques and Legal Problems*, in *European Papers*, 2020, No 1, pp. 71-94, available [online](#).

²² *Ibidem*.

²³ [COM\(2016\) 700 final](#) of 18 October 2016, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, First Progress Report on the Partnership Framework with third countries under the European Agenda on Migration.

²⁴ S. CARRERA, *Implementation of EU Readmission Agreements: Identity Determination Dilemmas and the Blurring of Rights*, Switzerland, 2016, available [online](#); J.P. CASSARINO, *Readmission Policy in the European Union* (Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, European Parliament 2010)

A good example often mentioned and contested by the EU external relation literature is the 2016 Joint Way Forward on Migration Issues between Afghanistan and the EU²⁵. In 2015, following the events of the Arab spring and the Syrian war, Europe was facing a migration crisis resulting in the arrival of an unprecedented number of people across the Mediterranean Sea and the Balkans seeking asylum. In particular, one of the most represented nationalities among these asylum seekers was Afghan (20.9%)²⁶. A high number of them had little chance of recognition of asylum in the European Member States since it was more difficult for Afghan nationals to be granted for protection and thousands of people had to be sent back²⁷. Due to the high number of immigrants, the steadfast demand for a united actions of member states by the media and public opinion, the Union could not conclude a formal EU readmission agreement with Afghanistan because the procedure according to the treaties for concluding an formal readmission agreement would have taken too long²⁸. Moreover, the Afghan Parliament was strongly opposed to the conclusion of a readmission agreement for political reasons due to humanitarian concerns regarding their nationals.

As a consequence, in order to overcome the impasse in the negotiations, a need for a «rapid, effective and manageable process for a smooth, dignified and orderly return»²⁹, led to the adoption of an informal/non-binding instrument circumventing ratification procedures on EU and Afghan side, and escaping the democratic control by the European and the national parliament. In this sense, another well-known example of a soft bilateral instrument circumventing the consent of a national parliament is the Memorandum of Understanding (MoU) between the European Union and the Swiss Federal Council on a contribution by the Swiss Confederation towards reducing economic and social disparities in the enlarged European Union³⁰.

The majority of researches about the rationale and the characteristics of EU soft bilateral instruments have drawn a possible taxonomy of the practice of the European Union at the international level leads. As mentioned above, although not figuring among

[Study for the European Parliament 14-15](#); N. COLEMAN, *European Readmission Policy: Third Country Interests and Refugee Rights*, Boston, 2009, p. 209.

²⁵ European Commission, Afghanistan: «*Joint Way Forward on Migration Issues between Afghanistan and the EU*», 2 October 2016, cit.

²⁶ Monthly Arrivals by Nationality to Greece, Italy and Spain. Refugees/Migrants Emergency Response – Mediterranean. 31 March 2016. Retrieved 14 May 2016, available [online](#).

²⁷ At a time when security in Afghanistan was worsening, policy changes seemed to be a reaction to the migration situation of Member States rather than to the objective security situation in Afghanistan.

²⁸ European Council on refugees and exiles, EU migration policy and returns: case study on Afghanistan, ECRE: European return policies – getting the numbers no matter the cost, 2017, pp. 1-37, available [online](#).

²⁹ European Commission, Afghanistan: «*Joint Way Forward on Migration Issues between Afghanistan and the EU*», 2 October 2016, cit.

³⁰ Court of Justice, judgment of 28 July 2016, [case C-660/13](#), *Council v. Commission* («Swiss MoU»); [C\(2013\) 6355 final](#) of 3 October 2013, Commission Decision on the signature of the addendum to the Memorandum of Understanding on a Swiss financial contribution.

legal instruments *ex Art. 288 TFEU*, nonetheless it has been observed that they come in a vast variety of shapes and forms³¹. In EU external relations and international law, typologies and rationale of employment of those instruments may differ from each policy areas. Thus, it can be noted that both European and international law studies converge on classifying soft bilateral law based on the function assigned to them by their authors³². If the legality of hard law derives in particular from being placed by authorities legitimated for this after a pre-established procedure, in adherence to a formal or institutionalist conception of law, the legal character of soft law derives from its effectiveness, in adherence to a functionalist perspective or, better, exclusively functionalist.

In this sense, the study embraces an international normative transformism approach that has interpreted soft law in a dynamic perspective of the sources of international law whose functions are in common with EU external relations soft bilateral instruments³³. In consequence, these tools «replace binding bilateral (or multilateral) agreements, and, in general, supplement, interpret and prepare existing or future (multi) or bilateral international treaties»³⁴.

In conclusion, the examples assessed and chosen for their relevance in the EU practice and EU doctrine, show that soft governance and the use of soft law do not participate in the characterization of the European Union as a unique model of regional integration. On the contrary, they reflect a tendency of EU law to resemble more and more as state law. The author believes that the evolution of certain EU policy fields (i.e., common foreign and security policy) that heavily rely upon soft law tools, participate in what Terpan calls «normalization process», meaning the «transformation of the EU into a “traditional” organization»³⁵. Moreover, this transformation can be confirmed by the fact that the EU is embracing, according to Wessel, a global trend in which formal treaties make way for «informal law»³⁶.

2.2 Why soft law should not be adopted (potential legal challenges).

Although it has been indicated that a turn to informality should not *per se* have

³¹ O. STEFAN, *EU Soft Law in the EU Legal Order*, cit., p. 9; R. BAXTER, *International Law in Her Infinite Variety*, in *International and Comparative Law Quarterly*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1980, available [online](#).

³² R.A. WESSEL, J. LARIK, *EU External Relations Law: Text, Cases and Materials*, cit.

³³ A. OTT, *The «Contamination» of EU Law by Informalization? International Arrangements in EU Migration Law*, cit.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ F. TERPAN, *Soft Law in the European Union*, cit.

³⁶ J. PAUWELYN, R.A. WESSEL, J. WOUTERS, *When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking*, in *The European Journal of International Law*, 2014, pp. 733-763; R.A. WESSEL, *Normative Transformations in EU External Relations*, cit., p. 72.

negative consequences for the legality of norms³⁷, most of the literature agrees that soft law should not be utilized to avoid the basic principles of EU law. Thus, the compliance with these EU constitutional principles provides a criterion to evaluate the legality of soft international instruments³⁸. In this regard, García Andrade also concluded that «international soft law measures, as any other legal act, need to find, broadly speaking, a legal foundation in the Treaties in order to be correctly adopted»³⁹. Most of the European law scholars are almost unanimous to recognize that the use of these measures may run the risk of stepping outside the EU legal framework challenging the protection and the promotion of certain principles of EU constitutional and administrative law⁴⁰. One of the most quoted authors in this field, Linda Senden, in 2004, already argued that the Commission and the Council for employment soft law instead of legislation upsetting the «horizontal division of powers – between the Community institutions – which in its turn can be seen as affecting the legitimacy of the European Community»⁴¹. Stating that an act «is not intended to create legal rights or obligations under international law»⁴² or is «not intended to create legally binding rights and obligations», regardless of its function, cannot in and of itself side-step values and principles of the EU legal order.

This is the reason at the basis of the current contribution. From a legal point of view, many EU scholars have raised criticisms and issues with regards to the use of soft law in external relations by the EU institution. The assessment of the Joint Declaration with India might help to shed light with regards to the legality of the adoption of soft law in another sensitive field, namely the environment.

3. Why softening the EU external relations: an economic perspective.

The aim of this section is to shed light on the rationale for using soft law from an economic perspective.

Scholars acknowledge that the law and economics has almost bypassed

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ In the Commission Decision C(2013) 6355 final, cit., the Swiss MoU case where the Court thus underlined the importance of the principles of conferral and institutional balance even in the case of soft external arrangements. In fact – and this is essential for the point made by the present paper – the «soft» nature of the agreement does not transform it being part of the overall EU external relation regime.

³⁹ R.A. WESSEL, *Normative Transformations in EU External Relations*, cit., p. 83.

⁴⁰ See MEIJERS COMMITTEE, *1806 Note on the Use of Soft Law Instruments under EU Law, in Particular in the Area of Freedom, Security and Justice, and Its Impact on Fundamental Rights, Democracy and the Rule of Law*, 2018, available [online](#); L. PECH, *The Rule of Law as a Guiding Principle of European Union's External Action*, in *CLEER Working Papers*, 2012, available [online](#); K.W. ABBOTT, D. SNIDAL, *Hard and Soft Law in International Governance*, in *International Organization*, 2000, available [online](#).

⁴¹ L.A.J. SENDEN, *Soft Law and Its Implications for Institutional Balance in the EC*, cit. p. 97.

⁴² European Commission, *Afghanistan: «Joint Way Forward on Migration Issues between Afghanistan and the EU»*, 2 October 2016, cit.

international law, with few exceptions⁴³. One of the possible reasons for that is the idea that its application in the international domain is not so useful as in the domestic one. Conversely, some scholars highlighted how the economic analysis may help enhance the combination between doctrinal description and prescription effects of rational maximising behaviours under conditions of scarcity, it may shed a light over traditionally neglected questions. For instance, it can help conduct deeper inquiries into the role of international institutions as “balancers” and thus solve the institutional choice of which body should be better suited to adopt decisions that affect all international actors (e.g., on the proper environmental standard). These kinds of questions require indeed an examination of relative institutional competencies and strategic interactions among various institutions. Moreover, applied to contexts other than traditional markets, economics does not only aim at wealth maximization but it can also include the maximization of multiple values at the same time⁴⁴. In any case, it is important to bear in mind that the economic analysis of international law looks at states as key units⁴⁵. While states pursue their individual goals, they inevitably create externalities that affect other states, creating a gap between what is optimal for an individual state and what is globally efficient. The goal of international cooperation is thus to close this gap.

Formally binding agreements among states are surely the main tool by which states address externalities created by their actions because they help maximise the value of agreements⁴⁶. The use of soft law from an economic perspective seems to be therefore inefficient. However, Guzman and Meyer⁴⁷ pinpointed three complementary reasons that can explain the choice of what has been called as a «middle ground approach to commitment»⁴⁸.

First, States resort to soft law as a coordinating device when binding agreements are not needed, meaning that they use it to resolve coordination games. In fact, relationships between countries can be described either as a pure coordination game or as more complex variations with some tension between the parties to agreements. Soft law is traditionally employed when there is some degree of certainty that States’ incentives will remain constant in the future. In this case, the expected levels of compliance would be the same across various forms of agreements, including formal legal obligations and informal norms. Therefore, if all is equal from a compliance

⁴³ J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMAN, *Economic Analysis of International Law*, in *Yale Journal of International Law*, 1999, 1, pp. 1-59, at p. 3.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ A. SYKES, A. GUZMAN, *Economics of International Law*, in F. PARISI (edited by), *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 3: Public Law and Legal Institutions*, 2017.

⁴⁶ According to Sykes and Guzman, states try to maximise the value of their agreements by creating optimal enforcement mechanisms. Since violations in international law are very frequent, hard laws seem to be much more attractive than soft laws as they carry the maximal penalty for non-compliance.

⁴⁷ A. GUZMAN, T. MEYER, *International Soft Law*, in *Journal of Legal Analysis*, 2010, 1, pp. 171-225.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 188.

perspective, then informal norms may be preferred for many reasons. First of all, they can be adopted by lower rank officials without undergoing long and complex bureaucratic processes of binding agreements. From this point of view, soft law allows to save public money when small efforts to coordinate behaviours are needed. These efforts are normally limited to information sharing among national enforcement authorities⁴⁹. Seemingly, when soft law is used as a coordinating device it does not raise interesting issues as to its compliance. For this reason, scholars have been investigating more in depth the other reasons for which soft laws are used by states.

The second reason why soft law is used in international law is because its violation entails less costs compared to hard law (loss avoidance theory). In fact, when States enter into agreements, they will consider both their gains and their losses, *i.e.* the costs that they will bear if they violate their terms. From this point of view, it is quite intuitive that soft law is preferred every time that marginal costs of sanctions (from hard law) are expected to be higher than marginal benefits (avoided costs of violations). However, the consequences of violations in international law differ from domestic law regimes⁵⁰ and they basically refer to «the three Rs of compliance: reputation, retaliation and reciprocity»⁵¹. Particularly, reciprocity is the pillar of many bilateral agreements and they achieve cooperation exactly because the States prefer mutual compliance rather than mutual defection. If enforcement is not needed, then soft law has to be preferred, since there is no need for a costly promise by hard law. However, the strength of reciprocity is limited by several factors. First of all, reciprocity does not protect against a future change of interests between the parties which may make the threat of reciprocal defection ineffective. Secondly, reciprocity may fail when compliance is hardly credible for reasons unrelated to the Treaty⁵². Thirdly, the threat of ceasing compliance as a response to the violation of another party may not work in the case, for instance, of large multilateral environmental agreements. Based on these cases, it can be argued that reciprocity cannot be regarded as the main reason why soft law should be preferred to hard law. The second «R» of compliance (reputation) might provide a better explanation. In international law, failure to comply makes also future promises less credible towards any states and not only the parties to the violated agreement⁵³. Therefore, although

⁴⁹ Guzman specially highlights that in the area of international competition policy where regulators are incentivized to cooperate and the main goal of soft law agreements is to improve their communication (A. GUZMAN, *Antitrust and International Regulatory Federalism*, in *New York University Law Review*, 2001, pp. 1142-1163).

⁵⁰ In domestic contract law regimes, the cost of violation is traditionally represented by a money transfer imposed by courts that does not have an impact on the total welfare of the State since what is lost by one party is gained by another.

⁵¹ A. GUZMAN, T. MEYER, *International Soft Law*, cit., p. 193.

⁵² See on this point the example of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), A. GUZMAN, T. MEYER, *International Soft Law*, cit., p. 194.

⁵³ For more literature on this point, see A. GUZMAN, T. MEYER, *International Soft Law*, cit., p. 195.

treaties are considered to be the most effective instruments of cooperation⁵⁴, if the expected costs of their violation (including reputational losses) are higher than the sum of expected reputational and direct losses, then soft law will be adopted rather than hard law. In the end, all relies on the trade-off between the expected benefits of compliance from the treaty and the expected penalty in case of its violation. In order to simplify the distinction between hard and soft law from an economic perspective, Guzman and Meyer distinguish three main cases: when compliance is expected whether or not the agreement is binding, when compliance is only expected if the agreement is binding, when violation is expected even if a formal treaty is adopted. Arguably, soft law is more convenient in the first case and, in the other two cases, it depends on the trade-off between expected gains from cooperation and costs.

The third reason why states choose soft law is that it provides enough flexibility to change the law in response to changed circumstances (delegation theory)⁵⁵. In fact, non-binding agreements lower penalties associated with violations, they avoid the exercise of a veto over potential amendments, and, on the other hand, they induce unilateral innovations of their terms. From this point of view, the choice between soft and hard law relies on the trade-off between transaction costs involved in the Pareto-improving amendment of international agreements (*e.g.*, unanimity consensus)⁵⁶ and the expected costs involved in welfare-enhancing unilateral deviations from nonbinding agreements. Under the delegation theory, States will opt for soft law every time that the expected benefits from unilateral changes exceed the expected costs⁵⁷. This is likely to occur in three cases: 1) when it is uncertain whether actual rules will remain optimal in the future; 2) when it is uncertain whether the states will be able to renegotiate the rules under changed circumstances in the future; 3) when one or a small group of states has the power to change what is expected to be a compliant behaviour. The first case refers to states' uncertainty about future conditions in the world. The second case refers to the fact that unilateral changes might be superior compared to explicit renegotiations. The third case relates to the need of preserving cooperation also in face of future pressures to change⁵⁸.

In conclusion, no single theory can explain the use of soft law in international commitments. Coordination, loss avoidance and delegation offer three different rationales for preferring soft law over hard law and they all refer to the expected

⁵⁴ C. LIPSON, *Why are some international agreements more informal?*, in *International Organization*, 1991, pp. 495-538, at p. 508.

⁵⁵ A. GUZMAN, T. MEYER, *International Soft Law*, cit., p. 195.

⁵⁶ However, soft law does not always lower transaction costs. For instance, multilateral soft law agreements operating by unanimity raise similar issues to binding agreements. But, soft law makes violations more likely to occur, hence encouraging informal processes of amendments spurred by more frequent violations. A. GUZMAN, T. MEYER, *International Soft Law*, cit., p. 198.

⁵⁷ A. GUZMAN, T. MEYER, *International Soft Law*, cit., p. 199.

⁵⁸ For more details and examples on these cases, see A. GUZMAN, T. MEYER, *International Soft Law*, cit., p. 200.

inefficiency of binding agreements which is necessarily case-specific. The next section will thus investigate one selected case of soft law and unveil whether its adoption can be regarded as legally and economically reasonable.

4. 2016 Joint Declaration by India and the European Union on an Indo-European Water Partnership.

The instrument falls in what the emerging EU External Relations doctrine has defined as political commitments according to its label⁵⁹. In this category, non-binding instruments that are generally found are MoU⁶⁰, and statements⁶¹ which are normally concluded by the Union with a third country or international organization. This is an important point since, as stated above, the EU doctrine is unanimous to conclude that these instruments have some practical or legal effects, committing somehow the European Union, its states and its institutions. This is particularly true for the EU return policy, with the notable Joint Way Forward with Afghanistan, the EU-Turkey Statement, or the compact with Jordan⁶².

In accordance with the Treaty law, ex Art. 218 (paras. 5 and 6), international agreements are adopted by a Council Decisions, by complying with the principle of conferral⁶³. However, soft bilateral instruments usually do not fall into any formal obligation. Moreover, the European doctrine criticises the lack of transparency given that many soft bilateral instruments adopted by EU Institutions are not published. By looking at the EU Commission register⁶⁴, it seems that only one out six documents have been published, whereas the others are only available upon request.

Despite a certain inconsistency in the terminology and the pre-Lisbon difficulty to understand the legal nature of the instruments, a post-Lisbon practice inaugurated by the Commission at least gives the possibility for the reader to trace whether the Parties (or

⁵⁹ A. OTT, *The «Contamination» of EU Law by Informalization? International Arrangements in EU Migration Law*, cit.

⁶⁰ MoUs are concluded that enable the macro-financial assistance provided to Eastern Partnership and ENP countries: [C\(2018\) 4154/F1](#), Commission implementing Decision on the Annual Action Programme 2018 in favour of Georgia approving the MoU between the European Union and Georgia related to macro-financial assistance to Georgia. The legal *status* of the 2011 [cooperation MoU](#) between the European Commission and the World Organization for Animal Health (OIE) concerning their general relations is, however, not clear.

⁶¹ [C\(2015\) 8742/F1](#), Commission Decision, of 4 December 2015, on the signing of the Joint Declaration on the Central African Forest Initiative by the Central African partner countries (such as Congo, Cameroon) and by the European Union as well as other countries or organizations (including the Federal Republic of Germany, the Kingdom of Norway, the Republic of France).

⁶² The Compact with Jordan is detailed in the [Annex of Decision 1/2016 of the EU-Jordan association Council of 19 December 2016](#) agreeing on EU-Jordan Partnership Priorities.

⁶³ Art. 17, para. d) and para. e), of the Council rules of procedure; [Council Decision of 1 December 2009](#), adopting the Council's rules of procedure.

⁶⁴ The key words in the research that have been used are: «Joint Declaration» and DG ENVI and DG Climate Action.

the Commission on behalf of the European Union) intended to confer a legal binding nature to it or not. Considering that international law doctrine generally maintains that the form of an instrument is not a significant criterion for determining its legal nature⁶⁵, agreements may constitute treaties regardless of their form and designation. Similarly, it is a consolidated view of the European Court of Justice that the form of soft bilateral law is «irrelevant»⁶⁶. In fact, since its ERTA doctrine, the Court held the principle that the intention of the parties in the European legal order became a fundamental element and the EU principles are applied⁶⁷.

Having said that, it can be implied that the Joint Declaration is a soft law instrument that reflects this practice of the Commission, by stating that «is not intended to create any legal or financial obligations under domestic or international law in respect of either side».

Concerning the aim, as already mentioned, the instruments contain political commitments that are confirmed by certain elements. The Joint Declaration talks of «EU's substantive commitment», together with the Annex to the document, laid the foundations for the Partnership that has been lately created and Joint Working Groups. The former has been characterized by its own organization based on Forums and the latter by meetings on a regular basis. Commitments and actions undertaken according to this tool have been reported and assessed⁶⁸. Furthermore, important intergovernmental commitments were confirmed by the Action Document for India – EU Water Partnership - Phase II, of the Annex 4 of the Commission Implementing Decision on the 2020 Annual Action programme for the Partnership Instrument: «The interest and intention of the GoI (Government of India) to work with the EU on water and river basin management issues was confirmed through the Joint Declaration on Water signed by the Republic of India and the EU in March 2016. The parties committed to work towards the establishment of the India-EU Water Partnership, bringing together representatives of relevant stakeholders, including interested EU Member States and Indian States, European and Indian institutions, businesses and civil society»⁶⁹.

Based on the above, it seems that this soft tool falls within the category of preparing and committing contracting parties to adopt later binding arrangements being categorized as political commitments that, according to the most recent EU External Relations researches on political commitments, might raise certain legal issues. Among them, the India-EU Water Partnership (IEWP) and a MoU on the India-EU Water

⁶⁵ R.A. WESSEL, *Normative Transformations in EU External Relations*, cit., p. 77.

⁶⁶ Court of the Justice, judgment of 23 March 2004, [case -233/02](#), *France v. Commission*.

⁶⁷ Court of Justice, case C-233/02, cit., para. 26, concerning Commission guidelines; judgment of 16 June 1993, [case C-325/91](#), concerning a Commission communication; see also judgment of 16 July 2015, [case C-425/13](#), *Commission v. Council*, paras. 26-28; judgment of 4 September 2014, [case C-114/12](#), *Commission v. Council (Broadcasting Organizations)*, para. 39.

⁶⁸ See the [IEWP website](#).

⁶⁹ Documents are available [online](#) here and [online](#) here.

Partnership, signed in October 2016 between the Indian Minister of Water resources, river development and ganga rejuvenation and the EU Environment Commissioner⁷⁰. These actions enabled to conclude several IEWP activities that, after July 2017, have been co-financed by the European Union and the German Federal Ministry of Economic Cooperation and Development (BMZ).

5. Legal analysis of the Joint Declaration.

As with similar Joint Declarations⁷¹, the instrument at issue contains the mandate on what the act is based, namely Art. 17 TEU⁷². However, there is an open interinstitutional and academic debate on the use of Art. 17 TEU, since it only refers to a general representation to external representation without indicating any peculiar instruments to be used⁷³. From this point of view, according to the *vademecum* released by the Commission⁷⁴, this mandate is precise enough for adopting political commitments if the content of the soft law tool is in line with existing EU policies. In other words, the conclusion of political commitments cannot differ too much from the conclusion of international agreements. The Commission (or, in the case of CFSP, the MoU's High Representative) will negotiate and sign the document, where the actual conclusion is in the hands of the Council. Thus, the transformation may affect the norm, but not always the procedure. Conversely, the Council stressed that Art. 16 TFEU shall provide a more precise mandate to conclude political commitments on behalf of the EU since Art. 17 is too general and only refers to a Union's representation. From the Council's point of view, Art. 16 provides more power and any actions within external relations require an approval by the Council⁷⁵.

In this context, the Court of Justice has set certain thresholds when it comes to adopting external soft law by European institutions. They can only act within their competences assigned to them by the Treaties (horizontal conferral of powers) and they have to engage in mutual sincere cooperation⁷⁶. Overall, the Court requires a specific

⁷⁰ Materials available [online](#).

⁷¹ See for instance [COM\(2015\) 3955 final](#) of 15 June 2015, Commission Decision on the Joint declaration establishing a Mobility Partnership between Belarus and the EU and its participating Member States; [C\(2015\) 4269 final](#) of 25 June 2015, Commission Decision on the signature of an MoU between the EU and China on reinforcing the EU-China IP dialogue mechanism.

⁷² T. VERELLEN, *On Conferral, Institutional Balance and Non-Binding International Agreements: The Swiss MoU Case*, in *European Papers*, Insight of 10 October 2016, pp. 1225-1233.

⁷³ A. OTT, *The «Contamination» of EU Law by Informalization? International Arrangements in EU Migration Law*, cit.

⁷⁴ *Vademecum on External action of the European Union*, available [online](#).

⁷⁵ Contribution of the legal service, 15809/12, 6 November 2012, 5; contribution of the legal service, 5707/13, 1 February 2013. Only exceptionally and only concerning mobility partnerships, the Commission will also refer to Art. 79 TFEU; see [C\(2014\) 3664 final](#) of 15 June 2015, Joint Declaration establishing a Mobility Partnership between Jordan and the EU and its participating Member States,.

⁷⁶ C. HILLION, *Conferral, cooperation and balance in the institutional framework of EU external*

mandate to the Commission in order to act on behalf of the Union. In alternative, the Commission should seek the Council's prior approval for its action. With regard to the instrument at issue, the Commission Decision (para. 7) states that the Council has been informed. According to the established but limited case law, the Court did not find any breach of institutional balance by the Commission because the Council approved the negotiation of soft law and it was informed⁷⁷. However, in the Joint Declaration there is no evidence that proves the Council's prior approval of the negotiation. The only sentence: «the Council has been informed» is not helpful to understand the nature of the institutional cooperation between the Council and the Commission.

