

## Segnali di fumo

*Una prospettiva comparatistica sugli obblighi di avvertenze per la salute sui distributori automatici di sigarette a partire dalla causa C-370/20*

di Lorenzo Serafinelli

**Title:** Smoke signals. A comparative appraisal of health warnings on cigarettes vending machines starting from ECJ, Case C-370/20

**Keywords:** Comparative Private Law; Functionalism; Health warnings; Tobacco advertisements.

1. – La recente pubblicazione della sentenza della Corte di giustizia nella Causa C-370/20 (Corte di giustizia dell'Unione europea, Quarta sezione, sentenza 9 dicembre 2021, Causa C-370/20, *Pro-Rauchfrei e V.*) sollecita una nuova riflessione sulla tematica della regolamentazione dei prodotti da tabacco in una prospettiva di comparazione giuridica.

Il caso, la cui ricostruzione in fatto sarà delineata nel paragrafo che segue, è occasionato da un'azione proposta in Germania da un'organizzazione *non-profit* finalizzata a ottenere una decisione che impedisse ai rivenditori di sigarette di immettere sul mercato i prodotti da tabacco attraverso dei distributori automatici che non presentano gli avvertimenti per la dannosità per la salute.

La controversia consente di condurre una più ampia analisi sul ruolo che la comparazione giuridica può svolgere nel contesto della lotta globale al tabacco, materializzatasi concretamente con la conclusione in sede all'OMS della Convenzione Quadro per la lotta al tabagismo (sul punto, v. *infra* §7) e con l'attuazione in sede europea con l'approvazione della Dir. 2014/40/UE, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e di quelli correlati.

Più nello specifico, la comparazione fornisce in questo contesto un duplice supporto. Da un lato, fa sì che vengano messe in luce le traiettorie di unificazione delle soluzioni giuridiche a livello internazionale venutesi a delinearci per l'effetto dell'intervento di una molteplicità di attori e di "livelli". Dall'altro, pare essere la spiegazione del modo di operare dall'Avvocato generale Tanchev, e a cascata della Corte di giustizia, nella causa in questione appunto per individuare la soluzione "migliore", nell'ottica di uniformazione – nel caso specifico – delle regole per agevolare la messa in atto di strategie globali di contrasto al tabagismo (nello specifico, con riferimento alla vendita di prodotti da tabacco tramite distributori automatici, cfr. *infra*, §§ 4-5).

Ma andiamo con ordine.

2. – Come si accennava, la Corte nel caso C-370/20 è stata investita dal *Bundesgerichtsof* tedesco di una serie di questioni attinenti alla regolamentazione della vendita di prodotti da tabacco attraverso distributori automatici.

In dettaglio, la controversia ha tratto origine da un'azione incardinata dalla *Pro Rauchfrei e V.*, un'associazione *non-profit*, dinanzi al *Landgericht* di Monaco, volta: in primo luogo, ad ottenere un'ingiunzione nei confronti della parte convenuta alla vendita di prodotti da tabacco attraverso distributori che non riportassero gli avvertimenti di dannosità per la salute; in secondo luogo, e in via subordinata, ad ottenere un provvedimento esecutivo che imponesse alla convenuta di esporre gli avvertimenti per la salute sui distributori (Corte di giustizia, Causa C-370/20, Conclusioni dell'Avvocato generale 15 luglio 2021, *Pro-Rauchfrei e V.*, punto 9 s.).

La convenuta, proprietaria di due supermercati al cui esterno sono collocati dei distributori automatici per la vendita di sigarette, nella prospettazione della parte attrice sarebbe in violazione della Dir. 2014/40/UE nella misura in cui questi distributori “nascondono” gli avvertimenti per la salute, in quanto i pacchetti di sigarette non sono visibili ai consumatori, ma coperti da un pannello sul quale vengono raffigurate delle miniature (delle immagini) dei pacchetti medesimi. Raffigurazioni che, tuttavia, non recano gli avvertimenti presenti sulle confezioni dei prodotti da tabacco (ivi, punto 8).

Giunta la disputa dinanzi al *BGH*, questa ha rinviato pregiudizialmente alla Corte di giustizia formulando una serie di quesiti in ordine alla corretta interpretazione da attribuire alle disposizioni contenute nella Dir. 2014/40/UE. In particolare, i giudici di Berlino si sono posti anzitutto il problema di stabilire se la nozione di “immissione sul mercato” di cui all'art. 8(3) della Direttiva includa l'offerta di prodotti del tabacco tramite distributori automatici in modo tale che i pacchetti di sigarette in essi contenuti, pur recando le avvertenze prescritte dalla legge, sono però conservati nel distributore automatico in modo tale che non siano inizialmente visibili al consumatore e le avvertenze su di essi apposte diventano visibili non appena il distributore automatico, precedentemente attivato dal personale addetto alla cassa, viene azionato dal cliente e il pacchetto di sigarette viene così collocato sul nastro trasportatore della cassa ancor prima dell'operazione di pagamento. In secondo luogo, si sono chiesti se il divieto di “dissimulare tramite altri elementi” le avvertenze di cui all'art. 8(3) della Direttiva includa il caso in cui nella presentazione della merce tramite un distributore automatico venga dissimulata l'intera confezione di tabacco. In terzo luogo, hanno richiesto alla Corte di giustizia di stabilire se la condizione delle “illustrazione sulle confezioni unitarie” di cui all'art. 8(8), sia soddisfatta anche qualora l'immagine non costituisca una rappresentazione fedele del confezionamento originale, ma il consumatore associ detta illustrazione alla confezione di tabacco a causa della sua grafica quanto ai contorni, alle proporzioni, ai colori e al logotipo. Da ultimo, hanno formulato un espresso quesito in ordine al se i requisiti di cui all'art. 8(8) della Direttiva, indipendentemente dall'immagine utilizzata, siano soddisfatti anche nel caso in cui il consumatore abbia l'opportunità di visionare i pacchetti di sigarette con le prescritte avvertenze prima della conclusione del contratto di vendita (Corte di giustizia, sent. *Pro-Rauchfrei*, cit., punto 16).

Lo si intuisce agevolmente, gli aspetti menzionati pongono significativi problemi per quanto attiene alla funzione dissuasiva e di deterrenza, nonché in termini di obblighi informativi, che gli avvertimenti per la salute intendono perseguire. Scopi questi che sarebbero stati frustrati – in una qualche misura – ove fosse stato consentito ai distributori di raffigurare delle immagini e delle miniature che avessero omesso i riferimenti alla dannosità dei prodotti da tabacco.

Erano questi, del resto, i timori nutriti dalla *Pro Rauchfrei e V.*, che si è fatta promotrice dell'iniziativa processuale che ha dato l'impulso allo svolgimento di

questa riflessione. Timori, questi, che sono stati condivisi dall'Avvocato generale Tanchev nelle sue Conclusioni, essendosi espresso nel senso della necessità di imporre anche sui distributori di sigarette l'esposizione di una rappresentazione quanto più fedele possibile dei pacchetti e dei relativi avvertimenti su di essi raffigurati (v. Corte di giustizia, Conclusioni *Pro-Rauchfrei e V.*, cit., punto 76.1 ss.).

3. – Prima di guardare nel dettaglio questi aspetti e il modo in cui le diverse questioni sono state affrontate e decise dai giudici del Lussemburgo, conviene soffermarsi sul ritrovato tecnologico al centro della controversia. I distributori automatici rappresentano – non v'è dubbio – un fenomeno globale e in costante rinnovamento, tanto che per alcune popolazioni sono diventate un vero e proprio “feticcio collettivo” con non poche conseguenze negative anche sull'ambiente (cfr. J. Sterngold, *Why Japanese Adore Vending Machines*, in *New York Times*, 5 gennaio 1992, sez. 1, 1). Stando a quanto riportato da un'opera che ne ha indagato le origini, il primo brevetto sarebbe stato rilasciato in Inghilterra, nel 1857, per una macchina di francobolli (cfr. K. Segrave, *Vending Machines: An American Social History*, Jefferson, 2002, 1 ss.). Nel 1884 si ha invece traccia della prima richiesta di brevetto presentata negli Stati Uniti di un distributore a forma – un po' inspiegabilmente – di monumento in miniatura (*ibidem*). In quegli anni, questa tecnologia era principalmente impiegata per la vendita di arachidi, di chincaglierie varie, e – per l'appunto – di sigarette, rappresentando un utile strumento per i fumatori per acquistare alla bisogna – e senza limiti di orario – prodotti da tabacco. E, se è vero, com'è, che i distributori automatici hanno assunto le più svariate funzioni (finanche arrivando a sfornare pizze), non si è mai persa l'originaria funzione per la vendita del tabacco.

Questa breve retrospettiva sui distributori automatici ci consente sin da subito di chiarire il modo in cui intendiamo in questa sede impiegare la comparazione giuridica.