In this sense, the Commission's reference to Art. 17 TEU might be problematic since it is argued that this EU co-funded structure – the IEWP - seems to resemble the Partnership Instrument whose legal basis relies on the Regulation (EU) No. 234/2014 of the European Parliament and of the Council of 11 March 2014 establishing a Partnership Instrument for cooperation with third countries. Some elements might suggest this possibility.

Firstly, the 2014 Regulation is also mentioned at the basis of the adoption of the Action Document⁷⁸. However, in the Joint Declaration there is no mention of the 2014 Regulation. Despite the fact that there is no reference to the 2014 Regulation in the official website, the IEWP, for its content, objective and aims is part of the EU-India strategic partnership among whose commitments it is possible to find a «scale up cooperation on water management»⁷⁹.

Secondly, in the Preamble of the Joint Declaration that created the IEWP, the words «mutually beneficial cooperation» or «reciprocity» are clearly a reference to the Art. 1 of the 2014 Regulation. «Subject matter and objectives», when it is stated that «[t]his Regulation establishes a partnership instrument for cooperation with third countries to advance and promote Union and mutual interests». Policy dialogues and action plans for promoting cooperation between the Union and a third country are also mentioned in the Joint Declaration and in Art. 1 of the 2014 Regulation. Both instruments promote the possibility to provide «business opportunities» for European companies. For this reason, it seems odd that the IEWP has not been created under the framework of 2014 Regulation. Moreover, since the 2014 Regulation empowers the Commission, in accordance with Art. 290 TFEU, to adopt delegated acts «in respect of the priorities defined in the Annex», it is not clear whether this Joint Declaration is in line with the «action plans and similar bilateral instruments» envisaged by the 2014 Regulation for supporting the implementation of Partnership and Cooperation

action, in M. CREMONA (edited by), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford, 2018, pp. 117-174, p. 142.

⁷⁷ Case C-233/02, *France v. Commission*, cit., paras. 40-41.

⁷⁸ See footnote 69.

⁷⁹ Factsheet, 8 May 2021, EU-India Strategic Partnership, available [online](#).

Agreements⁸⁰. Hence, it raises doubts whether the Commission might have the competence, within its delegated power, to adopt such political commitment at the basis of the creation of a partnership instrument. It seems indeed that the nature of bilateral alliance differs from country to country⁸¹.

In conclusion, the interpretation above suggests that the Commission used its delegated power to adopt a Joint Declaration, namely a «political commitment», on behalf of the whole Union. This soft tool has created the basis for an India-EU Water Partnership, that represents a proper and well-structured partnership instruments, according to the content and aim defined by 2014 Regulation. The IEWP has been the basis for purposing important environmental goals for India, the EU and in particular some EU member states that seemed to be more involved than others. Although it is uncertain whether prior approval has been given by the Council, in this case, Art. 17 TEU might still constitute a breach of institutional balance by the Commission because it does not qualify as such a specific power with regards to the policy field and the commitments involved, following the MoU Switzerland case⁸².

A counterargument to that may be that the Commission overused its power while being sure that it was playing within an exclusive competence of the Union, namely oceans and fisheries since the document was signed by Karmenu Vella⁸³. This possibility might shield the Commission from any European constitutional principle's breaches. If it is argued that the Joint Declaration does not replace an international agreement, it falls within an exclusive European competence, then it is possible that it prepares or implements other soft or hard instruments as showed above, allowing the necessary flexibility for Member States to reinforce the parallel informal arrangements into which the Member States separately engage⁸⁴.

It is therefore possible that a Joint Declaration, as a non-binding instrument, has been a better tool for escaping concerns that were raised in relation with the 2014 Regulation. In its statement attached to the 2014 Regulation, the European Parliament noted that in the Partnership Instrument Framework there is no explicit reference to the possibility of suspending assistance in cases where a beneficiary country fails to observe the basic principles enunciated in the respective instrument and notably the principles of democracy, rule of law and the respect for human rights. Side-lining the role of the European Parliament seems also be the practice of soft bilateral tools according to the

⁸⁰ [Annex of Regulation \(EU\) No 234/2014](#) of the European Parliament and of the Council of 11 March 2014 establishing a Partnership Instrument for cooperation with third countries.

⁸¹ EU Strategic Partnerships with third countries, EU Strategic Partnerships with third countries (etiasvisa.com).

⁸² Case C-660/13, *Council v. Commission* (MoU Switzerland), cit.

⁸³ His profile is available [online](#).

⁸⁴ J.P. CASSARINO, M. GIUFFRÉ, *Finding its place in Africa: Why has the EU opted for flexible arrangements on readmission?*, University of Nottingham Human Rights Centre, 2017, available [online](#).

majority of the EU doctrine⁸⁵. Relevant precedents of stepping outside the democratic check of the European Parliament are the Joint Way Forward with Afghanistan and the EU-Turkey Statement. The ECJ in Tanzania and Mauritius cases held that at least an information right for the European Parliament ensures that the Parliament is in a position to exercise democratic control over the European Union's external action and, more specifically, to verify that the choice of the legal basis for a Decision on the conclusion of an agreement was made with due regard to the powers of the Parliament. The ECJ also finally argued that this right contributes to ensuring the «coherence and consistency» of EU external relations⁸⁶. EU scholars have been stressing that these arguments shall be applied also when soft bilateral laws are adopted, in analogy with the information right laid down in Art. 218 TFEU especially when a soft law replaces or constitutes the basis of an international agreement⁸⁷.

The legal mandate and how far a soft bilateral tool might infringe EU law is evaluated by looking at its function and aim. From the analysis, it can be argued that the Joint Declaration is the legal basis of an instrument that, deviating from the 2014 Regulation, seems to resemble in its aim and objective a strategic partnership instrument. Perhaps, stricter conditions should have been applied, *i.e.* the participatory right of the EP, formal requirements for publications and clarifications about its adoption.

The consequence of this complex and confused lack of a proper mandate or legal basis might create interinstitutional conflict from an EU law perspective even in international courts, as it was the ITLOS case, when the Council challenged a written statement by the European Commission on behalf of the Union before the International Tribunal for the Law of the Sea. Moreover, the lack of legal certainty and inconsistency in the EU external action might weaken the Union credibility toward third states or international actors to assume obligations and to pursue its agreed goals in fighting climate change.

It is therefore interesting to see whether the instrument can be justified from an efficiency perspective.

6. Economic Analysis of the Joint Declaration.

From an economic perspective, the first factor to take into account is the

⁸⁵ R. PASSOS, *The External Powers of the European Parliament*, in P. BECKHOUT, M. LOPEZ-ESCUADERO (eds.), *The European Union's External Action in Times of Crisis*, 2016, Oxford, pp. 85-128; T. VERELLEN, *On Conferral, Institutional Balance*, cit.

⁸⁶ Court of Justice, judgement of 14 June 2016, [case C-263/14 Parliament v. Council](#) (Tanzania), para. 42.

⁸⁷ A. OTT, *The «Contamination» of EU Law by Informalization? International Arrangements in EU Migration Law*, cit.; see also F. SNYDER, *The effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *The Modern Law Review*, 1993; K. WELLENS, G. BORCHARDT, *Soft Law in EC Law*, in *European Law Review*, 1989, pp. 267-321; L.A.J. SENDEN, *Soft Law and Its Implications for Institutional Balance in the EC*, cit.; F. TERPAN, *Soft Law in the European Union*, cit.

distinction between multilateral and bilateral agreements. For instance, international environmental agreements proved to be often successful when adopted between two parties. Guzman cites the arrangement between United States and Canada on the reduction of acid rain as an example of that⁸⁸. The success of the instrument seemed to rely on the fact that the commitment was both reciprocal and bilateral. In fact, both parties could take benefit of reduced pollution by their own action and the action of the other⁸⁹. In other words, the threat of reciprocal non-compliance induced reciprocal cooperation. To put it simpler, bilateral agreements in the field of the environment seem to work better than multilateral instruments because they avoid freeriding issues which are inherent to multilateral treaties and they ensure self-enforcement.

Regarding multilateral agreements, the probability of their success is quite low. For example, the Montreal Protocol on Substances that deplete the ozone layer represents a very successful case. Scholars argued that the occurrence of several factors (industrial interests, public interests in reducing health issues and side-payment mechanisms to assist developing countries) probably led to such a high degree of compliance⁹⁰. However, many other arrangements, such as the Kyoto Protocol and other climate-related agreements argue against this evidence. Among the possible reasons for that, researchers cited: the scientific uncertainty about future scenarios, benefits that some countries would gain from climate change, very high costs of emissions abatement⁹¹, especially for the largest polluters⁹². In the area of fisheries protection, the chance of success of multilateral agreements are even lower. Although overfishing is a well-known problem given the common-pool natural resources at stake, freeriding and enforcement issues undermine the chance of success of any multilateral agreements. Freeriding means that the States would better remain outside cooperative regimes. Enforcement issues are related to the fact that costs of compliance are extremely high and no effective mechanism to measure compliance is available⁹³.

Based on the above, the Joint Declaration between India and the EU, as a form of bilateral agreements, is apt to ensure reciprocity and self-enforcement, which is also one of the first reasons why soft law may be preferred over hard law instruments. In fact,

⁸⁸ A. GUZMAN, *The design of international agreements*, in *European Journal of International Law*, 2005. On this point, see also P.M. DUPUY, *Soft law and the international law of the environment*, in *Michigan Journal of International Law*, 1990.

⁸⁹ See also the Boundary Waters Treaty of 1990 between the U.S. and Canada. Its success lasting one hundred years relied on the fact that each party knew that a refusal to apply it would raise violation by the other party.

⁹⁰ A. GUZMAN, *How international law works: a rational choice theory*, Oxford, 2008; S. BARRETT, *Environment and statecraft: The strategy of environmental treaty-making: The strategy of environmental treaty-making*, Oxford, 2003.

⁹¹ Measures to reduce greenhouse gas emissions mainly include financing substitutes for fossil fuels and the production of renewable energies which are clearly expensive.

⁹² A. SYKES, A. GUZMAN, *Economics*, cit.

⁹³ A. SYKES, A. GUZMAN, *Economics*, cit.

under the loss avoidance theory, if there is some degree of certainty that States' incentives remain constant in the future, then informal norms turn out to be more beneficial. In other words, if the expected levels of compliance would be the same across various forms of agreements, including formal legal obligations and informal norms, soft laws are preferred. There is no need to waste money over more expensive procedures if it can be highly expected that the parties will respect the terms of the agreement in any case. With special regard to the Joint Declaration on water management, two main factors may contribute to the probability of compliance: the lower degree of expertise of Indian authorities in the field of water management and the aspiration of the EU to show off as a leader of the environment within its external relations. From this last point of view, infringing the agreement's terms would determine a severe drop in credibility of the EU *vis-à-vis* all its current and future partners. Also, it would undermine its credibility for the achievement of the Green Deal's objectives. On the other hand, the violation of the agreement by India would determine the risk of losing a strong partner to solve a truly delicate issue for the whole country (river basin management) through the experiences in implementation, best technological improvements and innovations coming from the European Union.

Additional economic arguments in favour of soft law can be derived from the expected costs of hard laws. They mainly refer to the consequences of future violations (either the probability of violation or the magnitude of expected harm). In this case, reputational losses from violating both soft law and hard law seem to be equal. For this reason, there is no point in bearing the extra-costs of hard laws, given that self-enforcement and compliance can be achieved in any case.

Secondly, uncertainties about the future may sharpen the lack of stability of the agreements, hence making renegotiations of the terms unavoidable (delegation theory). In order to avoid longer and expensive negotiations, soft law instruments may be therefore better placed. Uncertainties on the future may also come from the impossibility to predict how the world would look like in the next decades. It is indeed hard to determine today whether natural resources are going to be severely depleted notwithstanding the policies on sustainability put in place around the world. Emission reductions have been already postponed from 2020 to 2030 raising the risks of climate change and related costs in the long term⁹⁴. Considering that water security is strictly connected to climate risks⁹⁵ and many factors play a role in raising these risks, it can be easily understood how easily re-negotiable instruments would ensure a sufficient degree

⁹⁴ M. DEN ELZEN, P. VAN VUUREN, J. VAN VLIET, *Postponing emission reductions from 2020 to 2030 increases climate risks and long-term costs*, in *Climatic Change*, 2010, available [online](#).

⁹⁵ [C\(2020\) 2779 final](#) of 5 May 2020, Commission Implementing Decision on the 2020 Annual Action programme for the Partnership Instrument. Manmade pressures led farmers, households and industry to rely more on groundwater rather than surface waters in rivers and lakes. The unregulated use of groundwater in turn determined its overuse and raised the need to plan and manage water on a river basin and multi-sectoral basis.

of flexibility and lower the expected costs of violating or modifying traditional hard law agreements.

Lastly, considering that the Joint Declaration belongs to the category of political commitments with a preparatory purpose for future agreements, it can be also argued that the instrument is used as a coordinating device and non-binding agreements would thus determine a waste of public money.

In conclusion, under all scholarly interpretations of rationales for employing soft laws (coordination, loss avoidance and delegation), the objectives of the Joint Declaration between EU and India seem to be achievable through soft laws at lower costs rather than by using hard laws. The informal form seems to ensure the same degree of reciprocity and compliance, while leaving room for future adjustments according to changed circumstances. Formal instruments would instead make the whole process of enforcement and renegotiation much more expensive.

7. Conclusions.

The aim of this paper was to provide a novel and unusual perspective over the tools employed by the EU in order to achieve its objectives in the EU external environmental relations.

Seemingly, the use of soft law is quite frequent between the Union and third states (or international organizations) in several policy areas, including the environment. Notwithstanding this fact, legal and economic challenges together have not received enough attention in the literature of international law. Motivated by the need of closing this research gap, this paper tried to compare legal and economic implications underlying the adoption of non-binding instruments in the EU external relations.

After a preliminary examination of the use of soft law from a theoretical perspective (objectives and taxonomy), the paper offered a list of reasons for which soft law should not be used in order to comply with the EU principles and, above all, the horizontal division of powers.

Although the plethora of soft bilateral instruments is quite wide, this research focused on a specific instrument adopted in 2016: the Joint Declaration by India and the European Union on an Indo-European Water Partnership. The non-binding nature of this instrument raises several legal challenges that the article clearly illustrated. In particular, issues have been highlighted regarding the principles of democracy, rule of law and the respect for human rights. Moreover, financial commitments as a consequence of soft laws are more likely to occur (and they already occurred), hence making crucial to ensure that democratic rules are rigorously followed.

Conversely, economic arguments seem to argue in favour of the use of informal procedures since they clearly reduce present and future costs involved in the

implementation and enforcement of soft law instruments. One of the main reasons why soft law is economically justified is indeed the high probability of compliance and reciprocity that make binding agreements useless. Surely, the role of the EU as environmental leader in the world lays the foundations for its strong credibility vis-à-vis its external partners. That would ultimately turn into a lower incentive to use hard laws, with subsequent critical challenges in the EU legal order.

Given the sensitivity of the selected domain (environment and climate change), the authors believe that this area represents a crucial path for future research. In particular, constitutional and legal challenges need to be more explored in respect to all publicly available soft law tools. On the other hand, the legal analysis needs to be complemented by the economic one for three main reasons. First, the economic analysis helps understand the real motivation underlying procedural and contradictory choices. Secondly, economics helps signalise possible inconsistencies between the law and the efficiency, with further implications for legal analysis. Thirdly, economics complements the legal literature regarding how the law should be changed in order to meet present needs and, at the same time, ensuring the respect of the rule of law. In fact, a mismatch between law and economics in EU external actions would ultimately raise the risk of lacking credibility towards present and future partners.

ABSTRACT: Since its attribution as an external power in the late 1980s, the EU has gradually developed a mature external environmental policy using a plethora of multilateral and bilateral instruments with third countries and international organizations. Among them, «soft law» represents an important tool. The EU institutions responsible for external relations have been increasingly resorting to international soft law instruments for the last decades. They seem to play a crucial role, particularly in politically sensitive and technically complex areas, especially in the framework of the environmental crisis. However, the use of soft law raises many questions regarding both its efficiency and effectiveness to pursue the EU external relations goals compared to traditional tools of international «hard law». Moreover, soft law instruments have been largely criticized for by-passing the principles at the basis of the EU Treaties. In light of the above, this paper wishes to answer the following research question: is soft law suitable to pursue EU external relations goals dealing with energy and the environment?

KEYWORDS: European Union; external relations; soft law; law and economics.

La qualificazione delle decisioni adottate dai rappresentanti dei governi degli Stati membri ai fini della loro sindacabilità: alcune osservazioni a margine delle sentenze gemelle della Corte di giustizia nei casi *Ema* ed *Ela*

Valeria Amenta*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti alla base e il portato in diritto delle pronunce esaminate. – 3. Il paradigma di imputazione dell’atto al suo autore nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3.1. *Segue*. Un’analisi del paradigma. – 3.2. *Segue*. I limiti del criterio normativo e gli effetti sulla competenza giurisdizionale della Corte di giustizia. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione.

Il recesso del Regno Unito dall’Unione europea si è ripercosso sul piano istituzionale, determinando, tra l’altro, la cessazione, secondo taluni autori illegittima¹, del mandato di due giudici² e di un avvocato generale³, nonché il mutamento delle sedi di due agenzie europee, quali l’Agenzia europea per i medicinali (Ema) e l’Autorità europea per il lavoro (Ela). La grande sezione della Corte di giustizia, con due sentenze emesse in data 14 luglio 2022, ha dichiarato inoppugnabili⁴ per difetto di giurisdizione le decisioni formalmente adottate dai rappresentanti dei governi degli Stati membri, con le quali sono stati operati tali cambiamenti istituzionali.

Secondo l’art. 263 TFUE sono impugnabili solo gli atti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell’Unione europea; nessun riferimento è invece previsto rispetto agli atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri. La Corte ha escluso

* Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche europee ed internazionali, Università degli Studi di Verona.

¹ D. HALBERSTAM, *Could there be a Rule of Law Problem at the EU Court of Justice? The Puzzling Plan to let U.K. Advocate General Sharpston Go After Brexit*, in *Verfassungsblog*, 2020, reperibile [online](#); D. KOCHENOV, G. BUTLER, *The Independence and Lawful Composition of the Court of Justice of the European Union: Replacement of Advocate General Sharpston and the Battle for the Integrity of the Institution*, in *The Jean Monnet Working Paper*, Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice, School of Law, New York University, 2020, n. 2, pp. 1-37, reperibile [online](#).

² Si tratta del giudice della Corte di giustizia Christopher Vajda, e del giudice del Tribunale Ian Stewart Forrester.

³ Il riferimento è all’avvocato generale Eleanor Sharpston.

⁴ Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenze del 14 luglio 2022, [cause riunite C-106/19 e C-232/19, Italia c. Consiglio e Parlamento](#), EU:C:2022:568; 14 luglio 2022, [cause riunite C-59/18 e C-182/18, Ema](#), EU:C:2022:567; 14 luglio 2022, [causa C-743/19, Ela](#), EU:C:2022:569.

che tali atti possano essere impugnati, data la presenza di limiti espliciti di giurisdizione che rispondono all'intenzione degli Autori dei trattati di preservare l'intangibilità delle decisioni degli Stati membri da eventuali ingerenze delle istituzioni dell'Unione.

In dottrina, tuttavia, non manca chi sostiene che tale lacuna giurisdizionale possa indurre gli Stati membri a dissimulare atti adottati dal Consiglio ovvero dal Consiglio europeo⁵, per impedire, rispettivamente, il coinvolgimento del Parlamento europeo e il sindacato giurisdizionale della Corte. Inoltre, l'identificazione dell'effettivo autore dell'atto porta con sé oggettive difficoltà di accertamento quando si tratti di chiarire se i rappresentanti dei governi degli Stati membri abbiano agito in veste di membri del Consiglio, del Consiglio europeo ovvero come soggetti sovrani. Per far fronte a tali problemi, la Corte sembra aver sviluppato negli anni una tendenza a valorizzare come autore dell'atto impugnato colui che sarebbe stato competente secondo i trattati (componente normativa) e a fondare tale accertamento sulle circostanze di adozione dell'atto, nonché sul suo contenuto (componente fattuale). Questo approccio tuttavia presenta delle incertezze. L'interazione delle due componenti può, talvolta, portare a risultati differenti a seconda della prevalenza dell'una o dell'altra e il fattore dirimente in tal senso non sembra sempre prevedibile. In alcuni casi, poi, questo approccio può dar luogo a situazioni in cui la Corte sia costretta a negare la propria giurisdizione anche quando ne ricorrono i presupposti ovvero ad affermarla, nei casi in cui non sembri sussistere.

In questo quadro, il presente lavoro mira ad analizzare il modo con cui la Corte di giustizia ha ricondotto le decisioni impuginate al loro autore nelle recenti sentenze *Ema* ed *Ela*, nel tentativo di indagare i limiti di tale approccio e, più in generale, gli effetti.

2. I fatti alla base e il portato in diritto delle pronunce esaminate.

Le sentenze in commento traggono origine dai seguenti fatti. Il caso *Ema* nasce dall'impugnazione da parte della Repubblica italiana e del Comune di Milano della decisione adottata dagli Stati membri a margine di una riunione del Consiglio, con cui la sede dell'Agenzia europea per i medicinali è stata spostata dalla città di Londra a quella di Amsterdam⁶, adottata in data 20 novembre 2017. Inizialmente, le offerte

⁵ S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, M. STEFAN, *It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal*, Ceps Policy Insights, 28 april 2017, pp. 1-15, spec. p. 4, reperibile [online](#). Ovviamente, il problema dell'elusione del controllo sulla compatibilità ai trattati di un atto *ex art.* 218, par. 11, TFUE si pone solo con gli atti delle istituzioni dell'Unione che interessano la conclusione di un accordo internazionale.

⁶ L'Agenzia europea per i medicinali, originariamente denominata «Agenzia europea di valutazione dei medicinali», è stata istituita con il [regolamento \(CEE\) n. 2309/93](#) del Consiglio, del 22 luglio 1993, che stabilisce le procedure comunitarie per l'autorizzazione e la vigilanza dei medicinali per uso umano e veterinario e che istituisce un'Agenzia europea di valutazione per i medicinali. In base all'art. 1, lett. e) della [decisione del 29 ottobre 1993](#), adottata di comune accordo dai rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti a livello di capi di Stato o di governo relativa alla fissazione delle sedi

maggiormente votate sono state quelle relative alle città di Amsterdam e di Milano. A fronte di un pari numero di voti raggiunto, però, la prima è stata selezionata sulla base di un successivo sorteggio. La decisione è stata poi incorporata nel regolamento (UE) 2018/1718⁷.

Analogamente, alla base del caso *Ela* vi è un'impugnazione proposta dal Parlamento europeo avverso la decisione che ha fissato a Bratislava la nuova sede dell'Autorità europea per il lavoro⁸, adottata di comune accordo dai rappresentanti dei governi degli Stati membri il 13 giugno 2019, a margine di una riunione del Consiglio.⁹ Il Parlamento europeo, come già la Repubblica italiana ed il Comune di Milano nel caso *Ema*, ha sostenuto che la decisione, apparentemente ascrivibile ai rappresentanti dei governi degli Stati membri, integrasse in realtà una decisione dissimulata del Consiglio. In entrambi i casi la Corte ha rigettato i ricorsi, imputando la decisione agli Stati membri. Nello specifico, essa ha concluso che le fosse precluso il sindacato giurisdizionale delle decisioni contestate, in quanto «att[i] di natura politica priv[i] di effetti giuridici vincolanti adottat[i] dagli Stati membri collettivamente»¹⁰.

Il ragionamento seguito dalla Corte può essere ricondotto a tre passaggi fondamentali.

di taluni organismi e servizi delle Comunità europee, nonché di Europol, la sede originaria dell'Agenzia era fissata a Londra. In dottrina, si veda nello specifico sull'*Ema*, G. DI FEDERICO, S. NEGRI, *L'Agenzia europea per i medicinali*, in *Unione europea e Salute. Principi, azioni diritti e sicurezza*, Milano, 2019, pp. 263-267; nello specifico sull'*Ela*, J. CREMERS, *Reflections on a European Labour Authority: Mandate, Main Tasks and Open Questions*, Brussels, 2018; ID., *The European Labour Authority and Enhanced Enforcement, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies*. European Parliament, Brussels, 2018; in generale sull'*Ema* e sull'*Ela*, J. ALBERTI, *Le agenzie dell'Unione europea*, Milano, 2018; C. TOVO, *Le agenzie decentrate dell'Unione europea*, Napoli, 2016; I. BIGHELLI, C. BARBUI, *What is the European Medicines Agency?*, in *Epidemiology and psychiatric sciences*, 2012, Vol. 21, pp. 245-247; V. SALVATORE, *Le agenzie dell'Unione Europea: profili istituzionali e tendenze evolutive*, Pavia Jean Monnet Centre of Pavia, 2011; ID., *Le Agenzie europee. Un nuovo strumento di governance per l'Unione*, in AA.VV., *L'Unione Europea e la società europea*. Contributo del Polo interregionale di Eccellenza Jean Monnet di Pavia al Rapporto González, Pavia, Jean Monnet Centre, 2010, pp. 45-56.

⁷ [Regolamento \(UE\) 2018/1718](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica il regolamento (CE) n. 726/2004 per quanto riguarda l'ubicazione della sede dell'Agenzia europea per i medicinali. Tale regolamento ha poi formato oggetto di separate impugnazioni promosse dalla Repubblica italiana (C-106/19) e dal Comune di Milano (C-232/19) che hanno condotto alla sentenza del 14 luglio 2022, *Italia c. Consiglio e Parlamento*, cit. dal contenuto analogo a quelle rese nei citati casi *Ema* ed *Ela*. Parte della dottrina ha criticato le scelte procedurali adottate dalla Corte, in quanto complicano il quadro delle controversie (D. SYMON, *Actes de l'Union-Actes des représentants des gouvernements des États membres*, in *Europe*, 2022, n. 10, comm. 315, pp. 1-2).

⁸ [Decisione \(UE\) 2019/1199](#) adottata di comune accordo dai rappresentanti dei governi degli Stati membri del 13 giugno 2019 sull'ubicazione della sede dell'Autorità europea del lavoro. Quest'ultima è stata istituita il 20 giugno 2019 con l'adozione del [regolamento \(UE\) 2019/1149](#) del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019.

⁹ La nuova sede è stata definita in ottemperanza all'impegno contenuto nella [dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione](#) adottata in concomitanza con il regolamento 2019/1149.

¹⁰ Sentenza *Ema*, cit., punto 113; sentenza *Ela*, cit., punto 91.

Il primo riguarda la competenza a fissare la sede di organi ed organismi. Si è, cioè, trattato di chiarire se le decisioni controverse rientrassero nel campo di applicazione dell'art. 341 TFUE, in base al quale «[l]a sede delle istituzioni dell'Unione è fissata d'intesa comune dai governi degli Stati membri» o se, invece, esse dovessero essere adottate dal legislatore in forza della base giuridica della politica nel cui ambito operava l'organismo¹¹. La Corte conclude che la base giuridica degli atti contestati sia da ricercarsi nelle «disposizioni sostanziali che attuano la politica dell'Unione nella quale l'organo o l'organismo in questione interviene»¹², dal momento che l'art. 341 TFUE è inidoneo a costituire la base giuridica della sede degli organi e degli organismi dell'Unione.

Basandosi sul tenore letterale della disposizione, sul contesto della sua approvazione e sugli obiettivi¹³, la Corte ha sostenuto che nel termine «istituzioni» rientrassero solo i soggetti elencati tassativamente di cui nell'art. 13 TUE e non anche gli organi e gli organismi dell'Unione europea¹⁴. Il trattato di Lisbona ha introdotto la distinzione tra «istituzioni», da un lato, e «organi ed organismi», dall'altro, mentre il contenuto della disposizione di cui all'art. 341 esisteva già nelle precedenti versioni dei trattati con una formulazione identica a quella attuale¹⁵. Inoltre, il senso della parola «istituzioni» di cui all'art. 341 TFUE è autonomo rispetto al contesto in cui è inserito e dunque agli artt. 340 TFUE e 342 TFUE, considerato che le *rationes* sottese alle relative disposizioni sono differenti¹⁶.

¹¹ Sentenza *Ema*, cit., punto 42; sentenza *Ela*, cit., punto 66.

¹² Sentenza *Ema*, cit., punto 88; sentenza *Ela*, cit., punto 64.

¹³ Sentenza *Ema*, cit., punti 67-99; sentenza *Ela*, cit., punti 43-74.

¹⁴ Sentenza *Ema*, cit., punto 69; sentenza *Ela*, cit., punto 45.

¹⁵ Sentenza *Ema*, cit., punti 70-71; sentenza *Ela*, cit., punti 46-47. In particolare, l'art. 341 TFUE riproduce la terminologia contenuta nell'art. 216 del trattato CEE, successivamente trasposto nell'art. 216 del trattato CE e, infine, nell'art. 289 CE. Sentenza *Ema*, cit., punto 71; sentenza *Ela*, cit., punto 47.

¹⁶ Così, l'espressione «istituzioni» non può trarre il suo significato dall'accezione che lo stesso termine ha nell'art. 340 TFUE, laddove comprende «anche l'insieme degli organi e degli organismi dell'Unione istituiti dai Trattati, ovvero in virtù di questi ultimi, e destinati a contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione»: Corte di giustizia, sentenze del 16 dicembre 2020, [cause C-597/18 P, C-598/18 P, C-603/18 P e C-604/18 P](#), Consiglio e a. c. *Chrysostomides & Co. E a.*, EU:C:2020:1028, punto 80, e del 2 dicembre 1992, [causa C-370/89](#), *SGEEM e Etroy c. BEI*, EU:C:1992:482, punti 13-16. Questa interpretazione si spiega con l'esigenza di evitare che l'Unione, per mezzo dei propri enti, finisca per sottrarsi al regime di responsabilità extracontrattuale di cui al combinato disposto dell'art. 268 TFUE e dell'art. 340, par. 2, TFUE (sentenza *Ema*, cit., punto 75; sentenza *Ela*, cit., punto 51; per analogia, sentenza *SGEEM e Etroy c. BEI*, cit., punti 14, 16). Se la nozione di istituzioni non comprendesse le articolazioni ulteriori, quali gli organi e gli organismi, l'Unione potrebbe violare situazioni giuridiche individuali, agendo attraverso di essi, senza che tali atti le fossero imputabili, ai sensi del combinato disposto degli artt. 268 TFUE e 340, secondo comma, TFUE). Secondo la Corte neppure l'art. 342 TFUE, ai sensi del quale «[i]l regime linguistico delle istituzioni dell'Unione è fissato, senza pregiudizio delle disposizioni previste dallo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, dal Consiglio, che delibera all'unanimità mediante regolamenti», può servire da base per l'interpretazione dell'art. 341 TFUE, dal momento che il regime linguistico di ciascun organo od organismo dell'Unione può essere diverso da quello applicabile alle istituzioni dell'Unione (Avvocato generale Bobek, conclusioni del 6 ottobre 2021, [cause riunite C-59/18, C-182/18 e causa C-743/19](#), rispettivamente *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, EU:C:2021:812,

Infine, anche l'obiettivo della disposizione di cui all'art. 341 TFUE è quello di riservare agli Stati membri la decisione della sede delle sole istituzioni dell'Unione in ragione della loro rilevanza costituzionale. Al contrario, la sede degli organi e degli organismi, necessari al perseguimento degli obiettivi dei trattati, viene definita per mezzo di atti del legislatore che hanno come base giuridica la disposizione sostanziale che attua la politica nel contesto del quale l'organo o organismo è destinato ad operare¹⁷.

Il secondo passaggio logico fondamentale delle due pronunce riguarda, come anticipato, la possibilità di imputare le decisioni contestate agli Stati membri ovvero al Consiglio. A riguardo, la Corte ha escluso che si trattasse di atti dissimulati dell'istituzione.

Partendo dal caso *Ema*, tale conclusione discende innanzitutto dal titolo e dal verbale della riunione¹⁸ che attribuiscono la paternità dell'atto ai capi di Stato o di Governo che lo hanno adottato a margine di una riunione del Consiglio Affari generali, tenutasi nella stessa data. Del pari, la Corte ha valorizzato il fatto che una proposta della Commissione¹⁹ si riferisse all'atto controverso come ad una decisione degli *Stati membri*. Rilevante è stato considerato²⁰ anche il fatto che in seguito alla decisione degli Stati membri il Consiglio abbia modificato il regolamento istitutivo dell'Agenzia con l'indicazione della sede definita nella decisione contestata²¹.

punto 98; sentenza *Ema*, cit., punto 77; sentenza *Ela*, cit., punto 53. In effetti, se si considera che già il regime linguistico può variare da istituzione ad istituzione – si pensi alla Corte di giustizia e alla Commissione, che utilizzano maggiormente rispettivamente il francese e l'inglese, è verosimile ipotizzare che, alla luce del fatto che le istituzioni rivestono un'importanza costituzionale (sentenza *Ema*, cit., punto 88; sentenza *Ela*, cit., punto 64), il regime linguistico funzionale vari a maggior ragione da istituzioni a organi e organismi dell'Unione. Infine, neppure il [protocollo n. 6](#) sulle sedi delle istituzioni e di determinati organi, organismi e servizi dell'Unione europea che contiene la determinazione della sede, tra l'altro, di determinati organi ed organismi ad opera dei rappresentanti dei governi degli Stati membri può portare ad includere gli organi e gli organismi tra le istituzioni *ex art. 341 TFUE*. Bisogna distinguere tra gli organi e gli organismi che siano stati creati dagli Stati membri e quelli istituiti «sulla base dei Trattati istitutivi, dal Legislatore dell'Unione». Anzi, il fatto che il protocollo si focalizzi espressamente solo su determinati organi ed organismi conferma la competenza del legislatore dell'Unione (conclusioni del 6 ottobre 2021, cit., punto 112; sentenza *Ema*, cit., punti 78-79; sentenza *Ela*, cit., punti 54-55).

¹⁷ Sentenza *Ema*, cit., punti 87-88; sentenza *Ela*, cit., punti 63-64.

¹⁸ Il verbale attiene alla riunione del Consiglio del 20 novembre 2017.

¹⁹ L'atto in oggetto è la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 726/2004 per quanto riguarda l'ubicazione della sede dell'agenzia europea per i medicinali, [COM\(2017\) 735 final](#) del 29 novembre 2017, che nel primo considerando constata che gli Stati membri avevano selezionato Amsterdam come la città che avrebbe ospitato la nuova sede dell'*Ema*.

²⁰ Sentenza *Ema*, cit., punti 101-102.

²¹ Con il [regolamento \(UE\) 2018/1718](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, che modifica il regolamento (CE) n. 726/2004 per quanto riguarda l'ubicazione della sede dell'agenzia europea per i medicinali, è stato modificato il [regolamento \(CE\) n. 726/2004](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali, con la specificazione della nuova sede dell'agenzia.

Analogamente, nel caso *Ela*, l'imputabilità della decisione ai rappresentanti dei governi ha trovato riscontro nel preambolo che li menziona espressamente, nonché nel fatto che i lavori preparatori (le decisioni concernenti le modalità procedurali di selezione delle offerte delle sedi) si fossero svolti nel contesto di riunioni realizzate a margine delle riunioni del Coreper del 13 marzo 2019 e del 5 giugno 2019²².

Sotto il profilo delle circostanze di adozione delle decisioni, poi, in entrambi i casi, di scarso rilievo sono state ritenute la partecipazione della Commissione e del Presidente del Consiglio, nonché l'utilizzo delle infrastrutture del Consiglio²³.

Il terzo passaggio consiste, infine, nel vaglio da parte della Corte della propria competenza sul controllo di legittimità, ai sensi dell'art. 263 TFUE. A questo proposito, la Corte ha considerato l'autore degli atti²⁴, indipendentemente dai loro effetti vincolanti²⁵. Su questa base, la Corte ha escluso la propria giurisdizione. I rappresentanti dei governi degli Stati membri non possono, infatti, essere qualificati alla stregua di legittimati passivi ai sensi dell'art. 263 TFUE perché la norma, limitando gli atti impugnabili a quelli delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, ha inteso escludere il controllo della Corte sugli atti adottati dagli Stati membri²⁶. In particolare, i trattati si basano sul fatto che «ciascuna istituzione, e così la Corte, agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai Trattati, secondo le procedure, le condizioni e le finalità da questi previste»²⁷. Di conseguenza, ammettere l'utilizzo del ricorso per annullamento avverso le decisioni contestate finirebbe per oscurare il ricorso per infrazione, unico strumento deputato proprio a porre rimedio agli inadempimenti degli Stati membri²⁸.

Chiarito il limite di giurisdizione *ex art.* 263 TFUE, per quanto atti degli Stati membri, le decisioni impugnate non possono essere assimilate a quelle di cui all'art. 341 TFUE. In tal modo, la Corte conclude che nei trattati manca una base giuridica rispetto agli atti controversi. Di conseguenza, essi non rientrano nell'ordinamento giuridico dell'Unione²⁹. In entrambi i casi, si tratta piuttosto di «atti di natura politica privi di effetti giuridici vincolanti adottati dagli Stati membri collettivamente»³⁰.

²² Sentenza *Ela*, cit., punti 78-79.

²³ Sentenza *Ema*, cit., punti 103-104; sentenza *Ela*, cit., punti 80-81.

²⁴ Sentenza *Ema*, cit., punto 106; sentenza *Ela*, cit., punto 83.

²⁵ La Corte ha richiamato la propria giurisprudenza che valorizza l'autore degli atti quale criterio per stabilire la propria giurisdizione. A questo proposito si veda da ultimo Corte di giustizia, ordinanze del 16 giugno 2021, [causa C-685/20 P, Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri](#), EU:C:2021:485, punto 47, e del 16 giugno 2021, [causa C- 684/20 P, Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri](#), EU:C:2021:486, punto 40.

²⁶ Sentenza *Ema*, cit., punti 107-108; sentenza *Ela*, cit., punti 85-86.

²⁷ Sentenza *Ela*, cit., punto 87.

²⁸ Sentenza *Ela*, cit., punto 86.

²⁹ Sentenza *Ema*, cit., punto 113; sentenza *Ela*, cit., punto 89.

³⁰ Sentenza *Ema*, cit., *ibidem*; sentenza *Ela*, cit., punto 91.

3. Il paradigma di imputazione dell'atto al suo autore nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Nella giurisprudenza pregressa sviluppatasi nell'ambito di ricorsi in annullamento, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi sul tema dell'imputazione dell'atto al suo autore. Ciò è avvenuto per la prima volta nel caso *Aets*³¹. La questione sottoposta alla Corte riguardava la possibilità di qualificare alla stregua di atto impugnabile ai sensi dell'attuale art. 263 TFUE la deliberazione del Consiglio del 20 marzo 1970 sulla negoziazione e sulla stipulazione da parte degli Stati membri della Comunità dell'accordo europeo relativo al lavoro degli equipaggi dei veicoli che effettuano trasporti internazionali su strada (*Aets*)³². In questo quadro, la Corte, enucleando il principio del parallelismo³³, ha ritenuto in primo luogo che la competenza della

³¹ Corte di giustizia, sentenza del 31 marzo 1971, [causa 22/70](#), *Aets*, EU:C:1971:32. Va segnalato che il caso *Aets* è noto principalmente per il principio del parallelismo dei poteri interni ed esterni di cui si parlerà più avanti.

³² L'accordo era stato firmato il 1° gennaio 1962 nell'ambito della commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite, da cinque Stati CEE e da altri Stati europei, ma non è mai entrato in vigore per mancanza di un numero sufficiente di ratifiche. La deliberazione impugnata del marzo 1970 veniva adottata dal Consiglio in vista della successiva riunione del sottocomitato dei trasporti stradali della commissione economica per l'Europa che si sarebbe tenuta dal 1° al 3 aprile 1970 a Ginevra.

³³ Secondo il principio richiamato, sul piano esterno l'Unione può concludere accordi internazionali in tutte le materie in cui dispone del potere di adottare atti sul piano interno (sentenza *Aets*, cit., punti 12-19). Per un'applicazione del principio sopra richiamato dopo la sentenza appena citata, si veda, Corte di giustizia, sentenze del 5 novembre 2002, [causa C-467/98](#), *Commissione c. Danimarca*, EU:C:2002:625, punto 82, e del 5 novembre 2002, [causa C-476/98](#), *Commissione c. Germania*, EU:C:2002:631, punto 108. Perché si potesse ricavare un potere parallelo a quello interno sul piano esterno, occorre inizialmente che sul piano interno fossero stati adottati atti nella relativa materia di competenza. La Corte ha poi esteso tale principio anche alle ipotesi in cui i poteri non fossero stati mai esercitati sul piano interno, nel momento in cui ha precisato che «anche qualora i provvedimenti comunitari di carattere interno vengano adottati solo in occasione della stipulazione e dell'attuazione dell'accordo internazionale, come prevede nella fattispecie la proposta di regolamento sottoposta dalla Commissione al Consiglio, la competenza ad impegnare la Comunità nei confronti degli Stati terzi deriva comunque, implicitamente, dalle disposizioni del trattato relative alla competenza interna, nella misura in cui la partecipazione della Comunità all'accordo internazionale sia, come nel caso in esame, necessaria alla realizzazione di uno degli obiettivi della Comunità»: (Corte di giustizia, [parere n. 1/76](#) del 26 aprile 1977, EU:C:1977:63, punto 4). La Corte ha successivamente specificato che, con riferimento alla competenza che fosse derivata all'allora Comunità per effetto del principio del parallelismo, essa «potrà avere natura esclusiva, escludendo una competenza parallela degli Stati membri, vuoi in forza delle norme del Trattato vuoi in funzione della portata dei provvedimenti che le istituzioni comunitarie hanno emanato in applicazione di tali norme e che possono privare gli Stati membri di una competenza di cui precedentemente godevano a titolo transitorio. È irrilevante al riguardo che i detti provvedimenti facciano o meno parte di una politica comune. Infatti, in tutti i settori che rientrano negli scopi del Trattato, l'art. 5 del medesimo impone agli Stati membri di facilitare la Comunità nell'adempimento dei propri compiti e di astenersi da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato, il che potrebbe per l'appunto avvenire nel caso in cui gli Stati membri potessero contrarre impegni internazionali comprendenti norme atte ad interferire con quelle adottate dalla Comunità. ... Se l'ambito di applicazione *ratione materiae* di una convenzione internazionale esula dal settore soggetto al regime di associazione dei paesi e territori d'oltremare, spetta agli Stati membri che provvedono alle relazioni internazionali di questi territori e che a tale titolo li rappresentano stipulare la convenzione in parola»: (Corte di giustizia, [parere 2/91](#) del 19 marzo 1993, emesso ai sensi dell'art. 228, n. 1, secondo comma, del Trattato CEE – Convenzione n. 170 dell'Organizzazione internazionale del lavoro in materia di sicurezza

Comunità in materia di politica comune nel settore dei trasporti fosse escludente rispetto a «qualsiasi competenza concorrente degli Stati membri»³⁴, in quanto «qualsiasi iniziativa presa fuori dall'ambito delle istituzioni comunitarie deve ritenersi incompatibile con l'unicità del mercato comune e con l'applicazione uniforme del diritto comunitario»³⁵. Gli Stati membri, dunque, non avrebbero potuto agire al di fuori delle istituzioni, rientrando la materia dei trasporti nell'ambito delle competenze concorrenti e avendo l'Unione già esercitato la relativa competenza sul piano interno. Legittimare questa azione, infatti, avrebbe significato conferire a ogni Stato membro il potere di concludere accordi internazionali in materia, rischiando di compromettere la coerenza e l'uniformità del diritto dell'Unione.

In questo quadro, una volta stabiliti i confini del principio di attribuzione, la Corte si è occupata del profilo dell'imputabilità dell'atto nel più ampio contesto della nozione di atto impugnabile ai fini dell'allora art. 173 TCEE. A fronte della contestazione del Consiglio, secondo cui la deliberazione controversa non fosse né un regolamento, né una decisione, né una direttiva ai sensi dell'allora art. 189 TCEE, la Corte stabiliva che l'azione di annullamento doveva potersi esperire nei confronti di «qualsiasi provvedimento adottato dalle istituzioni (indipendentemente dalla sua natura e dalla sua forma) che miri a produrre effetti giuridici»³⁶. Nel caso di specie, la deliberazione del 20 marzo 1970 produceva «precisi effetti giuridici, sia nei rapporti fra la Comunità e gli

durante l'impiego delle sostanze chimiche sul lavoro, EU:C:1993:106, punti 10-12 e 35). La giurisprudenza della Corte è stata, infine, recepita nell'art. 3, par. 2, TFUE, in forza del quale «[l']Unione ha inoltre competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata». In dottrina, si veda, *ex plurimis*, M. CREMONA, *The Principle of Conferral and Express and Implied External Competences*, in E. NEFRAMI, M. GATTI (eds.), *Constitutional Issues of EU External Relations Law*, Baden-Baden, 2018, pp. 29-62; R. GOSALBO BONO, F. NAERT, *The Reluctant (Lisbon) Treaty and Its Implementation in the Practice of the Council*, in P. EECKHOUT, M. LÓPEZ ESCUDERO (edited by), *The European Union's External Action in Times of Crisis*, Oxford-Portland, Oregon, 2016, pp. 13-84; P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, 2nd ed., Oxford, 2011; P. MENGOZZI, P. EECKHOUT, C. HILLION, R. POST, *Case 22/70, Commission v Council of the European Communities (European Agreement on Road Transport (ERTA))*, in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (edited by), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010, pp. 211-247; R. PASSOS, S. MARQUARDT, *International Agreements—Competences, Procedures and Judicial Control*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA, B. DE WITTE (eds.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Brussels, 2007, pp. 875-915; F. DEHOUSSE, C. MACZKOVICS, *Les arrêts open skies de la Cour de justice: L'abandon de la compétence externe implicite de la Communauté?*, in *Journal des Tribunaux*, 2003, pp. 225-236; R. HOLGARD, *The European Community's Implied External Competence after the Open Skies Cases*, in *European Foreign Affairs Review*, 2003, pp. 365-394; J.V. LOUIS, *La doctrine AETR et les impératifs de l'action externe de l'Union européenne*, in N. COLNERIC, J.-P. PUISSOCHET, D. RUIZ-JARABO COLOMER (Hrsg.), *Une communauté de droit: Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, 2003, pp. 315-327; P. PESCATORE, *External Relations in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities*, in *Common Market Law Review*, 1979, pp. 615-645.

³⁴ Sentenza *Aets*, cit., punti 30-32.

³⁵ Sentenza *Aets*, cit., punti 31-32.

³⁶ Sentenza *Aets*, cit., punti 38-43.

Stati membri, sia nei rapporti tra istituzioni»³⁷. L'atto veniva pertanto imputato al Consiglio in ragione della competenza attribuita dai trattati all'Unione per effetto della c.d. dottrina del parallelismo, citata sopra³⁸.

L'esigenza di distinguere il Consiglio dai rappresentanti dei governi degli Stati membri ai fini dell'imputabilità dell'atto al suo autore si è posta anche nel caso *Parlamento c. Consiglio*³⁹, in cui il Parlamento europeo impugnava una decisione, adottata dagli Stati membri nel contesto di una riunione del Consiglio, che concedeva un aiuto umanitario al Bangladesh. Secondo il ricorrente, l'atto controverso ledeva le proprie prerogative. Per accertare «che l'atto non sia in effetti una decisione del Consiglio», non era sufficiente la qualifica contenuta nell'atto stesso, occorrendo invece avere riguardo al «contenuto e [a]l complesso delle circostanze in cui è stato adottato»⁴⁰. In questo contesto, l'atto veniva considerato riconducibile agli Stati membri, tenuto conto della natura non esclusiva della competenza in materia di aiuti umanitari⁴¹, dell'irrelevanza delle circostanze invocate dal Parlamento (quali la menzione della proposta della Commissione nell'atto impugnato, il coinvolgimento della Commissione nella gestione dell'aiuto, nonché l'utilizzo del «criterio del PNL»⁴² di natura comunitaria nella ripartizione dell'aiuto) e, infine, del carattere non giuridicamente vincolante degli effetti dell'atto contestato⁴³. Anche nel caso di specie, la Corte per identificare l'autore dell'atto si è basata prevalentemente sulle norme dei trattati che attribuiscono le competenze. L'esame delle circostanze, quali il contenuto e il

³⁷ Sentenza *Aets*, cit., punti 52-55. La deliberazione contestata obbligava infatti gli Stati membri partecipanti a negoziare il contenuto del futuro accordo alla luce del [regolamento \(CEE\) n. 543/69](#) del Consiglio, del 25 marzo 1969, relativo all'armonizzazione di talune disposizioni in materia sociale nel settore dei trasporti su strada. Per inquadrare gli effetti giuridici dell'atto controverso, veniva considerato lo scopo dei negoziati e la procedura dei negoziati. Sotto il primo profilo, la deliberazione non mirava ad orientare mediante un coordinamento volontario la posizione dei membri del Consiglio ma puntava a «stabilire una linea di condotta vincolante per le istituzioni come per gli Stati membri». Sotto il secondo profilo, l'atto contestato derogava alle procedure del trattato per la stipula di accordi con i paesi terzi.

³⁸ Il caso *Aets* viene qui richiamato nel discorso dell'imputabilità dell'atto al suo autore. Come si chiarirà più avanti, si precisa tuttavia che la relativa sentenza è nota per aver innovato la giurisprudenza della Corte con l'introduzione del già menzionato principio del parallelismo e per aver introdotto una nozione sostanziale di atto impugnabile ai sensi dell'allora art. 173 TCEE.