Siamo in presenza – è evidente – di un ritrovato tecnologico che pone analoghi problemi in tutte le società in cui è presente, tanto ciò è vero che è stato al centro di, per come vedremo, iniziative a livello internazionale nel quadro dell'OMS. In particolare, ma non solo, con riferimento all'accesso dei minori ai prodotti da tabacco (*ex plurimis*, cfr. L. Conway, *Prohibition of Tobacco Vending Machines*, in *Common Briefing Papers* SN05536, Londra, reperibile all'indirizzo [researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN05536#fullreport](https://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN05536#fullreport) (verificato da ultimo in data 11 ottobre 2021); H. Kanda, Y. Osaki, T. Ohida, Y. Kaneita e T. Munezawa, *Age Verification Cards Fail to Fully Prevent Minors From Accessing Tobacco Products*, in *20 Tob. Control*, 2011, 163 ss.; nonché, nello specifico contesto europeo, A.W. Nuyts *et al.*, *Youth Access to Cigarettes Across Seven European Countries: A Mixed-Methods Study*, in *Nicotine & Tobacco Research*, 2020, 1989 ss., spec. 1992).

Ebbene, tradotto ciò nei termini della metodologia comparatistica, possiamo dire di essere in presenza di un medesimo problema da affrontare alle diverse latitudini del globo. In questo senso, l'adozione della prospettiva funzionale di Zweigert e Kötz, che assume appunto l'idea di una medesimezza di problemi analoghi da risolvere può essere utile ai presenti fini, in considerazione anche del punto di partenza fattuale, e non concettuale, delle domande poste, per cui il centro, «il cardine di ogni comparazione deve rimanere il problema concreto» (K. Zweigert e H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato* (1984), Milano, 1998, 37 ss.). Ora, c'è da fare una precisazione: non ogni indagine comparatistica deve necessariamente muovere da un problema concreto, così come non è detto che tutte le società presentino problemi analoghi da risolvere. Il forte limite insito, difatti, nell'analisi funzionale sta nel suo essere assolutizzante nei confronti di un unico modo di fare comparazione, modo che parte dal presupposto – assiomatico – per cui vi sarebbe

un'incontrovertibile presunzione di similitudine delle soluzioni giuridiche nelle materie legate al mercato. In guisa che, eccettuati il diritto di famiglia, delle persone e delle successioni, ci sarebbe un diritto privato apolitico (coincidente appunto con il diritto patrimoniale e del mercato). La stessa eniadi "diritto privato apolitico" è di difficile perimetrazione, e accentua l'idea per cui tra diritto e politica vi sarebbe una dissociazione che pone il discorso giuridico nel quadro di una signoria pressoché assoluta dei giuristi: sicché, in una prospettiva siffatta, la presunzione di similitudine paradossalmente non potrebbe operare nell'analisi delle diverse soluzioni pratiche in materia di regolazione dei prodotti da tabacco, essendo quest'ultima proprio appannaggio di una chiara strategia politica avviata e condotta sotto gli auspici e la regia dell'OMS.

La presunzione di similitudine è poi contestabile anche sotto un diverso e ulteriore profilo: in alcuni casi, in quelle materie che gli Aa. vorrebbero sottrarre a questa, si registrano significative convergenze spontanee che smentiscono questo loro assunto, come accaduto nel contesto del diritto di famiglia nella tradizione giuridica occidentale fin dalla seconda metà del secolo scorso (così A. Pera, *Il diritto di famiglia in Europa. Plurimi simili o plurimi e diversi*, Torino, 2012, 7 ss.; J.M. Sherpe, *Comparative Family Law*, in M. Reimann e R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, 1088 ss.; da ultimo, A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019, 207 s.). Ciononostante, al di là delle rilevate criticità (*ex multis*, J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford e Portland, 2015, 124 ss.; Id., *Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?*, in *RebelsZ*, 2003, 419 ss., spec. 446 ss.; G. Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, Frankfurt am Main, 2016, 54 ss.), il metodo funzionale può essere utile nella conduzione di indagini comparatistiche che si propongano, quale è questa, di sottolineare le comunanze a scapito delle conseguenze, ovvero le convergenze nascoste dalle mere divergenze sul piano delle costruzioni tecnico giuridiche (cfr. A. Somma, *op. loc. ult. cit.*).

Ovvero ancora, com'è, più nello specifico, il caso che qui ci occupa, quando le convergenze sono in costruzione, *in fieri*. Quando cioè le traiettorie armoniche sono in una fase di elaborazione, e però ben visibili attraverso lo spettro comparatistico.

4. – Prima di procedere all'analisi, in dettaglio, della normativa europea, e pure della sua collocazione entro il quadro della strategia globale di contrasto all'uso di tabacco coordinata dall'OMS, vale la pena di dare una breve panoramica sul modo in cui le diverse esperienze giuridiche hanno inteso regolare il tema dei distributori automatici.