³⁹ Sentenza *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, cit. Per commenti in dottrina, si veda *ex plurimis*, P. STARSKI, *Das supranational disziplinierte Völkerrecht*, in *European Law Reporter*, 2013, pp. 188-196; V. CONSTANTINESCO, *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Institutions et ordre juridique communautaire*, in *Journal du droit international*, 1994, pp. 467-469; L. NEVILLE BROWN, *Joined Cases C-181/91 and C-248/91, European Parliament v. Council and Commission, with annotation*, in *Common Market Law Review*, 1994, pp. 1347-1355; M.H. VAN DER WOUDE, *Joined Cases C-181/91 and C-248/91, European Parliament v. Council and Commission, with annotation*, in *Sociaal-economische wetgeving*, 1994, pp. 442-444.

⁴⁰ Sentenza *Parlamento c. Consiglio*, cit., punto 14.

⁴¹ Sul punto la Corte ha precisato che «agli Stati membri non è vietato esercitare collettivamente, nell'ambito del Consiglio o al di fuori di esso, i loro poteri in materia» (sentenza *Parlamento c. Consiglio*, cit., punto 16).

⁴² Il riferimento è al prodotto nazionale lordo.

⁴³ Sentenza *Parlamento c. Consiglio*, cit., punti 16, 18, 20 e 23-24.

complesso delle circostanze di adozione, non ha inciso in misura determinante sull'imputazione dell'atto al suo autore.

La medesima questione si è posta nel caso *NG c. Consiglio europeo*⁴⁴, in cui è stata contestata la validità di un accordo in materia di immigrazione, la c.d. dichiarazione UE-Turchia del Consiglio europeo del 18 marzo 2016⁴⁵, adottato verbalmente e documentato da un comunicato stampa. Il Tribunale, tuttavia, ha chiarito che oggetto dell'impugnazione fosse l'atto con cui il suo apparente autore aveva inteso stipulare l'asserito accordo e non l'accordo internazionale in sé⁴⁶. Per effetto dell'atto impugnato, i capi di Stato o di governo hanno stabilito che sarebbero stati rimpatriati, con risorse dell'Unione, tutti i nuovi migranti irregolari che avessero raggiunto il territorio greco dalla Turchia e che per ogni siriano riammesso dalla Turchia, un altro siriano sarebbe stato reinsediato dalla Turchia negli Stati membri. Il Tribunale ha imputato l'atto ai rappresentanti dei governi degli Stati membri, basandosi sul contesto in cui è stata realizzata la dichiarazione e sul suo contenuto. Più in particolare, dirimenti sono stati considerati i titoli del comunicato stampa delle prime due riunioni che menzionavano i capi di Stato o di governo dell'Unione⁴⁷. La Corte ha invece ritenuto non significativo il comunicato stampa della terza riunione (in prosieguo «il comunicato

⁴⁴ Tribunale, ordinanze del 28 febbraio 2017, [causa T-192/16](#), *NF c. Consiglio europeo*, EU:T:2017:128, punto 62; del 28 febbraio 2017, [causa T-193/16](#), *NG c. Consiglio europeo*, EU:T:2017:129, punto 63; del 28 febbraio 2017, [causa T-257/16](#), *NM c. Consiglio europeo*, EU:T:2017:130, punto 61. Per un commento all'ordinanza in dottrina, cfr. *ex plurimis*, si veda J.Y. CARLIER, L. LEBOEUF, *Droit européen des migrations*, in *Journal de droit européen*, 2019, n. 3, pp. 114-130; J.Y. CARLIER, L. LEBOEUF, *Droit européen des migrations*, in *Journal de droit européen*, 2018, pp. 95-110; F. PERALDI LENEUF, *Accès aux documents*, in *Europe*, 2018, avril, n. 4, pp. 15-17; S. DENYS, *Déclaration UE/Turquie*, in *Europe*, 2017, Avril n. 04, pp. 11-13; H. DE WAELE, *Toetsing van «Turkijedeaal». Gerecht van de EU schuift hete aardappel door*, in *Asiel en Migrantenrecht*, 2017, pp. 179-181; R. HOFMANN, A. SCHMIDT, *EU-Türkei-Deal «ohne Beteiligung der EU?» – Die Beschlüsse des EuG zur Erklärung EU -Türkei vom 18. März 2016*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2017, pp. 317-327; A. POPOV, *Identification de l'auteur de l'acte attaqué et recevabilité du recours en annulation: le Tribunal de l'Union estime que la «déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016» ne saurait faire l'objet d'un recours en annulation*, in *Revue des affaires européennes*, 2017, pp. 101-105.

⁴⁵ La questione è divenuta rilevante a seguito di taluni ricorsi ad opera di soggetti immigrati che chiedevano in via pregiudiziale di dichiarare l'invalidità della dichiarazione UE-Turchia del Consiglio europeo del 18 marzo 2016. La Corte ha rigettato le impugnazioni come manifestamente inammissibili (Corte di giustizia, ordinanza del 12 settembre 2018, [cause riunite da C-208/17 P a C-210/17 P](#), *NF e altri c. Consiglio europeo*, ECLI:EU:C:2018:705).

⁴⁶ Il Tribunale inoltre ha precisato che l'oggetto dell'accertamento fosse l'imputabilità dell'atto al Consiglio europeo e se detta deliberazione si riferisse ad un accordo internazionale adottato in violazione dell'art. 218 TFUE (ordinanza *NF c. Consiglio europeo*, cit., punto 46; ordinanza *NG c. Consiglio europeo*, cit., punto 47; ordinanza *NM c. Consiglio europeo*, cit., punto 45).

⁴⁷ Il comunicato stampa della prima riunione era intitolato «Riunione dei capi di Stato o di governo del[l'Unione] con la [Repubblica di] Turchia, 29 [novembre] 2015 – Dichiarazione Ue-Turchia» e definiva «dirigenti dell'Unione europea» coloro che avevano preso parte alla riunione con la controparte turca. Anche rispetto alla seconda riunione, il titolo del comunicato stampa recante «Dichiarazione dei capi di Stato o di governo del[l'Unione]» «indicava che erano i «capi di Stato o di governo del[l'Unione]» che avevano incontrato il Primo ministro turco e che «[avevano] convenuto di lavorare sulla base dei principi contenuti [nelle proposte supplementari presentate il 7 marzo 2016 dalla Repubblica di] Turchia»: ordinanza *NF c. Consiglio europeo*, cit., punti 49-51; ordinanza *NG c. Consiglio europeo*, cit., punti 50-52; ordinanza *NM c. Consiglio europeo*, cit., punti 48-50.

stampa n. 144/16») che descriveva i partecipanti alla stregua di membri del Consiglio europeo⁴⁸. Il medesimo comunicato poi presentava due diverse versioni, di cui una *web* e l'altra *PDF* cui corrispondevano due differenti descrizioni. Mentre il formato *web* conteneva rimandi al Consiglio europeo, quella *PDF* ai capi di Stato o di governo. Il Tribunale ha concluso che la differenza letterale costituisse una «volgarizzazione terminologica» dovuta al pubblico destinatario del comunicato. Quanto alla diversa formulazione, la versione *PDF* doveva considerarsi prevalente. L'atto controverso si riferiva pertanto a una deliberazione legata ad una dichiarazione dei Capi di Stato e di governo⁴⁹. Diversamente dai casi precedenti, l'individuazione dell'autore dell'atto avveniva secondo un'indagine prevalentemente fattuale, senza una previa verifica in base al sistema delle competenze attribuite dai trattati.

La questione dell'imputabilità dell'atto al Consiglio o ai rappresentanti dei governi degli Stati membri si è posta anche più di recente nella saga *Sharpston*, la cui nomina ad avvocato generale è stata revocata per effetto del recesso del Regno Unito dall'Unione. Nel caso in parola, l'ex avvocato generale inglese ha impugnato, tra le altre, la decisione degli Stati membri di nomina dell'avvocato generale Rantos, che è venuto a coprire il posto vacante⁵⁰. La Corte ha precisato che il criterio per definire la propria competenza a conoscere di atti degli Stati membri fosse l'autore dell'atto, indipendentemente dagli effetti giuridici vincolanti⁵¹; inoltre, ha confermato le pronunce del Tribunale⁵² e, fondandosi sull'art. 253 TFUE e sul contenuto dell'atto⁵³, lo ha

⁴⁸ In effetti, il comunicato stampa n. 144/16 conteneva tre riferimenti che lasciavano propendere per qualificare l'accordo alla stregua di un accordo dell'Unione. Il Tribunale ha infatti rilevato come «il comunicato stampa n. 144/16, relativo alla riunione del 18 marzo 2016 indica, in primo luogo, che la dichiarazione UE-Turchia è il risultato di una riunione tra i “membri del Consiglio europeo” e la “controparte turca”; in secondo luogo, che sono i “membri del Consiglio europeo” che hanno incontrato la controparte turca e, in terzo luogo, che sono “l'UE e la [Repubblica di] Turchia” che hanno concordato i punti di azione supplementari esposti nella suddetta dichiarazione»: ordinanza *NF c. Consiglio europeo*, cit., punto 54; ordinanza *NG c. Consiglio europeo*, cit., punto 55; ordinanza *NM c. Consiglio europeo*, cit., punto 53.

⁴⁹ Ordinanza *NF c. Consiglio europeo*, cit., punti 48, 50-51, 54 e 59-60; ordinanza *NG c. Consiglio europeo*, cit., punti 49, 51-52, 55, 60-61 e 70; ordinanza *NM c. Consiglio europeo*, cit., punti 47, 49-50, 53 e 58-59.

⁵⁰ [Decisione \(UE\) 2020/1251](#) dei rappresentanti dei governi degli Stati membri del 2 settembre 2020 relativa alla nomina di tre giudici e di un avvocato generale della Corte di giustizia.

⁵¹ Ordinanza *Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa C-685/20 P, cit., punto 47; ordinanza *Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa C-684/20 P, cit., punto 40.

⁵² Tribunale, ordinanze del 6 ottobre 2020, *Eleanor Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, [causa T-550/20](#), EU:T:2020:475, punto 31; del 6 ottobre 2020, *Eleanor Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, [causa T-180/20](#), EU:T:2020:473, punto 34.

⁵³ Corte di giustizia, ordinanze della Vicepresidente della Corte del 10 settembre 2020, [causa C-423/20 P\(R\)](#), *Consiglio c. Eleanor Sharpston*, EU:C:2020:700, punto 23; del 10 settembre 2020, [causa C-424/20 P\(R\)](#), *Rappresentanti dei governi degli Stati membri c. Eleanor Sharpston*, EU:C:2020:705, punto 23; ordinanza *Eleanor Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa T-550/20, cit., punto 31; ordinanza *Eleanor Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa T-180/20, cit., punto 34.

ricondotto agli Stati membri⁵⁴. Anche in questo caso si deve dare atto di una diversità rispetto ai casi precedenti che riguarda l'oggetto dell'atto, correlato al funzionamento dell'Unione e non riconducibile, pertanto, ad una competenza normativa in senso stretto attribuita dai trattati. Ciononostante, la base giuridica dell'atto è contemplata dall'art. 253 TFUE. In ogni caso, l'autore formale o apparente dell'atto coincideva con quello che sarebbe stato competente secondo i trattati, prevalendo così l'approccio normativo.

3.1. *Segue. Un'analisi del paradigma.*

Da uno sguardo alle sentenze sopra menzionate⁵⁵ risulta che il paradigma per l'imputazione dell'atto al suo autore abbia due componenti, una normativa e una fattuale e si articola in tre passaggi. In primo luogo, occorre identificare il c.d. autore normativo⁵⁶, vale a dire il titolare delle competenze sulla base delle norme dei trattati (componente normativa). Il secondo passaggio, nocciolo duro del criterio⁵⁷, consiste nel

⁵⁴ Ordinanza *Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa C-685/20 P, cit., punto 47; ordinanza *Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa C-684/20 P, cit., punto 40.

⁵⁵ La comparazione tra i casi analizzati sembra possibile, non ricorrendo elementi tali da inficiarne l'attendibilità. Per quanto, infatti, le materie affrontate dalla Corte, nei casi appena esposti, siano molto diverse tra loro, la questione giuridica alla base delle vicende ha sempre a che fare con l'individuazione dell'autore dell'atto nella fattispecie della duplice veste del Consiglio e degli Stati membri. Alcuni atti poi concernono la deliberazione sulla stipula di accordi internazionali. Solo nei casi *Sharpston* e nei casi *Ema* ed *Ela*, si tratta di atti di diritto derivato e specificamente riguardanti questioni di natura istituzionale. Neppure dal punto di vista della natura procedimentale e da quello dei soggetti coinvolti, pare ricorrano ostacoli alla comparazione. Sotto il primo profilo, infatti, si tratta di tre ricorsi in annullamento intra istituzionali (sentenza *Aets*, cit.; sentenza *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, cit.; sentenza *Ela*, cit.), due ricorsi per annullamento promossi da individui (ordinanza *Eleanor Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa T-550/20, cit.; ordinanza *Eleanor Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa T-180/20, cit.; sentenza *Comune di Milano c. Consiglio (Ema)*, cit.) ed un caso di rinvio pregiudiziale di invalidità (ordinanza *NF c. Consiglio europeo*, cit.; ordinanza *NG c. Consiglio europeo*, cit.; ordinanza *NM c. Consiglio europeo*, cit.). Neanche le differenze in punto di legittimazione per gli individui hanno inciso sul contenuto della decisione della Corte. Allo stesso modo, la presenza del Consiglio europeo come autore dell'atto non è di ostacolo dal momento che i soggetti normalmente delegati dall'istituzione sono i rappresentanti dei governi degli Stati membri. Nemmeno la direzione di applicazione del criterio impedisce in confronto. Di tutti i casi, tre atti vengono ricondotti agli Stati membri.

⁵⁶ Questo passaggio in particolare viene definito dall'avvocato generale Bobek, come la «riattribuzione della paternità formale [dell'atto] in base al contenuto». Vale la pena fare due osservazioni terminologiche preliminari. In primo luogo, l'espressione paternità formale, nello specifico, è utilizzata al punto 53 delle conclusioni, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit. – per la prima volta e nel prosieguo – per individuare il rapporto che intercorre tra l'autore formale di un atto, o meglio l'autore apparente, e l'atto medesimo. In secondo luogo, la locuzione «riattribuzione della paternità formale» postula una difformità dell'autore apparente da quello normativo.

⁵⁷ Il termine «criterio» viene qui utilizzato per fare riferimento all'approccio della Corte alla questione dell'imputabilità dell'atto al suo autore. Occorre dare atto, tuttavia, che il paradigma a questo fine risente delle diversità di oggetto e di circostanze alla base delle sentenze analizzate. Pertanto, il termine viene per convenzione inteso in senso lato, pur nella consapevolezza che l'utilizzo in questo contesto non è caratterizzato da coerenza e da razionalità.

verificare la paternità formale dell'atto *a posteriori*⁵⁸, accertando se colui che figura apparentemente come autore dell'atto (paternità formale) abbia anche il potere di adottarlo in base alle norme dei trattati (paternità sostanziale - autore sostanziale), potendo l'autore formale e l'autore sostanziale non coincidere⁵⁹. Infine, occorre accertare se sussista la competenza giurisdizionale della Corte. Questo approccio, in definitiva, implica un'analisi del «contenuto e [de]l complesso delle circostanze»⁶⁰ di adozione dell'atto della cui paternità si discute e mira ad evitare che la prevalenza della forma sulla sostanza impedisca il sindacato giurisdizionale sull'atto stesso⁶¹ (componente fattuale).

Il criterio normativo si riflette sulla ripartizione della competenza giurisdizionale tra i giudici degli Stati membri e la Corte di giustizia⁶². La legittimazione della Corte a conoscere del ricorso in annullamento, infatti, dipende dalla competenza normativa ma anche da quella sostanziale in capo all'Unione nella materia su cui l'atto contestato verte. Dunque, il criterio normativo è fondamentale per chiarire la natura istituzionale o intergovernativa dell'atto.

La componente normativa e quella fattuale possono operare nella medesima direzione. Si tratta di tutte le ipotesi in cui l'autore apparente o formale che risulti dalle circostanze fattuali coincida con l'autore normativo. È quanto pare sia accaduto nel caso *Parlamento c. Consiglio*, in cui gli atti, a prima vista riconducibili agli Stati membri, sono poi stati effettivamente attribuiti ai loro rappresentanti in ragione della natura concorrente dell'attribuzione. In effetti, la proposta della Commissione, cui si riferiva l'atto impugnato e il coinvolgimento della Commissione nella gestione del conto, su cui gli Stati membri avrebbero potuto scegliere di accreditare il danaro, non era un indice

⁵⁸ Va aggiunto inoltre che il giudizio della Corte attuato in sede di verifica della coincidenza dell'autore formale (che sembra emergere dai fatti) con l'autore normativo pare avere le sembianze di un «giudizio prognostico basato su un criterio normativo», secondo le norme dei trattati che attribuiscono la competenza. Nel momento in cui la Corte verifica la coincidenza, è come se si proiettasse al momento dell'adozione dell'atto per verificare quale sarebbe stato l'autore dell'atto secondo i trattati. Si spiega in quest'ottica, l'indagine che la Corte effettua nel caso *Aets* quando, ai punti 30-32 della citata sentenza, constata che dato che «qualsiasi iniziativa presa fuori dall'ambito delle istituzioni comuni si deve ritenere incompatibile con l'unicità del mercato comune». Del pari, nel caso *Parlamento c. Consiglio c. Commissione*, la Corte ha accertato che «agli Stati membri non è vietato esercitare collettivamente, nell'ambito del Consiglio o al di fuori di esso, i loro poteri in materia» (punto 16) come a dire che gli Stati avrebbero potuto agire al di fuori del Consiglio.

⁵⁹ Preliminarmente, è opportuno chiarire i termini che saranno utilizzati. L'autore apparente o formale coincide con l'autore dell'atto, quale risulta dalle circostanze fattuali. L'autore normativo, invece, identifica il soggetto competente secondo i trattati ad adottare l'atto controverso. In questo quadro, l'autore sostanziale o effettivo non coincide necessariamente né con l'autore apparente o formale, né con quello normativo.

⁶⁰ Corte di giustizia, sentenza del 30 giugno 1993, [cause riunite C-181/91 e C-248/91](#), *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, ECLI:EU:C:1993:271, punto 14.

⁶¹ Conclusioni avvocato generale Bobek, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 55; sentenza *Ema*, cit., punto 62; sentenza *Ela*, cit., punto 38.

⁶² Conclusioni avvocato generale Bobek, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 53.

certo e univoco della natura comunitaria dell'atto. Allo stesso modo nel caso *Sharpston*, le circostanze fattuali parevano convergere con la base giuridica dell'atto (art. 253 TFUE) in favore della natura intergovernativa, dal momento che il contenuto menzionava la conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati come autore.

Altre volte, tuttavia, le due componenti normativa e fattuale possono obbedire ad una logica antitetica, fino a condurre a risultati opposti. È cioè possibile che l'autore formale dell'atto diverga da quello a cui condurrebbe l'applicazione delle norme dei trattati che attribuiscono la competenza. È quanto è accaduto nel caso *Aets*, in cui, mentre le circostanze di adozione dell'atto sembravano dimostrarne la natura intergovernativa, la competenza esclusiva della Comunità ha condotto a identificarne l'autore con il Consiglio. È quanto sarebbe inoltre potuto succedere nel caso *NG c. Consiglio europeo* se il Tribunale avesse esaminato la base giuridica della competenza unitamente all'art. 3, par. 2, TFUE. Mentre le circostanze parevano rivelare la paternità intergovernativa dell'accordo, la competenza avrebbe indotto la Corte a concludere per la matrice istituzionale. Infatti, per quanto i comunicati stampa recassero l'intestazione degli Stati membri come autori dell'accordo, per la giurisprudenza della Corte sul principio del parallelismo, aggiornato agli sviluppi successivi alla sentenza *Aets*, non si può escludere che la Corte avrebbe potuto imputare all'Unione l'accordo (*rectius*, la deliberazione) in quanto atto di esercizio della competenza ad adottare atti in materia di rimpatrio⁶³. Segnatamente, esso concerne la riammissione di cittadini di paesi terzi. Tale competenza è espressamente prevista dall'art. 79 TFUE che al par. 1 dispone che «l'Unione svilupp[i] una politica comune dell'immigrazione» e al par. 3 conferisce all'Unione la facoltà di concludere accordi con paesi terzi per consentire la riammissione nei paesi di origine o di provenienza di coloro che siano sprovvisti dei requisiti per l'ingresso, la presenza o il soggiorno in uno degli Stati membri. La possibilità di ricondurre la dichiarazione UE-Turchia nell'ambito della politica di riammissione trova conferma nell'art. 1 dell'accordo che la definisce come «il trasferimento da parte dello Stato richiedente e l'ammissione, da parte dello Stato richiesto, di persone (cittadini dello Stato richiesto, cittadini di paesi terzi o apolidi) di

⁶³ Segnatamente, trattandosi di una materia che ha costituito oggetto in parte di una normativa comunitaria in vista della sua graduale armonizzazione, è precluso agli Stati membri adottare impegni, sebbene non in contrasto con il diritto comunitario. In dottrina, si veda: K. BABICKÁ, *EU-Turkey Deal Seems to Be Schizophrenic*, in *Migrationonline.cz*, 22 March 2016, reperibile [online](#); S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, M. STEFAN, *It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal*, cit.; G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, *The EU-Turkey Agreement: A Controversial Attempt at Patching up a Major Problem*, in *European Papers*, 2016, pp. 1097-1104, reperibile [online](#); S. PEERS, *The Draft EU/Turkey Deal on Migration and Refugees: Is It Legal?*, in *EU Law Analysis*, 16 March 2016, reperibile [online](#); J. POON, *EU-Turkey Deal: Violation of, or Consistency with, International Law?*, in *European Papers*, 2016, pp. 1195-1203, reperibile [online](#); T. SPIJKERBOER, *Minimalist Reflections on Europe, Refugees and Law*, in *European Papers*, 2016, pp. 533-558, reperibile [online](#); G. DE BAERE, *The Framework of EU External Competences for Developing the External Dimensions of EU Asylum and Migration Policy*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper n. 50, 2010, May. Corte di giustizia, parere 2/91, cit., punti 25-26.

cui sono stati riscontrati l'ingresso, la presenza o il soggiorno illegali nello Stato richiedente, conformemente alle disposizioni del presente accordo»⁶⁴.

Nel novero delle ipotesi in cui sia riscontrabile un'asimmetria tra la componente normativa e quella fattuale del paradigma, si possono rinvenire due tendenze. Quella in cui l'ago della bilancia sia totalmente a favore della soluzione cui conduce la componente normativa e, viceversa, quella in cui l'ago penda totalmente a favore di quella fattuale. Nell'ordinanza *NG. c. Consiglio europeo*, ad esempio, si nota un disequilibrio netto a favore della componente fattuale. In ogni caso, risulta prevalente la componente normativa. In tutte e tre le sentenze recanti l'analisi della base giuridica, infatti, la soluzione coincide con l'autore normativo. Così nel caso *Aets*, l'autore dell'atto è il Consiglio, mentre nel caso *Parlamento c. Consiglio* e nel caso *Sharpston* è la conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, così come previsto dalle relative basi giuridiche.

Ci si può chiedere a questo punto quale sia il *discrimen* che induce la Corte ad attribuire l'atto impugnato agli Stati membri o all'Unione. È importante avvertire che, in presenza di un ridotto campione di sentenze della Corte che concerne il criterio di imputazione in commento, mancano i presupposti per verificare l'esistenza di una tendenza generale sul ruolo della competenza esclusiva sul piano esterno dell'Unione per ricollegare l'atto controverso al suo autore. Ciononostante, è possibile formulare un'ipotesi sulla base delle pronunce esistenti.

Si può inoltre osservare che nei casi sin qui esaminati, esclusi il caso *Sharpston* e i casi *Ema* ed *Ela*⁶⁵, tutte le competenze normative, infatti, avevano al tempo dei fatti un carattere concorrente con quello degli Stati membri. La circostanza che gli atti controversi fossero correlati ad accordi internazionali, tuttavia, faceva in modo che, per effetto del c.d. principio del parallelismo, tendenzialmente nelle materie di competenza concorrente l'esercizio delle competenze divenisse esclusivo per le allora Comunità europee e per la successiva Unione europea. Ciò è accaduto in special modo in forza della giurisprudenza della Corte successiva⁶⁶ al caso *Aets*, secondo cui, perché l'esercizio della competenza normativa diventi esclusivo, è sufficiente, anche quando la

⁶⁴ M. GATTI, *The EU-Turkey Statement: A Treaty That Violates Democracy (Part 2 of 2)*, in *EJIL:Talk!*, 19 April 2016, reperibile [online](#). Il riferimento è all'[Accordo di riammissione delle persone in posizione irregolare tra l'Unione europea e la Repubblica di Turchia](#), stipulato nel 2014 tra l'Unione e la Turchia al fine di instaurare una cooperazione per il rimpatrio dei migranti irregolari. Vista la continuità per oggetto dell'accordo con la dichiarazione UE-Turchia, è ragionevole ipotizzare che vi sia anche una continuità nella terminologia adottata.

Qualora poi non venga condivisa la proposta di qualificare la materia alla stregua di una competenza esterna esclusiva, parte della dottrina propone di considerare l'accordo UE-Turchia un accordo misto, tra gli Stati membri e l'Unione (S. CARRERA, L. DEN HERTOOG, M. STEFAN, *It wasn't me!*, cit., p. 8).

⁶⁵ Casi in cui gli atti impugnati hanno un oggetto istituzionale.

⁶⁶ Corte di giustizia, parere 1/76, cit., punto 4.

competenza sul piano interno non sia mai stata esercitata, che il suo esercizio su quello esterno sia funzionale al perseguimento di uno degli obiettivi previsti dai trattati.

Ciò premesso, pare ragionevole osservare che il carattere esclusivo dell'esercizio sul piano esterno della competenza comunitaria e oggi europea sia un elemento determinante nella giurisprudenza della Corte, come è accaduto nel caso *Aets*⁶⁷. Conferma tale ipotesi l'attribuzione, nel caso *Parlamento c. Consiglio*, della deliberazione in materia di aiuti umanitari agli Stati membri, definita un'ipotesi di competenza «non esclusiva»⁶⁸. Anche qui è necessaria una precisazione. È altamente probabile che con questa espressione la Corte intendesse alludere alle c.d. competenze concorrenti parallele, non ancora codificate dai trattati al tempo dei fatti e che si caratterizzano per conservare il carattere concorrente dell'attribuzione, anche quando l'Unione l'abbia esercitata. Depone a favore di tale interpretazione l'inserimento della materia tra quelle oggi enumerate all'art. 4, par. 4, TFUE, introdotte dal trattato di Lisbona⁶⁹.

Inoltre, l'esercizio esclusivo delle competenze nei casi sin qui esaminati attiene a materie che incidono strettamente sull'integrazione economica. È su queste basi che la Corte potrebbe aver riservato espressamente all'Unione l'esercizio delle competenze nel settore dei trasporti internazionali, dal momento che qualsiasi atto al di fuori delle istituzioni comunitarie avrebbe danneggiato il mercato unico⁷⁰ e, con esso, l'applicazione uniforme del diritto comunitario. È possibile affermare allora che la logica alla base del principio del parallelismo e con esso delle competenze esclusive fosse proprio l'uniformità del diritto comunitario. In quest'ottica, non sembrava invece minacciare di pregiudicare il mercato unico l'esercizio non esclusivo delle competenze in materia di aiuti umanitari.

3.2. *Segue. I limiti del criterio normativo e gli effetti sulla competenza giurisdizionale della Corte di giustizia.*

⁶⁷ Sentenza *Aets*, cit., punti 16-19.

⁶⁸ Sentenza *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, cit., punto 16, ai sensi del quale «occorre ricordare che nel campo degli aiuti umanitari la competenza della Comunità non è esclusiva e che pertanto agli Stati membri non è vietato esercitare collettivamente, nell'ambito del Consiglio o al di fuori di esso, i loro poteri in materia».

⁶⁹ L'art. 130 X, TUE, disponeva che «la Comunità e gli Stati membri coordinano le rispettive politiche in materia di cooperazione allo sviluppo e si concertano nei rispettivi programmi di aiuto. Essi possono intraprendere azioni congiunte. Gli Stati membri contribuiscono, se necessario, all'attuazione dei programmi di aiuto comunitario». Nel momento in cui il trattato legittimava azioni congiunte della Comunità e degli Stati membri, implicitamente ammetteva la connivenza delle rispettive competenze, finanche dopo l'esercizio delle stesse ad opera dell'allora Comunità.

⁷⁰ Sentenza *Aets*, cit., punti 30-32.

Il criterio normativo⁷¹ in commento è finalizzato ad individuare chi è competente ad adottare l'atto in base ai trattati. Esso non consente quindi di giungere necessariamente all'accertamento del concreto autore dell'atto⁷². Secondo l'analisi dell'avvocato generale Bobek resa nei casi *Ema* ed *Ela* in relazione all'imputabilità dell'atto al suo autore, le ragioni risiedono nel fatto che il criterio sia stato enucleato, nella già citata sentenza *Aets*, per accertare se l'atto stesso fosse produttivo di effetti giuridici vincolanti. Sul punto, tuttavia, preme precisare che, per quanto nel caso *Aets* il paradigma a carattere prevalentemente normativo sia stato utilizzato per accertare l'efficacia giuridica nella deliberazione controversa, la Corte, nell'escludere che l'atto avrebbe potuto essere legittimamente adottato «al di fuori delle istituzioni comuni»⁷³, ha implicitamente accertato la sua natura comunitaria e dunque la sua imputabilità al Consiglio, *rectius* ai rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio e agenti in veste di membri del Consiglio. Quest'affermazione trova conferma nella circostanza che i punti 34-37 della sentenza stessa danno atto del fatto che il Consiglio, tra l'altro, avesse dedotto la natura di «concertazione politica degli Stati membri in sede di Consiglio» come argomento a favore della non impugnabilità dell'atto contestato. La Corte, nel prendere posizione su tale versante, ai punti 52-55 ha affermato l'imputabilità dell'atto al Consiglio nel momento in cui ha disposto che «[d]a quanto precede si desume che la deliberazione del Consiglio verteva su un oggetto che rientra nella competenza della Comunità; di conseguenza gli Stati membri non potevano agire fuori dall'ambito delle istituzioni comuni». Pertanto, l'analisi dell'avvocato generale Bobek va a mio parere interpretata nel senso che il passaggio relativo al previo inquadramento della competenza normativa ha senso nella misura in cui si tratti di verificare globalmente l'efficacia giuridica dell'atto impugnato. Esso ha perso invece di significato nel momento in cui è stato estrapolato da quel contesto, isolato e utilizzato per accertare la veste giuridica in concreto indossata dall'autore dell'atto. Secondo l'avvocato generale, infatti, nel caso *Aets*, trattandosi di una caratteristica intrinseca dell'atto – quale la sua efficacia giuridica – il parametro ha operato senza alcuna difficoltà. La sua implementazione in un contesto differente, qual è quello alla base della sentenza *Parlamento c. Consiglio* e dell'ordinanza *NG c. Consiglio europeo*, ha invece privato il criterio della sua efficacia nell'accertare chi fosse effettivamente l'autore dell'atto⁷⁴. In queste pronunce, partendo dal contenuto e dalle circostanze di

⁷¹ Con la locuzione «criterio normativo» si intende la componente normativa del paradigma.

⁷² Conclusioni avvocato generale Bobek, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 64.

⁷³ Sentenza *Aets*, cit., punti 30-32.

⁷⁴ Mentre nel caso *Aets*, i fatti da accertare atenevano all'esistenza di effetti giuridici vincolanti dell'atto, la questione dell'identità dell'autore dell'atto invece era una questione incidentale. Secondo l'avvocato generale, l'utilizzo del criterio normativo per l'accertamento degli effetti giuridici dell'atto controverso, e dunque elementi oggettivi e concreti, non ha posto problemi. Il trasferimento isolato del criterio normativo avulso dall'efficacia vincolante dell'atto in un contesto in cui l'oggetto

adozione, rispettivamente la Corte ed il Tribunale hanno tentato di identificarne gli autori, nonostante la loro identità materiale, vale a dire le ventisette persone presenti all'adozione delle deliberazioni contestate, fosse già in concreto nota. Ciò che invece era controverso era la funzione o il ruolo che i rappresentanti dei governi avrebbero dovuto esercitare in quel contesto in base ai trattati, una questione dunque meramente normativa. Ora, tentare di dedurre da circostanze fattuali – quali la natura delle riunioni dei capi di Stato o di governo degli Stati membri, i termini utilizzati, il contenuto della dichiarazione, la forma della sua pubblicazione, i documenti della riunione – la prova di un concetto normativo, quale la «veste giuridica» indossata, appare una verifica non sempre dirimente, soprattutto se si tiene conto del fatto che una decisione intergovernativa adottata a margine di una riunione del Consiglio sarà molto simile alla decisione adottata dai rappresentanti dei governi degli Stati membri in veste di componenti del Consiglio. Il contenuto sarà, infatti, correlato al diritto dell'Unione. Analogamente, potrebbe essere previsto il coinvolgimento delle altre istituzioni e la pubblicazione dell'atto sulla Gazzetta ufficiale dell'UE⁷⁵. Anche dal punto di vista fattuale, la distinzione delle «vesti» è piuttosto sottile⁷⁶. Conferenza dei rappresentanti dei governi e Consiglio, infatti, condividono la medesima composizione. La conferenza riunisce i rappresentanti dei governi degli Stati membri. L'art. 16, par. 2, TUE identifica i membri del Consiglio con i rappresentanti dei governi di ogni Stato membro, che siano in grado di esprimere la posizione dello Stato di appartenenza in maniera vincolante. Anche la congruenza rispetto ad alcune funzioni concorre ad accrescerne le similarità sino ad includere il potere decisionale. In materia di accordi stipulati tra gli Stati membri e lo Stato terzo⁷⁷, la competenza decisionale è esercitata dai rappresentanti dei governi degli Stati membri a margine di una riunione del Consiglio, anche se non in veste di consiglieri. Il Consiglio, poi, quando decide all'unanimità, a volte pare rivestire il ruolo esercitato da una conferenza intergovernativa nel contesto della procedura di

dell'accertamento è divenuta, invece, una caratteristica soggettiva e immateriale, quale la distinzione tutta normativa (nel senso di convenzionale), qual è la veste giuridica di membro del Consiglio o di rappresentanti dei governi degli Stati membri, ne ha compromesso le funzionalità.

⁷⁵ Conclusioni avvocato generale Bobek, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punti 70, 62 e 64. Dello stesso avviso è l'avvocato generale nel momento in cui afferma che «la distinzione tra gli atti emanati dal Consiglio come organo della Comunità e le sue deliberazioni adottate come organo di armonizzazione tra gli Stati membri non è formalmente mai percettibile a prima vista»: avvocato generale Dutheillet De Lamothe, conclusioni del 10 marzo 1971, [causa 22/70](#), EU:C:1971:23.

⁷⁶ D. KOCHENOV, G. BUTLER, *The Independence and Lawful Composition of the Court of Justice*, cit., p. 26; G. TESAURO, A. CIRCOLO, *Saturno che divora i suoi figli. La Corte di giustizia «conferma» la legittimità della decadenza dell'avvocato generale Sharpston*, in *Eurojus*, 2020, pp. 188-204, spec. p. 201, reperibile [online](#). Si vedano altresì le conclusioni avvocato generale Bobek, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 64.

⁷⁷ Sentenza *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, cit., punto 16.

revisione dei trattati ai sensi dell'art. 48, parr. 6 e 7, TUE⁷⁸. È il caso, ad esempio, delle deliberazioni volte all'integrazione dei diritti nascenti dalla cittadinanza europea (art. 25, c. 2, TFUE), delle decisioni concernenti la procedura uniforme per l'elezione a suffragio universale diretto (art. 223, par. 1, c. 2, TFUE), le finanze proprie (art. 311, c. 3, TFUE), il conferimento alla Corte di talune controversie riguardanti la proprietà intellettuale (art. 262 TFUE). Non sono mancate, poi, situazioni nelle quali il Consiglio medesimo abbia deliberato all'unanimità l'adozione di accordi in forma semplificata miranti a modificare i trattati, approvati senza la ratifica degli Stati membri, come è accaduto nel caso dei compromessi di Lussemburgo e Ioannina⁷⁹.

Il criterio normativo, inoltre, sembra prestarsi a pratiche elusive⁸⁰. Se la paternità sostanziale dell'atto coincide con l'autore normativo secondo i trattati, la ricevibilità del ricorso e la giurisdizione della Corte nell'ambito del ricorso per annullamento sono in definitiva ancorati alla competenza⁸¹. Di conseguenza, gli atti adottati dagli Stati membri non sono impugnabili⁸². Gli Stati membri nella duplice veste del Consiglio o del Consiglio europeo possono allora essere indotti ad emanare atti che non hanno il potere di adottare, strumentalizzandone la natura politica. Il problema si è presentato ad esempio nel caso *Defrenne c. Sabena*⁸³, laddove gli Stati membri hanno adottato una

⁷⁸ U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo nel Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 20, reperibile [online](#).

⁷⁹ U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento di Consiglio*, cit., p. 21.

⁸⁰ C. SCHEPISI, *La nozione di atto impugnabile ai sensi dell'art. 173 del Trattato CE, La natura comunitaria dell'atto impugnato e la sua imputabilità alle istituzioni*, in B. NASCIBENE, L. DANIELE (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998, pp. 109-140, spec. p. 124; C. CURTI GIALDINO, *La competenza della Corte di giustizia comunitaria circa gli atti dei rappresentanti dei governi in sede di Consiglio*, in AA. VV. *Studi di diritto europeo in onore di Riccardo Monaco*, Milano, 1977, pp. 175-203, spec. p. 175. Di recente, si constata un aumento della tendenza degli Stati membri a preferire il metodo intergovernativo rispetto a quello comunitario (U. VILLANI, *Metodo comunitario ed intergovernativo nell'attuale fase dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, pp. 268-269, reperibile [online](#); U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento di Consiglio*, cit., p. 18). Su questo punto, in effetti, sono stati avanzati da più parti in dottrina (D. KOCHENOV, G. BUTLER, *The Independence and Lawful Composition of the Court of Justice*, cit., p. 10; U. VILLANI, *Metodo comunitario ed intergovernativo*, cit., p. 267; K.J. MORTELMANS, *The extramural meetings of the Ministers of the Member States of the Community*, in *Common Market Law Review*, 1974, p. 82; P.J.G. KAPTEYN, P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Introduction to the Law of the European Communities after the Accession of the New Member States*, London, 1973, p. 122) avvertimenti in ordine al pericolo di elusione dei principi e dei valori fondanti dell'Unione, tra cui lo stato di diritto. L'ipotesi che i membri del Consiglio finiscano per avvalersi della veste intergovernativa per sottrarsi a talune disposizioni inderogabili dei trattati non è quindi così inverosimile (conclusioni del 10 marzo 1971, pp. 286-287). Sulla tendenza degli Stati membri dell'Unione a indossare la veste di membri del Governo in luogo di quella di membro del Consiglio o del Consiglio europeo, cfr. A.R. WESSEL, *The EU Solution to Deal with the Dutch Referendum Result on the EU-Ukraine Association Agreement*, in *European Papers*, 2016, p. 1306, reperibile [online](#), secondo cui «[u]sually, they are needed once Decisions cannot (solely) be taken by the Institutions, and Member States in their capacity as «states» need to step in. Indeed, not being an EU decision, the «Decision» thus adopted seems to be nothing less than an international agreement».

⁸¹ C. SCHEPISI, *La nozione di atto impugnabile*, cit., p. 124.

⁸² In tutte le ipotesi di incompetenza assoluta.

⁸³ Corte di giustizia, sentenza dell'8 aprile 1976, [causa 43/75](#), *Defrenne c. Sabena*, EU:C:1976:56, punti 56-58.

risoluzione al fine di prorogare il vigore di una norma transitoria contenuta nell'allora art. 119 TCEE. Nel caso di specie, tuttavia, la modifica dell'art. 119 TCEE avrebbe dovuto essere disposta mediante ricorso alla procedura di revisione. Per quanto la Corte abbia concluso per l'impossibilità dell'atto di interferire con l'efficacia nel tempo della disposizione del trattato, l'adozione dell'atto da parte degli Stati membri dell'atto controverso ha rappresentato un ostacolo al suo annullamento⁸⁴.

Anche la circostanza che l'autore sia normalmente in grado di intervenire sul contenuto dell'atto, nonché sulle circostanze di adozione e che dalla sua identificazione dipenda la ricevibilità del ricorso per annullamento sembra costituire un limite alla funzionalità del criterio in esame⁸⁵. Se si tiene conto del fatto che l'accertamento dell'autore possa dipendere dal contenuto dell'atto⁸⁶ ovvero dalle circostanze di adozione (quali l'allestimento e l'organizzazione delle riunioni), aspetti tutti facilmente plasmabili dagli autori dell'atto, è possibile che le istituzioni e gli Stati membri incidano sull'apparenza delle circostanze nel modo a loro più conveniente, alterando l'esito applicativo del criterio. Se così fosse, tale risultato sarebbe contrario alla stessa *ratio* del criterio normativo, che consiste nell'impedire che l'apparenza prevalga sulla sostanza, pregiudicando così il sindacato della Corte.

Va aggiunto, infine, che le circostanze su cui la Corte fonda la propria indagine non sembrano essere sempre coerenti. Infatti, gli stessi argomenti che in taluni casi hanno fondato la paternità formale dell'autore dell'atto, in altri sono stati ritenuti irrilevanti. Ad esempio, mentre nei casi *Parlamento c. Consiglio* e *Sharpston*⁸⁷, la Corte ha negato importanza al titolo dell'atto controverso ai fini dell'individuazione del suo

⁸⁴ C. SCHEPISI, *La nozione di atto impugnabile*, cit., p. 124; J. KLABBERS, *Informal instruments before the european Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 1994, pp. 997-1023; C. CURTI GIALDINO, *La competenza della Corte di giustizia comunitaria circa gli atti dei rappresentanti dei Governi in sede di Consiglio*, cit., pp. 184-185.

⁸⁵ Non a caso, la Commissione e il Consiglio europeo hanno potuto invocare il tenore letterale degli atti come argomento a favore della loro posizione al punto 30 della citata ordinanza *NG c. Consiglio europeo*. Per le ragioni sopra esposte, (limitatamente al diritto ad una tutela giurisdizionale), parte della dottrina ha evidenziato come l'apposizione della forma dell'atto come requisito di ricevibilità del ricorso di annullamento finisca per pregiudicare il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva del privato, in D. BONI, *Il ricorso di annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, in D. NASCIBENE (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998, pp. 53-108, spec. p. 87; P. NIHOUL, *La recevabilité des recours en annulation*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1994, pp. 171-194, spec. p. 175; S.M. CARBONE, *Organi comunitari, controllo di legittimità e soggetti privati*, Padova, 1973, p. 39.

⁸⁶ *Rectius*: dal tenore letterale del titolo e dai rimandi che un altro atto faccia all'atto controverso come ad esempio nelle sentenze *Ema* ed *Ela* in commento ovvero dal contenuto dell'atto (si veda sentenza *Parlamento c. Consiglio*, cit., punto 18) e il riferimento al testo dell'atto impugnato ovvero di un altro atto che richiami quello controverso (si veda sentenza *Ema*, cit., punto 101).

⁸⁷ Ordinanza *Eleanor Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa T-550/20, cit. punto 31; ordinanza *Eleanor Sharpston c. Consiglio e Rappresentanti dei governi degli Stati membri*, causa T-180/20, cit., punto 34.

effettivo autore, la medesima circostanza è invece stata valorizzata nel caso *NG c. Consiglio europeo*⁸⁸.

Analogamente, mentre nel caso *Parlamento c. Consiglio* certi argomenti, quali il coinvolgimento delle istituzioni ovvero l'utilizzo di un'espressione allora comunitaria (quale l'utilizzo del «criterio del PNL» all'interno dell'atto controverso), che, secondo il Parlamento europeo, costituisce un concetto squisitamente comunitario, sono stati ritenuti insignificanti⁸⁹ al fine dell'identificazione dell'autore dell'atto, nel caso *NG c. Consiglio europeo* hanno fondato l'accertamento della natura intergovernativa dell'atto⁹⁰.

I limiti del criterio normativo appena analizzati incidono sulla competenza giurisdizionale della Corte. A questo proposito, l'utilizzo del parametro è indubbiamente apprezzabile nella misura in cui conduce all'applicazione delle norme sulla competenza⁹¹ e, dal punto di vista della tutela giurisdizionale effettiva, conferisce alla Corte di giustizia la competenza a conoscere dell'atto, quando questo derivi dalla collettività degli Stati membri e risulti adottato dai rappresentanti dei governi degli Stati in veste di membri di un'istituzione, Consiglio o Consiglio europeo.

Il medesimo approccio, tuttavia, sembra avere l'effetto di far dichiarare ricevibili solo i ricorsi contro atti che siano stati adottati da soggetti che siano normativamente competenti, in tutti i casi in cui l'atto rientri astrattamente nella competenza dell'Unione, anche quando sia stato adottato in concreto dagli Stati membri. Nel momento in cui la Corte identifica l'atto impugnabile con quello delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione di cui all'art. 263 TFUE, facendo coincidere dunque il legittimato passivo con il soggetto che è competente ai sensi delle norme dei trattati, dà infatti l'impressione di subordinare l'impugnabilità dell'atto all'assenza di vizi di competenza (assoluta). Ciò pone però dei dubbi circa il rispetto del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale *ex art. 47* della Carta dei diritti fondamentali (CDFUE) e della competenza giurisdizionale che ha la Corte nell'ambito di tale ricorso. In tal modo, infatti, il paradigma limita l'accesso alla tutela giurisdizionale, subordinando l'utilizzo di uno strumento che mira a rimuovere, tra gli altri, vizi di incompetenza assoluta

⁸⁸ Ordinanza *NF c. Consiglio europeo*, cit., punti 50-51; ordinanza *NG c. Consiglio europeo*, cit., punti 51-52; ordinanza *NM c. Consiglio europeo*, cit., punti 49-50. Il Tribunale poi nella medesima pronuncia, nonostante abbia ritenuto rilevante il titolo in relazione ai comunicati stampa delle prime due riunioni, ha considerato non significativo il comunicato della terza. La differenza di formulazione tra la versione *PDF* del comunicato e quella cartacea è giustificata, infatti, dalla «volgarizzazione terminologica» imputabile al tipo di documento. La medesima considerazione potrebbe allora valere con riguardo ai casi sopra analizzati dal momento che, anche nel caso *Parlamento c. Consiglio*, il documento preso in esame era un comunicato stampa.

⁸⁹ Sentenza *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, cit., punti 19-23.

⁹⁰ Ordinanza *NF c. Consiglio europeo*, cit., punto 62; ordinanza *NG c. Consiglio europeo*, cit., punto 63; ordinanza *NM c. Consiglio europeo*, cit., punto 61.

⁹¹ Conclusioni avvocato generale Bobek, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 72.

dell'atto all'assenza stessa di tali difetti. Risulta quindi preclusa l'impugnazione dell'atto per vizi di incompetenza assoluta, contrariamente a quanto il combinato disposto dell'art. 263 TFUE e dell'art. 47 CDFUE sembra permettere all'individuo.

Il criterio in esame potrebbe inoltre contraddire il limite di giurisdizione. Facendo coincidere l'identità dell'autore dell'atto contestato con quella dell'autore normativo, esso ha l'effetto di sottoporre al giudizio della Corte atti che in realtà potrebbero di fatto essere stati adottati dagli Stati membri, in aperta contraddizione dunque con il confine di competenza della Corte di giustizia. Analogamente, esso può condurre ad un diniego di giurisdizione di atti che concretamente siano stati adottati dalle istituzioni. Anche in questo caso, questo risultato pone dei dubbi di compatibilità con il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 CDFUE, dal momento che impedisce all'individuo di essere tutelato contro un atto delle istituzioni, il monopolio del controllo di legittimità del quale è riservato alla Corte di giustizia.

Da quanto precede, emerge dunque che il criterio normativo può essere fuorviante. Agli aspetti sopra segnalati, se ne aggiungono altri che concorrono a renderne incerta l'applicazione. Nelle materie di competenza concorrente (sul piano interno), ad esempio, è difficile comprendere nella pratica se l'Unione abbia effettivamente esercitato la propria competenza normativa⁹². Risulta, infine, dubbia l'applicazione del parametro alle deliberazioni adottate dai rappresentanti dei governi degli Stati membri al di fuori delle riunioni del Consiglio⁹³.

4. Osservazioni conclusive.

Nei casi *Ema* ed *Ela*, la Corte di giustizia sembra essersi distaccata dall'approccio precedente nel momento in cui, pur constatando la competenza normativa dell'atto contestato in capo al legislatore dell'Unione, ha imputato l'atto ai rappresentanti dei governi degli Stati membri. Dall'altro lato, l'elemento di continuità rispetto alla giurisprudenza pregressa risiede nell'aver esaminato la base giuridica dell'attribuzione in relazione agli atti contestati. Anche le circostanze verificate per accertare l'identità dell'autore dell'atto costituiscono un ulteriore elemento in linea con le sentenze precedenti⁹⁴.

⁹² Conclusioni avvocato generale Bobek, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 76.

⁹³ Conclusioni avvocato generale Bobek, *Repubblica Italiana, Comune di Milano c. Consiglio dell'Unione europea, Parlamento c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 77. Per quanto, infatti, la giurisprudenza della Corte lo ha applicato sia verso gli Stati membri che verso le istituzioni, la questione non è mai stata affrontata espressamente dalla stessa Corte.