Volendo esemplificare al massimo, questi modelli potrebbero essere riassunti in una modellistica tripartita:

- A) in alcuni casi, gli Stati hanno introdotto un divieto totale di vendita dei prodotti da tabacco attraverso questo ritrovato tecnologico: è quanto fatto da alcuni Paesi europei, tra cui il Regno Unito (per approfondire, cfr. L. Conway, *Prohibition of Tobacco Vending Machines*, cit.), ma non solo, in quanto anche Paesi extra-europei particolarmente sensibili alla lotta al tabagismo si comportano allo stesso modo, peraltro da più tempo: si prenda ad esempio l'Uruguay (*Ley N° 18.256/2008 sobre el Control del Tabaquismo*).
- B) in un secondo scenario, gli Stati consentono la vendita di prodotti da tabacco, limitando l'accesso (con varie strategie) ai minori di età: è il caso dell'Italia, ma è stata anche – perlomeno fino alla decisione del caso *Pro-Rauchfrei e V.* da parte della Corte di giustizia – la posizione dell'Unione europea.
- C) infine, un terzo modello in cui si ritrovano delle regolamentazioni che, se da un lato, non vietano del tutto la vendita, dall'altro, impongono che i distributori automatici riportino al loro esterno e sulle raffigurazioni dei pacchetti di sigarette gli avvertimenti per la dannosità alla salute. È questa

la posizione dell’Australia sin dal *Tobacco Advertising Prohibition Act 1992* (*Act No. 218/1992*, il cui testo integrale è consultabile *online* all’indirizzo [www.legislation.gov.au/Details/C2017C00302](http://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00302) (verificato da ultimo in data 12 ottobre 2021) al quale conviene ora rivolgere lo sguardo, nella misura in cui crediamo (pur trattandosi di un argomento meramente speculativo) sia stata questa il modello a cui, ancorché in maniera “criptica” (espressione che mutuo da G. Alpa, *Comparazione e diritto straniero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea*, in *Contr. impr.*, 2016, 879 ss., spec. 880), si è rivolto l’Avvocato generale Tanchev nella stesura delle Conclusioni, e, a cascata, quello che ha influenzato la decisione della Corte di giustizia che proprio sulle Conclusioni ha fondato la sua *ratio decidendi*. Sicché, è questo terzo modello al quale va oggi ascritta l’Unione europea dopo la sentenza del 9 dicembre 2021.

5. – L’Australia rappresenta senz’altro un laboratorio interessante per la regolamentazione del tabacco. Oltre ad essersi fatta promotrice della Convenzione Quadro in seno all’OMS, è stato uno dei primi Paesi al mondo – assieme all’Uruguay – ad aver adottato nel 2011 misure di *plain packaging* per le sigarette, con ciò intendendosi segnatamente l’obbligo di confezionamento standardizzato (unica forma, monocoloro, e con un unico *font* da applicare alla marca delle sigarette) dei prodotti da tabacco (*Tobacco Plain Packaging Act 2011*).

L’approvazione di questa legge ha provocato la ferma reazione delle multinazionali operanti nel settore, le quali hanno avviato una serie di iniziative arbitrali e giudiziali per contrastare le norme australiane. Iniziative che si sono tradotte, però, nella vittoria su tutta la linea del Governo australiano e delle sue innovazioni in materia di *plain packaging* (in tema, cfr. M.S. Kennedy, *Australia’s Tobacco Plain Packaging Act: Convergence of Public Health and Global Trade*, in 39 *N.C. J. Int. L.* 2014, 591 ss. e S. Puig, *Tobacco Litigation in International Courts*, in 57 *Harv. J. Int. L.* 2016, 383 ss.).

Invero, il quadro normativo australiano in materia poteva considerarsi uno dei più avanzati già in precedenza. In particolare, e per ciò che in questa sede maggiormente interessa, è del 1992 il *Tobacco Advertising Prohibition Act*.

La *sect. 16(3)* di questo strumento stabilisce a chiare lettere che un distributore automatico di sigarette ai fini della normativa è da considerarsi come punto di immissione sul mercato di prodotti da tabacco (*Sect. 16(3), Tobacco Advertising Prohibition Act 1992* (Australia): «*For the purposes of this section, a vending machine from which tobacco products can be purchased by the public is taken to be a place where tobacco products are offered for sale to the public*»). Il testo integrale della legislazione in questione è reperibile in [www.legislation.gov.au/Details/C2017C00302](http://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00302) (verificato da ultimo in data 14 ottobre 2021)). E la sottosezione immediatamente successiva, rubricata “*Point of sale advertising permitted-internet sales*”, prevede che le regolamentazioni adottate dai singoli Stati federati possono prescrivere che nelle pubblicità debbano riportarsi gli avvertimenti per dannosità alla salute dei prodotti da tabacco (*Sect. 16(A)(4)(b), Tobacco Advertising Prohibition Act 1992* (Australia): «*Regulations ... may prescribe requirements ... of ... health warnings*»).