⁹⁴ La Corte ha infatti valorizzato il titolo della decisione impugnata, il riferimento ai capi di Stato o di governo di cui al verbale della riunione nel caso *Ema* (sentenza *Ema*, cit., punto 101), nonché il titolo e il preambolo della decisione contestata nel caso *Ela* (sentenza *Ela*, cit., punto 77), elementi che facevano entrambi riferimento ai «rappresentanti dei governi degli Stati membri», a fronte della loro irrilevanza nel caso *Parlamento c. Consiglio*, nonché nel caso *NG c. Consiglio europeo*. Analogamente, nei casi *Ema* ed

Il nuovo modo della Corte di accertare la paternità dell'atto presenta diversi aspetti positivi. In primo luogo, preserva il principio dell'equilibrio istituzionale. La Corte, infatti, ribadisce la necessità che il legislatore dell'Unione adotti un atto giuridico secondo la procedura legislativa prevista per la materia cui l'Agenzia si riferisce, l'unico atto giuridicamente vincolante nel definire la sede degli organi e degli organismi dell'Unione. Essa, inoltre, pone l'accento sull'importanza della legittimazione democratica nell'adozione di tali decisioni, quando osserva che l'equilibrio geografico della sede di un ente è rispettato dal processo legislativo dell'Unione che mira a «rafforzare il sostrato democratico di una decisione relativa alla designazione del luogo della sede di un organo o di un organismo dell'Unione»⁹⁵.

La più recente prospettiva promuove altresì la tutela giurisdizionale effettiva perché, se le decisioni contestate non sono impugnabili, certamente lo sono gli atti giuridici che il legislatore deve adottare separatamente affinché possano essere validamente individuate le sedi delle agenzie. È, infatti, onere del legislatore l'adozione, all'interno delle procedure contemplate dai trattati, di una decisione che confermi o si allontani dal contenuto delle decisioni impuginate⁹⁶.

Specificamente la sentenza *Ela* presenta l'ulteriore pregio di chiarire i rapporti tra i rimedi previsti dal trattato. Come già accennato sopra, in essa si afferma il principio della gerarchia e della tassatività dei rimedi.

La medesima ottica, poi, rimarca il principio di legalità. Volgendo lo sguardo a entrambe le sentenze in commento, la Corte ha ricordato che, in assenza di una base giuridica specifica, un atto non è in grado di produrre effetti giuridici vincolanti (come le due decisioni oggetto di causa). Le sentenze della grande sezione rappresentano dunque la riaffermazione dello stato di diritto⁹⁷, sotto il profilo delle procedure di adozione degli atti giuridici vincolanti, nonché della tutela giurisdizionale effettiva.

L'emancipazione della Corte dal criterio normativo evita, inoltre, le difficoltà, talora di non poco conto, legate alla possibile violazione dei limiti di giurisdizione e al diniego di giurisdizione. Infatti, nell'ipotesi in cui l'autore formale o apparente coincida con l'autore normativo (sia nel caso in cui la Corte abbia imputato l'atto alla conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, sia che lo abbia ricondotto al Consiglio) la componente fattuale e quella normativa del paradigma sono in perfetto equilibrio, senza che si verifichino problemi in tal senso. È tuttavia possibile che

Ela, i medesimi argomenti quali il coinvolgimento delle istituzioni, la natura delle riunioni, le loro modalità di svolgimento e la forma di pubblicazione dell'atto impugnato non sono stati ritenuti significativi ai fini della valutazione della paternità dell'atto adottato in capo agli Stati membri (sentenza *Ema*, cit., punti 103-104; sentenza *Ela*, cit., punti 80-81).

⁹⁵ Sentenza *Ema*, cit., punto 45; sentenza *Ela*, cit., punto 71.

⁹⁶ Sentenza *Ema*, cit., punto 11; sentenza *Ela*, cit., punto 90.

⁹⁷ Al punto 59 della sentenza *Ema* e al punto 35 della sentenza *Ela*, la Corte ricorda anzitutto che «[l']Unione europea è un'Unione di diritto dotata, dal Trattato FUE, di un sistema completo di rimedi giurisdizionali».

l'autore formale o apparente diverga dall'autore normativo. In queste situazioni, si prospettano invece due possibili inconvenienti. Nell'ipotesi in cui l'autore formale o apparente coincida con la conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri e l'autore normativo con il Consiglio ma l'autore concreto non sia l'autore normativo, l'imputazione dell'atto a quest'ultimo, sulla base delle norme dei trattati sulla competenza, potrebbe avere l'effetto di attrarre nella giurisdizione della Corte atti per cui essa non è formalmente competente, con la conseguenza di violare il limite di giurisdizione. La legittimazione della Corte a conoscere del ricorso cessa allora di avere quale presupposto la competenza dell'Unione europea a emanare atti, in violazione dunque del principio di attribuzione delle competenze. Allo stesso modo, nell'ipotesi in cui l'autore formale o apparente sia il Consiglio e l'autore normativo la conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, l'imputazione dell'atto alla conferenza esclude la giurisdizione della Corte. In tal modo, il suo sindacato è precluso contrariamente al diritto ad una tutela giurisdizionale e all'obbligatorietà del sindacato della Corte come richiesto dai trattati⁹⁸.

Oltre a ciò, il distacco della Corte dall'autore normativo nell'imputazione dell'atto supera gli inconvenienti legati all'inidoneità delle circostanze fattuali a dimostrare l'identità dell'autore normativo, analizzate dall'avvocato generale Bobek. Il fatto che non si debba dimostrare la convergenza dell'autore normativo con l'autore concreto evita i problemi legati alla fisiologica incapacità delle circostanze fattuali di dimostrare l'identità fattuale di chi avrebbe dovuto essere l'autore dell'atto secondo i trattati⁹⁹.

Sebbene amputato del criterio normativo e degli inconvenienti ad esso collegati, il paradigma conserva aspetti negativi.

In primis, si è già anticipato come la Corte nelle sentenze in commento abbia constatato l'inefficacia dell'atto agli effetti del diritto dell'Unione¹⁰⁰. Ebbene, per quanto tale constatazione rimarchi in positivo l'importanza del principio della certezza del diritto per il diritto dell'Unione, dall'altro lato l'atto contestato è comunque frutto dell'incontro della volontà degli Stati membri¹⁰¹ e come tale, con il mero consenso degli Stati membri, sia pur sul piano del diritto internazionale, rischia di aprire un canale che consenta agli stessi di venir meno agli obblighi da loro assunti in virtù della loro appartenenza all'Unione europea.

⁹⁸ Sentenza *Defrenne c. Sabena*, cit., punto 34.

⁹⁹ Si è già visto sopra come il criterio normativo deleghi le circostanze fattuali a dare prova dell'afferenza dell'atto controverso all'autore normativo e si è dato conto dell'inidoneità delle predette circostanze a dimostrare una mera distinzione normativa, qual è la veste giuridica indossata in occasione dell'emanazione dell'atto. Mentre i fatti possono dimostrare l'identità materiale dell'autore concreto dell'atto, analoga prova non possono fornire con riguardo all'identità normativa di colui che avrebbe dovuto adottare l'atto secondo i trattati. Ebbene, il fatto che non occorra più dimostrare l'identità dell'autore normativo rimuove l'inconveniente legato alla fisiologica inidoneità di circostanze fattuali a dimostrare un elemento normativo, non verificatosi.

¹⁰⁰ Sentenza *Ema*, cit., punto 110; sentenza *Ela*, cit., punto 90.

¹⁰¹ C. SCHEPISI, *La nozione di atto impugnabile*, cit., p. 124.

In secundis, restano le difficoltà nel discernere il Consiglio dalla conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, agendo entrambi nella persona dei capi di Stato o di governo o loro delegati¹⁰², nonché il problema dell'ambiguità delle circostanze fattuali come il contenuto dell'atto e le sue circostanze di adozione che, in quanto neutre, sono ambivalenti. Anche la componente fattuale del paradigma, pertanto, rischia di condurre a un accertamento non del tutto risolutivo quanto all'identità dell'autore dell'atto.

Cionondimeno, le difficoltà di accertamento nell'imputazione dell'atto al suo effettivo autore potrebbero essere parzialmente accantonate con riguardo a quegli atti aventi un oggetto istituzionale, come ad esempio le decisioni che definiscono la sede di un organo od organismo dell'Unione ovvero quelle di nomina o di revoca di un giudice della Corte di giustizia. Il contenuto oggettivo in questi casi sottolinea il collegamento di tali atti con i trattati, dal momento che i primi trovano la propria base giuridica negli ultimi e dal momento che incidono sul funzionamento dell'Unione. È infatti nell'esistenza stessa dell'Unione che risiede la loro ragion d'essere.

Al di là delle valutazioni sull'opportunità della distinzione¹⁰³ della doppia veste giuridica del Consiglio e della conferenza dei governi, si potrebbe ipotizzare

¹⁰² Dall'altro lato, però, si è già segnalato come la «frode delle vesti» sia dannosa sia dal punto di vista della tutela giurisdizionale che da quello dell'interesse collettivo al buon funzionamento dell'Unione per l'estromissione del Parlamento europeo dalla procedura di adozione dell'atto e dalla giurisdizione della Corte (M. GATTI, *The EU-Turkey Statement: A Treaty That Violates Democracy (Part 2 of 2)*, cit.; J. S. VARA, *Soft International agreements*, cit., p. 36). A quest'ultimo proposito, va segnalato che nell'assetto istituzionale odierno si osserva un'accentuata asimmetria a favore della componente intergovernativa a pregiudizio di quella non governativa (U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento di Consiglio*, cit., p. 21), soprattutto a seguito dell'acquisto della qualifica di istituzione ad opera del Consiglio europeo avvenuta con Lisbona; le affinità nella composizione intergovernativa che la nuova istituzione condivide con il Consiglio sono aumentate. Così, le due istituzioni sintetizzano la volontà collegiale dei governi degli Stati membri. In base all'art. 235, par. 1, c. 2, TFUE, il Presidente del Consiglio europeo e quello della Commissione, sebbene membri del Consiglio europeo, non prendono parte al voto quando l'istituzione di indirizzo politico delibera mediante votazione (R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2022, pp. 61, 66). La presenza di una duplice sede di rappresentanza della componente governativa finisce peraltro per conferire rilevanza alla struttura gerarchica in seno agli esecutivi degli Stati membri. Il Consiglio costituisce, pertanto, un duplicato del Consiglio europeo.

Inoltre, anche in considerazione della spettanza al Consiglio europeo di talune funzioni in grado di incidere formalmente sui processi decisionali dell'Unione, l'asimmetria a favore della componente governativa rispetto a quella non governativa nell'assetto istituzionale dell'Unione è ulteriormente marcata. In un quadro in cui la presenza governativa è alterata rispetto a quella non governativa e che si fonda sulla *rule of law*, la modificazione dell'equilibrio istituzionale suggerisce di minimizzare il più possibile il rischio che l'incertezza giuridica finisca per agevolare abusi. Al contrario, lo sbilanciamento rilevato pone l'attenzione sull'esigenza di ripristinare l'equilibrio istituzionale, quello stesso valore che ha indotto la Corte nel caso «*Les Verts*» (Corte di giustizia, sentenza del 23 aprile 1986, [causa 294/83](#), *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlamento europeo*, EU:C:1986:166) ad estendere il proprio sindacato di legittimità anche agli atti del Parlamento europeo. Analogamente, *a fortiori* potrebbe non essere così peregrina l'ipotesi che giustifica l'estensione del sindacato giurisdizionale agli atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, alla luce del significativo mutamento che il complesso istituzionale ha registrato a partire da Lisbona.

¹⁰³ Ci si può chiedere se sia tuttora opportuna, nonostante lo stadio di avanzamento dell'integrazione dell'Unione europea, la distinzione tra Consiglio e rappresentanti dei governi degli Stati

l'introduzione di un criterio, mediante la modifica dei trattati, che consenta di determinare la competenza della Corte in funzione dell'oggetto dell'atto adottato dai rappresentanti dei governi degli Stati membri. Sul punto, occorre prendere atto che secondo la Corte, in grande sezione, l'estensione della nozione di atti impugnabili ai fini dell'art. 263 TFUE porterebbe a un'elusione dei rimedi giuridici previsti dai trattati¹⁰⁴. Va anche detto che, se gli Stati membri operano alla stregua di soggetti sovrani quando approvano atti che riguardano materie in relazione alle quali non hanno ceduto quote di sovranità, essi sembrerebbero agire invece in qualità di organo dell'Unione europea, quando adottano atti relativi a soggetti, quali le agenzie, ascrivibili al sistema di funzionamento dell'UE, al fine di garantirne la regolarità (così come, nel caso *Sharpston*, agendo come corpo elettorale dei membri della Corte di giustizia)¹⁰⁵. L'organo è per definizione un elemento costitutivo di una totalità, quale parte che possiede una specifica funzione armonizzata all'interno di un dato sistema¹⁰⁶. I corrispondenti atti di designazione dei giudici e degli avvocati generali, nonché di definizione delle sedi degli organismi Ema ed Ela, pertanto, potrebbero agevolmente essere considerati imputabili all'Unione europea¹⁰⁷. D'altra parte, l'adesione del trattato a tale accezione di organo all'art. 263 TFUE parrebbe potersi dedurre dai termini selezionati nelle differenti versioni linguistiche della medesima disposizione. In inglese, ad esempio, la nozione di «organi ed organismi dell'Unione europea» è resa mediante ricorso alle parole «*bodies, offices or agencies*», «*organes ou organismes*» in francese,

membri in tutte quelle deliberazioni che concernono il funzionamento dell'Unione europea, come la scelta delle sedi delle agenzie ovvero delle istituzioni, nonché la nomina dei membri della Corte di giustizia. In tutti questi casi, infatti, la soluzione non sembra al passo con i tempi se si considera che attualmente le organizzazioni internazionali, che pure fondano il proprio funzionamento sul metodo intergovernativo, si avvalgono delle proprie istituzioni per adottare le decisioni sul funzionamento della stessa organizzazione (U. DRAETTA, *Composizione e funzionamento di Consiglio*, cit., p. 17).

¹⁰⁴ In particolare, la statuizione della Corte sull'aggiornamento dei rimedi previsti dai trattati (sentenza *Ela*, cit., punto 86) nasce dalla deduzione del Parlamento che propone di ascrivere la decisione sulla sede delle agenzie agli atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri che definiscono, ai sensi dell'art. 341 TFUE, la sede delle istituzioni. Secondo il Parlamento, poi, la predetta decisione sarebbe impugnabile ai sensi dell'art. 263 TFUE, in quanto atto del Consiglio o comunque in quanto atto degli Stati membri, la verifica della cui legittimità si impone per «verificare il rispetto delle attribuzioni conferite alle istituzioni dai Trattati, nel senso indicato dall'articolo 13, paragrafo 2, TUE»: sentenza *Ela*, cit., punti 26, 31-32.

¹⁰⁵ P.J.G. KAPTEYN, P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Introduction to the Law of the European Communities*, cit., p. 120; D. KOCHENOV, G. BUTLER, *The Independence and Lawful Composition of the Court of Justice*, cit., p. 25.

¹⁰⁶ In Enciclopedia Treccani si legge che si definisce organo un'«[u]nità capace di esplicare una determinata funzione, sia isolatamente, sia come parte di un sistema. Unità anatomica, fisiologica e funzionale costituita da diversi tipi di tessuti associati per svolgere specifiche funzioni che interessano l'intero organismo» (reperibile [online](#)).

¹⁰⁷ C. CURTI GIALDINO, *La competenza della Corte di giustizia comunitaria circa gli atti dei rappresentanti dei Governi in sede di Consiglio*, cit., pp. 182-183. L'Autore, nel delineare il campo di indagine della propria analisi, sottolinea l'importanza di espungere dal novero degli atti che vi confluiscono quelli integrativi del Trattato, tra i quali menziona specificamente «gli atti della collettività degli Stati membri relativi alla nomina dei (...) giudici e degli avvocati generali della Corte comunitaria ed alla fissazione della sede delle istituzioni comunitarie».

nonché attraverso il riferimento ad «*organos u organismos*» in spagnolo. Le presenti locuzioni sembrano volte ad enfatizzare la funzionalità dell'ente, quale parte di un quadro organico e coordinato di elementi convergenti verso il medesimo obiettivo, ossia il corretto funzionamento del sistema.

Da ultimo, distinguere gli atti degli Stati con oggetto istituzionale dagli altri atti degli Stati membri ai fini della loro impugnabilità pare coerente con la *ratio* della riforma attuata con il trattato di Lisbona¹⁰⁸. La necessità di garantire una tutela giurisdizionale effettiva, infatti, ha spinto la Corte ad estendere la sindacabilità degli atti anche a soggetti non classificabili quali istituzioni nel momento in cui ne ha riconosciuto la legittimazione passiva. Allo stesso modo, ferma l'inderogabilità dei limiti di giurisdizione per via pretoria, l'esigenza di preservare la coerenza del sistema dovrebbe indurre a riflettere circa l'opportunità di distinguere la conferenza degli Stati membri dal Consiglio.

¹⁰⁸ L'estensione del novero dei legittimati passivamente, infatti, si deve alla codificazione della giurisprudenza della Corte, inaugurata con la pronuncia del caso *Les Verts*, che ha affermato la necessità di flessibilità nell'interpretazione dei presupposti di ricevibilità del ricorso di annullamento. Con quella sentenza, la Corte ha avuto modo di constatare, *inter alia*, che il ruolo del Parlamento europeo si era andato accrescendo nel tempo laddove la sua legittimazione passiva era proporzionata al ruolo meramente consultivo ufficialmente rivestito in base alle norme del Trattato di quel tempo (sentenza *Les Verts*, cit. punto 24. Per taluni commenti in dottrina, si veda *ex plurimis*, J. BUISSON, *De la nature juridique des actes comptables de dépenses publiques*, in *Revue française de droit administratif*, 1989, pp. 1031-1039; L. DANIELE, *La Corte di giustizia «ridisegna» il ruolo del Parlamento europeo nel contenzioso comunitario*, in *Il Foro italiano*, 1989, IV, cc. 169-178; V. CONSTANTINESCO, D. SIMON, *Chronique de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, cit., pp. 401-402; J.P. JACQUÉ, *Parlement européen*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1989, pp. 225-243). In queste circostanze, l'esigenza di preservare l'equilibrio istituzionale ha indotto la Corte a rivisitare l'ampiezza della legittimazione passiva del Parlamento europeo. Diversamente, infatti, quest'ultimo avrebbe potuto invadere con atti illegittimamente adottati, peraltro non sindacabili, le competenze delle altre istituzioni (sentenza *Les Verts*, cit., punto 25).

ABSTRACT: Il recesso del Regno Unito dall'Unione europea ha determinato la cessazione del mandato di due giudici e di un avvocato generale, nonché il trasferimento di sedi di due agenzie europee, l'Agenzia europea per i medicinali (Ema) e l'Autorità europea per il lavoro (Ela). La Corte di giustizia, attraverso due sentenze emesse il 14 luglio 2022, ha dichiarato l'inoppugnabilità, per difetto di giurisdizione, delle decisioni adottate formalmente dai rappresentanti dei governi degli Stati membri che hanno determinato tali cambiamenti istituzionali.

Secondo l'art. 263 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), sono impugnabili solo gli atti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione europea, senza alcun riferimento esplicito agli atti dei rappresentanti dei governi degli Stati membri. Si tratterebbe di limiti giurisdizionali esplicitamente previsti per preservare l'autonomia delle decisioni degli Stati membri da interferenze delle istituzioni dell'Unione. Tuttavia, l'identificazione dell'autore effettivo di tali atti presenta difficoltà oggettive, poiché non è sempre chiaro se i rappresentanti dei governi degli Stati membri abbiano agito come membri del Consiglio, del Consiglio europeo o come soggetti sovrani. Per affrontare tali problemi, la Corte sembra aver sviluppato nel corso degli anni un criterio basato sulla valorizzazione dell'autore dell'atto impugnato secondo quanto stabilito dai trattati (componente normativa) e sull'analisi delle circostanze di adozione dell'atto e del suo contenuto (componente fattuale). Questo approccio presenta però notevoli incertezze, poiché l'interazione tra le due componenti può portare a risultati diversi a seconda della loro prevalenza, senza una previsione sempre chiara del fattore determinante. In alcuni casi, ciò può condurre alla negazione della giurisdizione da parte della Corte, anche quando i presupposti sembrano esserci, o all'affermazione della giurisdizione quando sembra non esserci.

In questo contesto, il presente articolo si propone di analizzare come la Corte di giustizia abbia attribuito gli atti impugnati al loro autore nelle recenti sentenze *Ema* ed *Ela*, al fine di indagare i limiti di tale approccio e, più in generale, gli effetti che ne derivano. L'analisi conclude per l'inidoneità del paradigma a identificare l'autore effettivo dell'atto.

PAROLE CHIAVE: sedi delle agenzie europee; atti adottati dai rappresentanti dei governi degli Stati membri; criterio di imputazione dell'atto; competenza giurisdizionale della Corte; imputazione formale e imputazione normativa.

The qualification of decisions taken by the representatives of the governments of the Member States for the purposes of their reviewability: some observations in the margin of the twin judgments of the Court of Justice of the Union in the Ema and Ela cases

ABSTRACT: The withdrawal of the United Kingdom from the European Union resulted in the change of institutional seats of two European agencies, such as the European Medicines Agency (Ema) and the European Employment Authority (Ela), implemented through certain decisions of the representatives of the governments of the member states that were declared unobjectionable by the Court of Justice for lack of jurisdiction. This loophole could, however, lead Member States to disguise acts that were actually adopted by the Council or the European Council.

According to Art. 263 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), only acts of the institutions, bodies, offices and agencies of the European Union are appealable, without any explicit reference to acts of the representatives of the governments of the Member States. The Court has excluded the possibility of challenging such acts on the basis of jurisdictional limits explicitly provided for in order to preserve the autonomy of the decisions of the Member States from interference by the institutions of the Union. However, some scholars argue that this jurisdictional loophole could lead Member States to disguise acts adopted by the Council or the European Council in order to avoid the involvement of the European Parliament or the judicial review of the Court of Justice. Moreover, identifying the actual author of such acts presents objective difficulties, as it is not always clear whether the representatives of the governments of the Member States acted as members of the Council, the European Council or as sovereign entities. In order to address these problems, the Court seems to have developed over the years a criterion based on the appreciation of the author of the contested act as established by the Treaties (normative component) and on the analysis of the circumstances of the adoption of the act and its content (factual component). However, this approach presents uncertainties, as the interaction between the two components may lead to different results depending on their prevalence, without a clear prediction of the determining factor at all times. In some cases, this may lead to the denial of jurisdiction by the Court, even when the preconditions seem to be there, or to the affirmation of jurisdiction when it seems not to be there.

Against this backdrop, this article sets out to analyse how the Court of Justice attributed the challenged acts to their author in the recent Ema and Ela judgments, in order to investigate the limits of this approach and, more generally, its effects. The analysis concludes for the unsuitability of the paradigm to identify the actual author of the act.

KEYWORDS: headquarters of European agencies; acts adopted by representatives of Member State governments; criterion for imputation of the act; jurisdiction of the Court; formal imputation and normative imputation.

Origine delle merci: un'analisi comparata delle prove dell'origine preferenziale nel diritto doganale dell'UE

Cristian Lo Re*

SOMMARIO: 1. Introduzione: tre livelli di prova dell'origine preferenziale. – 2. Riferimenti normativi, ambito di applicazione e utilizzo. – 3. Il certificato di circolazione nella convenzione PEM. – 4. Dichiarazione su fattura da parte di un operatore esportatore autorizzato e accordo di libero scambio tra la UE e la Repubblica di Corea. – 5. L'attestazione di origine da parte di un operatore registrato REX e l'accordo UE-UK. – 6. Dichiarazione del fornitore. – 7. Rapporti tra le prove dell'origine. – 8. Validità delle prove e profilo sanzionatorio. – 9. Prospettive future. – 10. Annullamento della previdimazione dei certificati di circolazione in favore delle dichiarazioni di origine. – 11. EUR1 *full digital* verso la Svizzera. – 12. Nuovi accordi di libero scambio e conoscenza dell'importatore. – 13. Conclusioni.

1. Introduzione: tre livelli di prova dell'origine preferenziale.

Gli accordi di libero scambio (ALS), siglati dall'Unione europea con paesi terzi, prevedono che le merci possano acquisire lo *status* di origine preferenziale al fine di beneficiare di un trattamento tariffario agevolato al momento della loro importazione nel paese di destinazione. Tale concetto di origine è strettamente e unicamente vincolato al rispetto di particolari regole previste nei protocolli contenuti negli ALS. Questo non deve essere confuso con l'origine non preferenziale, intesa anche come *made in*, che dipende dall'ultima lavorazione sostanziale economicamente giustificata conclusasi con la fabbricazione di un prodotto nuovo.

Per poter godere dei benefici tariffari è necessario che l'esportatore attesti che la merce venduta sia di origine preferenziale UE verso lo specifico paese di destinazione; ciò è possibile solamente dopo avere effettuato un'adeguata verifica sulle merci e sul processo produttivo. L'azienda esportatrice deve essere inoltre in possesso di tutta la documentazione utile a comprovare la veridicità di quanto dichiarato; la responsabilità rimane sempre in capo all'esportatore.

Le modalità attraverso le quali è possibile certificare l'origine preferenziale possono essere differenti e sono indicate in ciascun accordo di libero scambio. Per quanto riguarda gli accordi siglati dalla UE è possibile effettuare una generalizzazione

* Consulente in diritto e commercio internazionale e funzionario di associazione di categoria presso Confimi Industria Bergamo. Il presente lavoro è il risultato della partecipazione al Master in Diritto ed Economia degli scambi internazionali accreditato dalla Commissione europea come *high-quality customs-specific study programme (EU Reference Training Programmes for Academic Customs Education)*.

individuando sostanzialmente tre livelli di prova: il certificato di circolazione, la dichiarazione di origine rilasciata da un esportatore autorizzato e l'attestazione di origine rilasciata da un esportatore registrato nel database REX.

La maggior parte degli accordi prevede che l'esportatore richieda all'amministrazione doganale, per il tramite del proprio spedizioniere, l'emissione dei certificati di circolazione; i cosiddetti EUR1 o Eur-Med. In alternativa, per spedizioni il cui valore complessivo sia inferiore ai 6.000 euro, è data la facoltà di attestare direttamente in fattura l'origine preferenziale delle merci. Parallelamente al certificato rilasciato dalla dogana, sia il codice doganale dell'UE che i vari accordi di libero scambio prevedono ulteriori strumenti per poter attestare l'origine preferenziale delle merci: si tratta delle dichiarazioni emesse direttamente su fattura o altri documenti commerciali da parte di esportatori iscritti nel sistema REX e/o in possesso dello *status* di «esportatore autorizzato».

Le aziende in possesso di tali autorizzazioni possono dichiarare autonomamente l'origine preferenziale delle merci indipendentemente dal valore della spedizione. Questa modalità rappresenta una valida alternativa al rilascio del certificato EUR1 e un'opportunità per snellire e velocizzare le procedure di esportazione.

2. Riferimenti normativi, ambito di applicazione e utilizzo.

La disciplina sull'origine preferenziale è di natura pattizia; le disposizioni di riferimento devono essere rintracciate all'interno degli accordi di libero scambio siglati dall'UE con i paesi terzi. L'unica eccezione è rappresentata dai paesi che costituiscono il gruppo sistema di preferenze generalizzate, verso i quali l'Unione europea garantisce unilateralmente delle misure tariffarie agevolate per l'import nel proprio territorio doganale. Solo in questo specifico caso le norme sull'origine preferenziale sono stabilite unicamente dalla Commissione europea.

L'art. 64, parr. 2-3, del regolamento 952/2013¹ prevede che: «[p]er le merci che beneficiano di misure preferenziali contenute in accordi che l'Unione ha concluso con alcuni paesi o territori non facenti parte del suo territorio doganale o con gruppi di tali paesi o territori, le norme sull'origine preferenziale sono stabilite da tali accordi. Per le merci che beneficiano di misure preferenziali adottate unilateralmente dall'Unione nei confronti di alcuni paesi o territori non facenti parte del suo territorio doganale o di gruppi di tali paesi o territori, diversi da quelli di cui al paragrafo 5, la Commissione adotta misure che stabiliscono le norme sull'origine preferenziale».

3. Il certificato di circolazione nella convenzione PEM.

¹ [Regolamento \(UE\) 952/2013](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 ottobre 2013, che istituisce il codice doganale dell'Unione.

Il certificato di circolazione EUR1 è il principale documento che permette di attestare l'origine preferenziale delle merci. È da segnalare che i protocolli di origine paneuromediterranea ne prevedono anche una seconda tipologia: il certificato Eur-Med, nel quale deve essere inserita l'indicazione del cumulo paneuromediterraneo².

Il titolo V della convenzione paneuromediterranea sulle norme di origine preferenziali (PEM) specifica le modalità che devono essere utilizzate per provare l'origine preferenziale³. In particolare, l'art. 15 – prescrizioni generali – specifica che «i prodotti originari di una delle parti contraenti beneficiano, all'importazione nelle altre parti contraenti, delle disposizioni degli accordi pertinenti su presentazione di una delle seguenti prove dell'origine: a) un certificato di circolazione delle merci EUR1, il cui modello figura nell'allegato IIIa; b) un certificato di circolazione delle merci Eur-Med, il cui modello figura nell'allegato IIIb».

Tali documenti devono essere utilizzati limitatamente agli scambi con i paesi beneficiari e devono essere conformi ai modelli previsti. Il certificato è rilasciato dall'amministrazione doganale su richiesta scritta dell'esportatore o del suo rappresentante⁴.

L'esportatore deve inoltre essere pronto a presentare in qualsiasi momento tutti i documenti utili a comprovare il carattere originario dei prodotti. Per tale motivo è tenuto a conservare la documentazione almeno per un periodo di tre anni a decorrere dalla data di emissione del certificato.

4. Dichiarazione su fattura da parte di un operatore esportatore autorizzato e accordo di libero scambio tra la UE e la Repubblica di Corea.

«Se l'Unione ha un regime preferenziale con un paese terzo in base al quale una prova dell'origine deve assumere la forma di una dichiarazione su fattura o di una dichiarazione di origine compilata da un esportatore autorizzato, gli esportatori stabiliti nel territorio doganale dell'Unione possono chiedere un'autorizzazione di esportatore autorizzato ai fini della compilazione e sostituzione di tali dichiarazioni»⁵. L'art. 67 del

² La nozione del cumulo consente ai prodotti originari di un determinato paese di essere incorporati ai prodotti originari dell'UE come se fossero originari di quest'ultima, a condizione che tra i paesi coinvolti siano in vigore accordi di libero scambio e siano adottate le medesime regole sull'origine preferenziale. Per maggiori dettagli si rimanda all'art. 3 dell'appendice I della convenzione regionale sulle norme di origine preferenziali paneuromediterranee.

³ [Decisione del Consiglio del 14 aprile 2011](#) relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, della convenzione regionale sulle norme di origine preferenziali paneuromediterranee; [decisione del Consiglio del 26 marzo 2012](#) relativa alla conclusione della convenzione regionale sulle norme di origine preferenziali paneuromediterranee; [convenzione regionale](#) sulle norme di origine preferenziali paneuromediterranee.

⁴ Come previsto dall'art. 16 relativo alle procedure di rilascio dei certificati di circolazione delle merci EUR1 o Eur-Med.

⁵ Art. 67 del [regolamento di esecuzione \(UE\) 2015/2447](#) della Commissione, del 24 novembre 2015, recante modalità di applicazione di talune disposizioni del regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il codice doganale dell'Unione.

regolamento di esecuzione 2447/2015 prevede che gli esportatori possano richiedere alle autorità doganali di essere autorizzati ad emettere autonomamente dichiarazioni di origine preferenziale previo il rilascio dell'autorizzazione di esportatore autorizzato, facoltà destinata a tutti gli esportatori stabili nel territorio doganale della UE. A conclusione della richiesta di autorizzazione, all'esportatore viene assegnato un numero univoco che deve essere riportato nella dichiarazione di origine preferenziale.

Questa procedura, che rappresenta una prima valida alternativa alla richiesta di emissione del certificato EUR1, costituisce un'opportunità per molti operatori di semplificare e velocizzare le procedure di *export*. Tuttavia, per ottenere tale autorizzazione è necessario che l'esportatore soddisfi tutti i requisiti previsti.

L'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli individua le modalità e i requisiti che devono essere osservati ai fini dell'accertamento e rilascio dell'autorizzazione.

Sono previsti requisiti soggettivi ed oggettivi: il soggetto richiedente deve essere un esportatore stabilito nel territorio doganale della UE e deve essere in grado di offrire adeguate garanzie per l'accertamento del carattere originario dei prodotti.

Queste disposizioni di base, previste nella normativa comunitaria, sono riprese anche negli accordi di libero scambio con i paesi terzi. Prendendo in esame il protocollo relativo alla definizione della nozione di prodotti originari contenuto nell'accordo UE-Corea⁶ emerge quanto segue: l'art. 15 (requisiti generali) specifica che «i prodotti originari della parte UE importati in Corea e i prodotti originari della Corea importati nella parte UE beneficiano del trattamento tariffario preferenziale previsto dal presente accordo sulla base di una dichiarazione, di seguito denominata dichiarazione di origine, rilasciata dall'esportatore su una fattura, una bolla di consegna o qualsiasi altro documento commerciale che descriva i prodotti in questione in maniera sufficientemente dettagliata da consentirne l'identificazione».

È da segnalare che nell'accordo con la Corea non è prevista l'emissione del certificato EUR1, lasciando alla dichiarazione di origine il ruolo di unica modalità per attestare l'origine preferenziale per merci. Tale dichiarazione può essere rilasciata da un qualsiasi esportatore limitatamente a spedizioni il cui valore complessivo non superi euro 6.000; diversamente, la dichiarazione deve essere rilasciata da un esportatore autorizzato, come specificato negli artt. 16 e 17 del protocollo di origine. Il testo della dichiarazione di origine non è libero, ma deve essere conforme a quanto previsto dall'accordo⁷.

L'esportatore ha inoltre l'obbligo di presentare in qualsiasi momento, previa richiesta, tutti i documenti giustificativi finalizzati a comprovare la veridicità della dichiarazione e di conseguenza il carattere preferenziale delle merci.

⁶ [Accordo di libero scambio](#) tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra.

⁷ Il testo della dichiarazione di origine preferenziale deve essere conforme all'allegato III del protocollo, come indicato dall'art. 15, par. 1.

Tale documento di prova ha validità di dodici mesi dalla data del rilascio; ciò significa che il trattamento preferenziale all'importazione deve essere richiesto entro tale termine, pena la decadenza del beneficio preferenziale⁸.

5. L'attestazione di origine da parte di un operatore registrato REX e l'accordo UE-UK.

Il regolamento 2447/2015 ha introdotto il sistema degli «Esportatori Registrati REX»⁹ che è stato adottato gradualmente dal 1° gennaio 2017 per certificare l'origine delle merci nell'ambito del sistema delle preferenze generalizzate (SPG). Successivamente, con le modifiche introdotte dal regolamento 989/2017, è stato esteso l'ambito di applicazione del sistema REX ammettendo il suo utilizzo anche nell'ambito di accordi preferenziali tra la UE e paesi terzi.

Il nuovo art. 68 del regolamento 2447/2015 relativo alla registrazione degli esportatori fuori dall'ambito del SPG prevede che: «[s]e l'Unione ha un regime preferenziale con un paese terzo in base al quale l'esportatore può compilare un documento relativo all'origine conformemente alla legislazione pertinente dell'Unione, un esportatore stabilito nel territorio doganale dell'Unione può chiedere di essere registrato a tal fine»¹⁰.

Al fine di poter emettere tali dichiarazioni gli operatori devono provvedere alla registrazione nella banca dati REX. Il relativo numero di registrazione dovrà essere riportato nel testo della dichiarazione¹¹. Tale meccanismo, che si basa su un principio di autocertificazione simile al caso dell'esportatore autorizzato, permette di semplificare le procedure doganali consentendo agli esportatori di autocertificare l'origine preferenziale direttamente su fattura o altri documenti commerciali e di velocizzare notevolmente le procedure di esportazione.

Il recentissimo accordo di libero scambio siglato dall'UE con il Regno Unito prevede, quale unico mezzo di prova per certificare l'origine preferenziale delle merci, l'attestazione di origine rilasciata da un esportatore registrato¹².

L'art. 54, par. 2, del protocollo di origine prevede che: «[u]na richiesta di trattamento tariffario preferenziale è basata sui seguenti elementi: a) un'attestazione di origine rilasciata dall'esportatore in cui il prodotto è dichiarato originario; [o] b) la conoscenza del carattere originario del prodotto da parte dell'importatore».

⁸ Si segnala che il par. 2 dell'art. 18 del protocollo di origine UE-Corea prevede che le autorità doganali della parte importatrice possono accettare le dichiarazioni di origine anche se presentate dopo la scadenza del termine, ma solamente per circostanze eccezionali.

⁹ Vedasi in particolare gli artt. 78-111 del regolamento di esecuzione (UE) 2015/2447, cit.

¹⁰ Art. 68 del regolamento di esecuzione 2015/2447, cit.

¹¹ Art. 80 del regolamento 2015/2447, cit.

¹² [Accordo di libero scambio](#) tra l'Unione europea e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord.

Il testo dell'attestazione di origine, anche in questo caso, non è libero ma deve essere conforme a quanto previsto nell'accordo di libero scambio; può essere apposto su fattura o qualsiasi altro documento commerciale che descriva la merce in modo sufficientemente dettagliato da consentirne l'identificazione.

L'esportare ha la responsabilità di fornire tutte le informazioni per comprovare la veridicità di quanto dichiarato. L'attestazione ha una validità di dodici mesi dal momento della sua emissione¹³.

6. Dichiarazione del fornitore.

La dichiarazione del fornitore per prodotti aventi carattere originario può rientrare tra i documenti utili a certificare l'origine preferenziale delle merci, anche se va tenuta distinta dai mezzi di prova indicati in precedenza, perché non direttamente coinvolta nelle pratiche di esportazione. Tale documento infatti è fondamentale soprattutto per quegli esportatori che si qualificano più come commercianti che produttori.

I criteri di origine sono diversi e possono variare molto in base ai prodotti e al paese di destinazione, tuttavia, le informazioni che sono necessarie per verificarne l'origine preferenziale sono detenute prima di tutto dal produttore. Per questo motivo, i commercianti rischiano di rimanere sprovvisti delle necessarie informazioni per verificare e comprovare la preferenzialità dei materiali. La dichiarazione del fornitore risulta quindi necessaria per colmare tale vuoto informativo.

In questo caso, la prova dell'origine preferenziale è prodotta dal fornitore attraverso una dichiarazione per singola fornitura o a lungo termine, nel caso in cui si effettuino più invii del medesimo materiale. Questa stessa dichiarazione servirà successivamente come documento di prova per poter dichiarare l'origine preferenziale all'atto dell'esportazione.

La dichiarazione del fornitore è normata dal regolamento di esecuzione 2447/2015, in particolare nella sezione 2 negli artt. da 60 a 67 e dagli allegati 22-15 e 22-16.

«Nel fornire all'esportatore o all'operatore le informazioni necessarie per determinare il carattere originario delle merci ai fini delle disposizioni relative agli scambi preferenziali tra l'Unione e alcuni paesi o territori (carattere originario preferenziale), il fornitore si serve di una dichiarazione del fornitore»¹⁴.

La dichiarazione deve essere emessa per ciascuna spedizione di merci, ma per rispondere alle esigenze dei traffici commerciali è data facoltà agli operatori di emettere la dichiarazione a lungo termine nel caso di più invii regolari di merci che abbiano lo stesso carattere originario. In tali condizioni la stessa dichiarazione copre più invii della

¹³ Vedasi art. 56; in particolare, l'attestazione di origine deve essere rilasciata similmente a quanto contenuto nell'allegato 7.

¹⁴ Art. 61 del regolamento di esecuzione (UE) 2015/2447, cit.

medesima merce¹⁵. Il fornitore è tenuto ad informare immediatamente l'esportatore qualora le merci perdano il carattere preferenziale.

7. Rapporti tra le prove dell'origine.

Uno degli obiettivi della dogana è quello di «mantenere un equilibrio adeguato fra i controlli doganali e l'agevolazione degli scambi legittimi»¹⁶. Partendo da questo assunto, il certificato di circolazione sembra rispondere più alla logica del controllo.

Innanzitutto, il certificato è rilasciato dalle autorità doganali su richiesta scritta dell'esportatore ed è inoltre previsto che l'amministrazione ne verifichi il carattere originario dei prodotti. Per svolgere questo compito ha la facoltà di richiedere documenti di prova e procedere ad effettuare tutti i controlli ritenuti opportuni. Infine, deve essere verificato che i formulari siano compilati correttamente da parte degli operatori, allo scopo di evitare il verificarsi di operazioni fraudolente¹⁷.

Il meccanismo previsto per il rilascio dei certificati di circolazione non è considerabile come un processo particolarmente rapido dal momento che gli operatori devono attendere il rilascio del documento da parte degli uffici doganali per poi poter attestare l'origine preferenziale delle merci al momento dell'importazione nel paese di destinazione. Per questo motivo, considerando anche l'estrema velocità dei traffici commerciali odierni, l'EUR1, rischia di divenire una modalità di prova obsoleta. Ciò assume ancor più rilevanza alla luce delle recenti novità introdotte dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli che ha annunciato l'annullamento della prassi della previdimazione¹⁸.

Con l'intensificarsi degli scambi commerciali nuovi strumenti si sono resi necessari al fine di snellire le procedure e permettere un'adeguata agevolazione degli scambi commerciali. In questo contesto si inseriscono le prove di origine rappresentate da dichiarazioni e attestazioni rilasciate da operatori autorizzati e/o registrati. Gli operatori hanno così la possibilità di certificare l'origine preferenziale delle proprie merci in modo autonomo, direttamente su fattura o altri documenti commerciali. È da specificare che la dichiarazione su fattura è una prova alternativa all'EUR1, che consente una notevole riduzione delle procedure burocratiche e soprattutto dei tempi di attesa per l'emissione dei certificati.

Questi processi sono sicuramente in linea con l'obiettivo della dogana di agevolare i traffici commerciali; tuttavia, dall'altro lato, emerge la necessità di mantenere il

¹⁵ Vedasi art. 62 del regolamento di esecuzione 2015/2447, cit.

¹⁶ Art. 3 del regolamento (UE) n. 952/2013, cit.

¹⁷ Vedasi in particolare l'art. 16, par. 7, dell'appendice I della convenzione regionale sulle norme di origine preferenziale paneuromediterranee, cit.

¹⁸ Questo argomento sarà trattato nel seguito della presente trattazione.

controllo sugli scambi di merce per garantire la sicurezza del mercato interno. Questo carattere duale viene superato tramite un sistema di verifiche preventive.

Come discusso in precedenza, per poter emettere autonomamente dichiarazioni di origine preferenziale, l'esportatore deve richiedere un'apposita autorizzazione e/o registrazione. Il controllo esercitato dalla dogana non è più al momento dell'esportazione ma avviene prima del rilascio dell'autorizzazione, prima cioè che l'operatore possa emettere le dichiarazioni e attestare il carattere preferenziale delle merci. Questo implica che il controllo non è più limitato alla singola spedizione, ma più in generale alle procedure messe in atto dall'operatore.

Quanto appena delineato è specificatamente il caso dell'esportatore autorizzato. Per il suo rilascio è previsto un *audit* da parte degli uffici doganali presso la sede dell'impresa, che deve poter presentare adeguate garanzie per l'accertamento del carattere originario dei prodotti. Il controllo si sostanzia in una verifica documentale, durante la quale devono emergere i dettagli sui prodotti (indicazione del codice doganale) e la descrizione del processo produttivo. All'esportatore viene assegnato un codice univoco che dovrà essere indicato nella dichiarazione di origine.

Ai fini dell'inoltro dell'istanza l'operatore deve indicare se si qualifica come produttore o commerciante e la regolarità delle sue esportazioni, valutata relativamente alla frequenza delle operazioni effettuate negli ultimi due anni.

Come anticipato, l'operatore deve essere in grado di provare il carattere originario delle merci: nel caso del produttore, ciò avviene attraverso la verifica della contabilità interna. L'impresa deve poter ricostruire le esportazioni effettuate, le merci spedite, le schede di lavorazione dei prodotti e l'origine delle materie prime utilizzate. Nel caso di un commerciante, tale processo è fattibile tramite analisi dei flussi commerciali: in questo caso assumono primaria importanza le dichiarazioni dei fornitori per prodotti aventi origine preferenziale e le fatture di acquisto. È necessario che l'operatore conosca le regole di origine da applicare alle proprie merci e possieda tutti i documenti giustificativi.

Dal momento che nell'istanza devono essere indicati i paesi di destinazione e i prodotti oggetti di esportazione, la sua estensione non è automatica; in caso di nuovi paesi destinatari o prodotti, l'operatore è tenuto ad effettuare un'apposita notifica alle autorità doganali.

Un ultimo aspetto da non trascurare è che, con il superamento dell'*audit*, l'impresa può essere considerata, indirettamente, come un operatore affidabile da parte della dogana.

Infine, vi è il caso dell'attestazione di origine rilasciata da un operatore registrato. Questa ipotesi rappresenta l'opposto del certificato di circolazione: in questo caso il controllo della dogana è minimo, si limita solamente a verificare documentalmente, con

l'invio dell'istanza, che l'operatore abbia tutti i requisiti previsti¹⁹. Inoltre, come sancito anche dal art. 80 del regolamento 2015/2447, le autorità doganali devono attribuire senza indugio il numero di identificazione REX all'operatore. Diversamente da quanto avviene per l'esportatore autorizzato, la registrazione REX si estende automaticamente anche ad eventuali nuovi paesi accordisti, senza dover inoltrare notifiche alle autorità doganali. Infine, è da segnalare che tutti i dati relativi agli operatori registrati vengono archiviati nel database REX, le cui informazioni non sono scambiate solo tra le dogane comunitarie, ma anche alle dogane dei paesi terzi sottoscrittori degli accordi di libero scambio²⁰.

8. Validità delle prove e profilo sanzionatorio.

Se da un lato l'amministrazione doganale, tramite le procedure descritte in precedenza, permette agli operatori di procedere in modo autonomo e snellire così la burocrazia legata all'*export*, dall'altro lato deve controllare e reprimere eventuali operazioni o condotte fraudolente con l'applicazione delle relative sanzioni.

Vale la pena ricordare che in tema di origine preferenziale la responsabilità rimane sempre in capo all'esportatore anche nel caso in cui la prova viene emessa dalla dogana, come per il certificato di circolazione.

La validità delle prove può variare e dipende da quanto previsto nei protocolli di origine. Il certificato di circolazione nell'ambito della convenzione PEM ha una validità di quattro mesi dalla data di rilascio e deve essere presentato entro detto termine alle autorità del paese di importazione. In base a quanto previsto per l'accordo UE-Corea la dichiarazione di origine ha invece una validità di dodici mesi dalla data di rilascio e il trattamento preferenziale deve essere richiesto entro tale termine. Similmente, anche l'attestazione di origine nell'ambito dell'accordo UE-UK è valida per dodici mesi dalla data di rilascio, o per un periodo più lungo stabilito dalla parte importatrice fino ad un massimo di ventiquattro mesi.

Da un punto di vista sostanziale, il certificato di circolazione deve essere considerato valido nel momento in cui viene emesso dall'amministrazione doganale che, come detto, è tenuta ad effettuare una verifica sulla regolarità e veridicità delle informazioni indicate dall'operatore. Questo stesso principio può essere esteso anche alle dichiarazioni emesse da esportatori autorizzati e/o registrati REX, considerando che in questi casi la dogana effettua controlli preventivi, antecedenti al rilascio

¹⁹ Nel modello di istanza, allegato 22-06-*bis*, sono richieste le seguenti informazioni ai fini del controllo sull'origine preferenziale: specificare se l'attività principale consiste nella produzione o nel commercio; descrizione indicativa delle merci ammissibili al trattamento preferenziale, compreso un elenco indicativo delle voci del sistema armonizzato.

²⁰ È da specificare a tal proposito che negli accordi di libero scambio sono stabiliti anche i metodi di cooperazione amministrativa tra le autorità competenti degli stati contraenti.

dell'autorizzazione, finalizzati a verificare le procedure e la conoscenza dell'esportatore in materia di origine preferenziale delle merci.

In riferimento invece al profilo sanzionatorio, va tenuto in considerazione che le dichiarazioni doganali, che vengono presentate presso gli uffici di esportazione/uscita, costituiscono un atto pubblico.

Inoltre, il codice doganale della UE non contiene espressamente norme relative alle sanzioni, che vengono delegate ai singoli stati membri. Infatti, l'art. 42, par. 1, del regolamento 952/2013 indica che: «[c]iascuno Stato membro prevede sanzioni applicabili in caso di violazione della normativa doganale. Tali sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive».

A livello nazionale i principali riferimenti devono essere ricercati nelle seguenti fonti: testo unico leggi doganali (TULD)²¹, artt. 282-346, che disciplina il contrabbando ed altre fattispecie; d.P.R. 445/2000²², in materia di documentazione amministrativa; l'ambito di applicazione è quello della formazione, trattamento e scambio di atti e documenti tra amministrazioni e privati (cittadini e persone giuridiche). Il capo VI tratta le sanzioni; in particolare l'art. 76 prevede che per le dichiarazioni mendaci/atti falsi si è puniti ai sensi del codice penale.

Gli articoli del codice penale da tenere in considerazione sono i seguenti:

- art. 483 che prevede il falso ideologico da privato in atto pubblico: «[c]hiunque attesta falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità, è punito con la reclusione fino a due anni. Se si tratta di false attestazioni in atti dello stato civile, la reclusione non può essere inferiore a tre mesi».
- art. 517 che regola la vendita di prodotti industriali con segni mendaci: «[c]hiunque pone in vendita o mette altrimenti in circolazione opere dell'ingegno o prodotti industriali, con nomi, marchi o segni distintivi nazionali o esteri, atti a indurre in inganno il compratore sull'origine, provenienza o qualità dell'opera o del prodotto, è punito, se il fatto non è preveduto come reato da altra disposizione di legge, con la reclusione fino a due anni e con la multa fino a ventimila euro»;
- infine, non è da escludere che reati apparentemente estranei si possano applicare ad una materia come quella doganale regolamentata non da prove obiettive, ma tramite il ricorso ad autocertificazioni. In tal senso potrebbero trovare applicazione, in specifici casi, le fattispecie di associazione per delinquere (art. 416 c.p.) e truffa²³ (art. 640 c.p.).

Le principali conseguenze in caso di dichiarazioni di origine preferenziale errate o false comportano l'annullamento del certificato di origine preferenziale e il conseguente

²¹ Il TULD è stato approvato con il [decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43](#).

²² [Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445](#), disposizioni legislative in materia di documentazione amministrativa.

²³ Si fa riferimento all'ipotesi di truffa ai danni dell'erario del paese estero. Si ricorda che la cooperazione amministrativa tra autorità doganali è volta anche a garantire che non siano compromessi i legittimi obiettivi di politica pubblica, compresi la sicurezza e la lotta contro la frode.

recupero dei dazi non versati da parte dell'importatore con l'eventuale sanzione, se prevista, direttamente nel paese extra UE. Considerando che nei protocolli di origine sono previste specifiche norme volte a regolare la cooperazione amministrativa tra le autorità doganali, non è da escludere che l'amministrazione nazionale possa procedere in base alle leggi italiane con una denuncia di reato (legale rappresentante ed eventuale delegato alla firma) per le violazioni degli articoli di cui sopra.

9. Prospettive future.

Tutto quanto indicato nel capitolo precedente è in linea con il generale processo di digitalizzazione che sta compiendo la dogana in questi anni per rispondere in modo più efficace alla crescente necessità del commercio internazionale di essere il più rapido ed efficiente possibile, coniugando al contempo la necessità di garantire sicurezza al proprio mercato interno. In questo contesto sono fondamentali i controlli preventivi sugli operatori, che hanno il secondario obiettivo di verificare che tali soggetti siano virtuosi. Un operatore che ha superato con successo un *audit* ha tutto l'interesse nel mantenere tale posizione e può essere considerato fidato da parte della dogana.

Si segnalano alcune interessanti novità in materia: annullamento della previdimazione dei certificati di circolazione in favore dello status di esportatore autorizzato; procedure EUR1 *full digital*; nuovi accordi di libero scambio: REX e conoscenza dell'importatore.

Da un lato, l'amministrazione italiana ha avviato una procedura per digitalizzare i certificati EUR1 – dapprima annullando la previdimazione e poi istituendo una procedura *full digital* provvisoria con la Svizzera. Dall'altro, i nuovi accordi di libero scambio esprimono sempre più l'orientamento, del legislatore europeo, di utilizzare prove dell'origine preferenziale alternative ai certificati di circolazione. La Corea del Sud o il Regno Unito ne sono esempi: in tali accordi non è nemmeno prevista l'emissione dei certificati da parte della dogana.

Infine, un altro aspetto da segnalare è l'introduzione della conoscenza dell'importatore come metodo per certificare l'origine preferenziale, alternativa che trova applicazione solamente negli accordi che l'UE ha sottoscritto con il Giappone e il Regno Unito.

Nei paragrafi seguenti si entrerà nel dettaglio delle prospettive anticipate.

10. Annullamento della previdimazione dei certificati di circolazione in favore delle dichiarazioni di origine.

Con nota n. 91956/RU del 26 luglio 2019, l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli ha comunicato le nuove procedure previste per il rilascio dei certificati attestanti l'origine

preferenziale delle merci, preannunciando in particolare l'annullamento della prassi della previdimazione dell'EUR1.

Tale prassi, istituita con nota prot. n. 6305/2003, mirava «a superare il disagio della distanza intercorrente tra la sede degli operatori e quella degli uffici doganali, in quanto ostacolo alla correttezza e alla celerità dei trasporti tale da determinare possibili distorsioni del traffico e negative ripercussioni di carattere economico ed occupazionale»²⁴.

La procedura è stata ulteriormente modificata dalla circolare 11/D del 28 aprile 2010 con la quale l'amministrazione doganale, dopo aver riscontrato irregolarità nella compilazione dei certificati da parte degli operatori relativamente ai criteri applicabili all'origine preferenziale delle merci, ha precisato che la domanda di rilascio del certificato, comprensiva di tutta la relativa documentazione, deve essere presentata entro il limite di dieci giorni antecedenti la presunta data di presentazione della dichiarazione doganale. Tale termine può comunque essere ridotto sulla base della conoscenza degli operatori economici e dei loro rappresentanti, al fine di consentire all'ufficio di espletare le procedure in un tempo congruo con le esigenze dei traffici commerciali.

Nella nota prot. n. 91956/2019 è riportato come nel corso degli ultimi anni sia il quadro normativo che il contesto operativo dei traffici commerciali siano notevolmente cambiati e come sia necessario rispondere prontamente alle esigenze degli operatori in termini di velocità delle procedure. Viene inoltre specificato come «la scelta del legislatore unionale si è perciò indirizzata verso un sistema di prove dell'origine fondato sull'autodichiarazione resa dall'esportatore»²⁵.

Alla luce della validità di strumenti alternativi per certificare l'origine preferenziale, introdotti dal nuovo codice doganale della UE, l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli ha ritenuto non più compatibile con l'attuale situazione la prassi della previdimazione dei certificati EUR1 disponendone quindi il termine per il suo utilizzo²⁶.

L'Agenzia si impegna in ogni caso a contenere al minimo i tempi per l'emissione dei certificati di circolazione, ritenendo superato il limite massimo dei dieci giorni antecedenti per la presentazione della domanda.

Risulta evidente come l'impatto di queste novità sia notevole. Gli operatori non avranno più modo di ottenere i certificati previdimati e sarà necessario che l'ufficio territorialmente competente concluda l'istruttoria volta a verificare la correttezza delle informazioni presentate per l'emissione del documento. In un contesto come quello

²⁴ Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, [nota prot. n. 91956 del 26 luglio 2019](#) relativa alle procedure di rilascio dei certificati di circolazione EUR1, Eur-Med, ATR.

²⁵ Nota prot. n. 91956/2019, cit.

²⁶ È da segnalare che la nota n. 91956/2019, cit., aveva previsto come termine ultimo per l'annullamento della previdimazione il 26 gennaio 2020. Tuttavia, a causa della difficile situazione causata dalla pandemia da Covid-19, tale scadenza è stata più volte prorogata nel corso degli ultimi anni, contestualmente alla proroga dello stato di emergenza. L'ultima scadenza è stata fissata al 31 marzo 2022 così come previsto dalla [circolare n. 44 del 29 dicembre 2021](#).

odierno in cui la velocità degli scambi internazionali è essenziale, non solo per la prosecuzione dell'attività delle imprese ma anche per la loro stessa sopravvivenza, i rischi di un potenziale rallentamento dell'emissione dei certificati di circolazione potrebbe penalizzare notevolmente gli operatori italiani.

Per tali motivi l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli ha sottolineato l'importanza delle alternative modalità di attestare l'origine preferenziale: il rilascio di dichiarazioni e attestazioni da parte di esportatori autorizzati e registrati REX.

Con la nota in questione, volta a fornire precise indicazioni sulla procedura di rilascio dei certificati di circolazione EUR1, Eur-Med, ATR, si sottolinea l'importanza dello *status* di esportatore autorizzato, che rappresenta la possibilità per le aziende di attestare il carattere originario dei propri prodotti mediante una dichiarazione, resa su fattura, indipendentemente dal valore delle operazioni di esportazione. In questo modo, autodichiarando l'origine preferenziale, le procedure di esportazione vengono notevolmente semplificate.

11. EUR1 *full digital* verso la Svizzera.

Durante il corso del recente periodo, che ha visto una serie di continue proroghe dell'annullamento della previdimazione, i rapporti con la Svizzera hanno rappresentato una virtuosa eccezione. La circolare n. 16/2021 dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli²⁷, mentre da un lato confermava l'ulteriore proroga, dall'altro sanciva l'avvio ufficiale del nuovo progetto EUR1 *full digital* per la richiesta dei certificati destinati alla Svizzera²⁸ dei quali, a partire dal 1° maggio 2021, non è più ammessa la stampa su moduli previdimati.

Alcuni tra i principali vantaggi di tale nuova procedura sono²⁹:

- «il numero progressivo del certificato cartaceo è sostituito da un codice alfanumerico che segue la seguente sintassi: AD+MRN»;
- «il certificato è munito di un codice univoco “QR” nonché di un link che consente di identificare univocamente il certificato e di consultarlo mediante il collegamento ad una banca dati appositamente istituita presso i sistemi centrali ADM»;
- «nella casella 11 del Modello EUR1 digitale, il timbro ad umido della Dogana emittente e la firma del funzionario che procede al rilascio sono sostituiti da un timbro

²⁷ Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, [circolare n. 16 del 30 aprile 2021](#) relativa alle procedure di rilascio dei certificati di circolazione EUR1 *full digital* – aggiornamento.

²⁸ È da specificare che tale procedura digitale per il rilascio dei certificati di circolazione è stata sviluppata tra il 2020 e il 2021 dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli al fine di assicurare una maggiore fluidità e semplicità procedurale; come indicato anche nella [circolare n. 42 del 28 ottobre 2020](#).

²⁹ Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, [circolare n. 13 del 16 marzo 2021](#) relativa alle procedure di rilascio dei certificati di circolazione EUR1 *full digital* per le operazioni doganali di esportazione dall'Italia verso la Confederazione svizzera.

digitale ADM e dalla riproduzione della firma del Responsabile della Direzione Centrale Organizzazione e *Digital Transformation*»;

- «nella casella 12 del Modello EUR1 digitale, la firma dell'operatore o di chi lo rappresenta è sostituita dalla firma digitale di colui che procede alla sottoscrizione digitale della dichiarazione doganale cui il documento è collegato».

Con tale procedura l'operatore potrà richiedere il certificato preferenziale al momento della presentazione della dichiarazione di esportazione, riducendo notevolmente i termini per la sua emissione.

Il punto di svolta è rappresentato dal fatto che, in fase di predisposizione della dichiarazione doganale di esportazione, il dichiarante può inserire nella casella 44 di ciascun articolo il codice 31YY per richiedere il certificato di circolazione EUR1 *full digital*.

Il sistema AIDA procederà a prendere automaticamente dalla dichiarazione doganale le informazioni necessarie per il rilascio del certificato. In questo modo sarà possibile effettuare il download del certificato digitale in formato PDF a partire dal momento in cui il sistema comunica lo svincolo delle merci. Il documento potrà quindi essere stampato e presentato all'ufficio doganale svizzero per le operazioni di importazione³⁰.

Questa nuova procedura rappresenta una strategia per velocizzare le operazioni di esportazione, tuttavia, dato che la stampa del certificato è comunque necessaria per beneficiare di riduzioni daziarie, la digitalizzazione si limita alla richiesta dell'EUR1. A tal proposito è interessante segnalare come, invece, il nuovo set di regole previste per la modifica della convenzione PEM³¹, non ancora completamente in vigore ma in fase di implementazione, preveda la possibilità di istituire un sistema per il rilascio e la presentazione delle prove di origine in forma elettronica, sia che si tratti del certificato di circolazione che della dichiarazione di origine rilasciata dall'esportatore autorizzato.

Sono in ogni caso da evidenziare i positivi risultati ottenuti. Come dichiarato dalla stessa Agenzia delle Dogane e dei Monopoli durante l'*open hearing* del 15 marzo 2022, nel periodo 1° gennaio 2022 – 8 marzo 2022 sul totale dei certificati di circolazione emessi per merci destinate alla Confederazione svizzera la versione *full digital* ha rappresentato il 97%, nonostante tale procedura non sia obbligatoria.

Da notare inoltre come questa nuova procedura sia in linea con l'orientamento europeo. *TADUX*, infatti, con la *information note* n. 1 del 31 marzo 2020³², invita le

³⁰ Per maggiori dettagli, si rimanda alle [istruzioni per la richiesta del certificato di origine preferenziale EUR1-modalità full digital](#) predisposte dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli.

³¹ L'UE sta modificando, su base bilaterale in attesa dell'adozione definitiva del nuovo accordo, i protocolli di origine relativi alla convenzione PEM con l'obiettivo di introdurre norme di origine alternative più semplici rispetto a quelle attualmente in vigore.

³² L'informativa, disseminata in risposta alla difficile situazione causata dalla pandemia da Covid-19, è disponibile sul portale [Taxation and Customs Union](#).

autorità doganali dei paesi membri ad accettare i certificati rilasciati ai fini dell'origine preferenziale sotto forma di copia, emessi su carta o elettronicamente. Ciò si applica in particolare alla copia, sia su carta che in formato elettronico, del certificato originale firmato e timbrato dalle autorità competenti secondo le normali procedure al certificato firmato digitalmente dalle competenti autorità o una copia dello stesso, sia in formato cartaceo che elettronico.

12. Nuovi accordi di libero scambio e conoscenza dell'importatore.

L'orientamento del legislatore europeo tende a prediligere un sistema di prove dell'origine preferenziale basato su dichiarazioni e attestazioni rilasciate autonomamente dall'esportatore per far fronte alla necessità di agevolare gli scambi commerciali. Ciò si rispecchia anche negli ultimi accordi di libero scambio siglati dalla UE.

Tutti gli accordi di libero scambio di recente entrata in vigore non prevedono più l'applicazione del certificato EUR1; al contrario, sono previste esclusivamente le dichiarazioni di origine rilasciate da esportatori autorizzati o registrati nel database REX.

Tra i recenti accordi che prevedono l'utilizzo della dichiarazione rilasciata da un esportatore autorizzato rientra quello siglato con la Corea del Sud; diversamente, l'attestazione di origine rilasciata da un esportatore registrato REX viene utilizzata nei rapporti con Canada, Giappone, Vietnam³³, Singapore³⁴ e il recente accordo con il Regno Unito.

Un'ultima novità riguarda la possibilità che sia l'importatore a certificare l'origine preferenziale delle merci in fase di importazione nel proprio paese. Questa opportunità, ad oggi, è prevista solamente per gli accordi siglati dalla UE con il Giappone e il Regno Unito.

³³ Per quanto riguarda il caso del Vietnam è da segnalare come la Commissione UE, con la comunicazione pubblicata in [GUUE C 196, dell'11 giugno 2020](#), abbia confermato come l'attestazione di origine rilasciata da un esportatore registrato REX sia l'unico strumento di prova dell'origine preferenziale.

L'accordo tra la UE e il Vietnam, sottoscritto nel 2019 con entrata in vigore ad agosto del 2020, prevedeva inizialmente tre possibilità per certificare l'origine preferenziale (art. 15 del protocollo 1 dell'accordo di libero scambio): a) certificati di origine; b) dichiarazione da parte di un esportatore autorizzato; c) Attestazione da parte di un esportatore registrato REX. Successivamente alla stipula dell'accordo, l'8 aprile 2020 la UE ha notificato al Vietnam che, a partire dalla regolare entrata in vigore del trattato, si sarebbe applicata solo la prova di origine di cui al punto c), rendendo inapplicabili le altre alternative.

³⁴ Con la [decisione n. 1/2022](#) del comitato doganale dell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore del 20 dicembre 2022 che modifica alcuni elementi del protocollo 1 relativo alla definizione della nozione di «prodotti originari» e ai metodi di cooperazione amministrativa e dei relativi allegati, il sistema dell'esportatore autorizzato è stato sostituito con quello dell'esportatore registrato REX quale mezzo di prova dell'origine preferenziale delle merci. Dal 1° gennaio 2023, gli esportatori UE devono essere registrati nel database REX per poter emettere attestazioni di origine e beneficiare così di riduzioni daziarie al momento dell'importazione in Singapore. È previsto tuttavia un periodo transitorio fino al 31 marzo 2023 entro il quale Singapore continuerà ad accettare le dichiarazioni di origine emesse da esportatori autorizzati.

Nell'accordo che disciplina i rapporti tra la UE e il Regno Unito, all'art. 54, si legge: [u]na richiesta di trattamento tariffario preferenziale è basata sui seguenti elementi: a) un'attestazione di origine rilasciata dall'esportatore in cui il prodotto è dichiarato originario; [o] b) la conoscenza del carattere originario del prodotto da parte dell'importatore»³⁵. Tale conoscenza da parte dell'importatore si deve basare su informazioni che dimostrano che il prodotto è originario e conferme a quanto previsto dallo stesso protocollo. Nel caso del Regno Unito è stata l'autorità competente in materia doganale a precisare i dettagli di tale conoscenza³⁶.

Con *importer's knowledge* si deve intendere la possibilità di un importatore di attestare il carattere preferenziale sulla base della propria conoscenza riguardo l'origine preferenziale delle merci oggetto di importazione. È richiesto all'importatore di presentare documenti giustificativi, tra i quali possono rientrare: il codice doganale dei prodotti oggetto di importazione; una descrizione del processo produttivo, includendo anche l'origine dei componenti utilizzati; nel caso in cui l'origine preferenziale sia definita sulla base della regola dell'«interamente ottenuto», la tipologia di merci; se l'origine è basata su lavorazioni sufficienti una dei seguenti: il valore dei prodotti e dei componenti; il peso del prodotto e il peso dei componenti; lista di materiali non originari con l'indicazione del codice doganale; eventuali altre informazioni utili a verificare il carattere originario in caso di ulteriori richieste da parte dell'amministrazione.

Anche quest'ultima ipotesi rappresenta un'opportunità per semplificare ulteriormente la procedura di esportazione/importazione, soprattutto nei casi in cui l'esportatore si occupi anche dell'importazione delle merci. Il venditore ha comunque l'onere di mettere a disposizione del proprio cliente tutte le informazioni necessarie per comprovare chiaramente il carattere originario delle proprie merci.

13. Conclusioni.

In quest'ultima sezione si vuole confrontare brevemente quanto previsto, in tema di prove dell'origine preferenziale, da altri accordi internazionali di libero scambio. Si prenderanno come esempio l'accordo *USMCA*³⁷, entrato in vigore il 1° luglio 2020 tra gli Stati Uniti, il Messico e il Canada, e il *Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP)*³⁸ sottoscritto il 15 novembre 2020 tra i paesi dell'*ASEAN*, unitamente a Cina, Giappone, Corea del Sud, Australia e Nuova Zelanda.

³⁵ Art. 54 dell'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall'altra.

³⁶ Vedasi quanto pubblicato sul sito istituzionale del governo britannico nella sezione [HM Revenue & Customs](#).

³⁷ Il testo dell'accordo *USMCA* è disponibile sul portale dell'[Office of the United States Trade Representative](#).

³⁸ [Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement \(RCEP\)](#).

Innanzitutto, l'accordo *USMCA* prevede che il certificato di origine preferenziale possa essere compilato non solo dall'esportatore, ma anche dal produttore o dall'importatore³⁹. Inoltre, non è previsto un modello predefinito per la compilazione del certificato, che può essere emesso sia su fattura che su qualsiasi altro documento commerciale. È importante che i requisiti siano soddisfatti e che la merce sia descritta in modo sufficientemente dettagliato da consentirne l'identificazione. A tale proposito è previsto un *set* di dati minimi che devono essere obbligatoriamente indicati⁴⁰. Rimane sempre possibile che l'amministrazione possa richiedere all'importatore di fornire ulteriori documenti a sostegno della certificazione.

Il certificato può applicarsi ad un'unica spedizione oppure a più spedizioni di merci identiche entro un determinato periodo di tempo, non superiore a dodici mesi. Può essere presentato anche in formato elettronico con firma digitale. Infine, è prevista una validità di quattro anni a partire dalla data di compilazione: le amministrazioni doganali sono quindi tenute ad accettare tale documento per il periodo di riferimento.

Il *Regional Comprehensive Economic Partnership* prevede le seguenti prove di origine: certificato di origine rilasciato dall'autorità competente su richiesta dell'esportatore, produttore o loro rappresentante; una dichiarazione di origine rilasciata da un esportatore autorizzato.

In questo caso la documentazione volta a provare l'origine delle merci può essere presentata in formato elettronico e deve contenere un *set* minimo di informazioni⁴¹. La prova di origine rimane valida per dodici mesi a partire dalla data di emissione.

In base a quest'ultimo confronto si può osservare come, anche in altri accordi internazionali, le norme che regolano lo scambio delle merci siano dirette a snellire i processi di esportazione e agevolare i traffici commerciali tra le parti contraenti.

In un contesto altamente globalizzato come quello attuale risulta fondamentale permettere agli operatori europei di poter agire sui mercati internazionali al pari delle controparti estere, potendo rispondere alle esigenze dei mercati extra UE senza dover incorrere in rallentamenti burocratici. È altresì importante che le autorità doganali vigilino sugli scambi internazionali per garantirne la sicurezza.

In questo scenario le nuove strategie descritte nei paragrafi precedenti e attuate in questi ultimi anni possono essere sicuramente virtuose. A causa dell'elevato numero di merci circolanti non è possibile effettuare controlli fisici su ogni esportazione e/o importazione, ma risulta estremamente rilevante verificare le procedure degli esportatori

³⁹ Vedasi art. 5.2, par. 1.

⁴⁰ In base all'art 5.2, par. 3, si segnalano i principali dati richiesti: soggetto che ha emesso il certificato, descrizione della merce e classificazione tariffaria HS; criterio di origine; eventuale periodo di validità (nel caso di certificato valido per più invii), data e firma.

⁴¹ L'allegato 3b prevede le informazioni minime; si segnalano in particolare: dati relativi ad esportatore, produttore e importatore; descrizione delle merci e codice doganale HS; numero di identificazione in caso di esportatore autorizzato; criterio di origine.

per controllarne l'adeguatezza alle disposizioni del codice doganale. Gli operatori devono essere in grado di impostare e implementare adeguatamente processi interni che gli permettano di gestire i propri flussi commerciali e mantenere un adeguato livello di conformità alla normativa doganale.

Ciò potrebbe inoltre permettere, indirettamente, all'amministrazione doganale di poter considerare le aziende titolari di autorizzazioni come operatori fidati, in modo da razionalizzare gli sforzi in termini di controlli e verifiche fisiche sulle merci.

Infine, i processi che devono essere messi in atto per l'ottenimento della qualifica di esportatore autorizzato e registrazione REX possono rappresentare per le imprese un punto di partenza per acquisire maggior conoscenza e consapevolezza al fine di avviare il processo, sicuramente più complicato ma ricco di potenzialità, rappresentato dall'«operatore economico autorizzato» (*AEO*).

ABSTRACT: In virtù degli accordi di libero scambio siglati dall'Unione europea con paesi terzi, le merci possono acquisire lo *status* di origine preferenziale al fine di beneficiare di un trattamento tariffario agevolato al momento della loro importazione nel paese di destinazione. Per poter godere di tali benefici è richiesto agli esportatori comunitari di dichiarare che le proprie merci rispettino i requisiti previsti dagli accordi di libero scambio. Le modalità attraverso le quali è possibile certificare l'origine preferenziale possono essere differenti.

Quasi tutti gli accordi prevedono la presentazione del certificato EUR1, emesso dall'amministrazione doganale del paese esportatore. Tuttavia, in un contesto altamente globalizzato come quello attuale, risulta fondamentale permettere agli operatori europei di poter agire sui mercati internazionali potendo rispondere alle esigenze dei mercati senza dover incorrere in rallentamenti burocratici.

L'obiettivo di questa trattazione è quello di evidenziare come in questi ultimi anni l'orientamento del legislatore europeo sia quello di prediligere un sistema di prove dell'origine basato su dichiarazioni rilasciate autonomamente dall'esportatore, analizzando e comparando gli strumenti attualmente previsti dagli accordi di libero scambio.

PAROLE CHIAVE: dogana; esportazione; origine delle merci; prove dell'origine preferenziale; accordi di libero scambio.

Origin of goods. A comparative analysis of the proofs of preferential origin in the EU customs law

ABSTRACT: Within the framework of free trade agreements signed by the European Union with third countries, goods can acquire preferential origin status in order to benefit from preferential tariff treatment when they are imported into the country of destination. In order to take advantage of these benefits, EU exporters are required to declare that their goods meet the requirements of the free trade agreements.

The ways through which preferential origin can be certified can vary. Almost all agreements require the submission of the EUR1 certificate, issued by the customs administration of the exporting country. However, in today's highly globalized environment it is essential to enable European exporters to act in international markets without bureaucratic delays.

The purpose of this paper is to highlight how in recent years the orientation of the European legislator is to promote a system of proofs of origin based on declarations

issued autonomously by the exporter, analysing and comparing the instruments currently provided by free trade agreements.

KEYWORDS: customs; export; origin of goods; proof of preferential origin; free trade agreements.