In sostanza, la legge australiana qualifica i distributori automatici come dei “*point of sale*”, e in quanto tali una forma di pubblicità dei prodotti da tabacco, tale per cui le leggi adottate dai singoli Stati federati possono imporre l’esposizione di avvertimenti per la salute su di essi.

E così hanno operato, in effetti, il Nuovo Galles del Sud, i Territori del Nord e l’Australia occidentale. Vediamo nel dettaglio.

La sezione 16 del *Public Health (Tobacco) Regulation 2016* adottato dal Nuovo Galles del Sud stabilisce che un distributore automatico deve esporre delle

avvertenze per la salute su fondo bianco e che non abbiano una dimensione inferiore a 1 metro quadro (*Sect. 16, Public Health (Tobacco) Regulations – South Wales*: «... the following forms of statement are prescribed ... with respect to a tobacco vending machine— a health warning that ... has an area not less than 1,000 cm<sup>2</sup>, and ... has a white background, and ... contains text in black characters in the form illustrated in Form 1 of Schedule 1 and maintains approximately the same proportions of character size and empty space as the illustrated form»). Il testo integrale della normativa in esame è accessibile al seguente indirizzo [legislation.nsw.gov.au/view/html/inforce/current/sl-2016-0476](http://legislation.nsw.gov.au/view/html/inforce/current/sl-2016-0476) (verificato da ultimo in data 14 ottobre 2021)).

Un'analogia disposizione si ritrova nella sezione 23 del *Tobacco Control Act 2002* adottato nei Territori del Nord (*Sect. 23 (Signs to be displayed on vending machines), Tobacco Control Act 2002 – Northern Territories of Australia*: «The liquor licensee of liquor licensed premises on which a vending machine is located must ensure that both of the following are affixed to, and kept conspicuously displayed on, the front of the machine ... a prescribed health warning»). Il testo integrale della normativa è accessibile in [legislation.nt.gov.au/en/Legislation/TOBACCO-CONTROL-ACT-2002](http://legislation.nt.gov.au/en/Legislation/TOBACCO-CONTROL-ACT-2002) (verificato da ultimo in data 14 ottobre 2021)) e nella sezione 50 del *Tobacco Products Control Regulations 2006* adottato in Australia Occidentale (*Sect. 50 (Health Warning signs – Location), Tobacco Products Control Regulations 2006 – Western Australia*: «... a health warning sign on a vending machines must be in such a position as to be clearly visible to a customer when purchasing a tobacco product from the vending machine»). Il testo integrale della normative in questione è consultabile online all'indirizzo

[www.legislation.wa.gov.au/legislation/prod/filestore.nsf/FileURL/mrdoc\\_43189.pdf/\\$FILE/Tobacco%20Products%20Control%20Regulations%202006%20-%20%5B03-g0-01%5D.pdf?OpenElement](http://www.legislation.wa.gov.au/legislation/prod/filestore.nsf/FileURL/mrdoc_43189.pdf/$FILE/Tobacco%20Products%20Control%20Regulations%202006%20-%20%5B03-g0-01%5D.pdf?OpenElement) (verificato da ultimo in data 14 ottobre 2021)).

Speculativamente, possiamo ritenere che le soluzioni australiane abbiano ispirato l'Avvocato generale Tanchev nelle sue Conclusioni a giungere ad approdi simili. Come si risconterà tra breve dall'analisi della normativa europea, difatti, ci sono spazi interpretativi per imporre anche nel territorio dei 27 l'obbligo di esposizione di avvertenze per la salute sui distributori automatici di sigarette.

6. – Il 3 aprile 2014, il Parlamento e il Consiglio hanno adottato la Dir. 2014/40/UE sui prodotti da tabacco che si inserisce nel più ampio programma internazionale della strategia del contrasto al consumo di tabacco (cfr. V. Obolevich, *The New EU Tobacco Products Directive and Standardized Packaging*: [in the Name of 'Smooth Functioning of the Internal Market'], in *Leg. Issues Econ. Integ.*, 2018, 72 ss.).

La riforma della precedente normativa in materia si è, infatti, resa necessaria proprio per adeguare e allineare il quadro europeo a quello emergente dalla Convenzione Quadro dell'OMS in materia.

Il processo di revisione non è stato, a onore del vero, dei più lineari. È durato quasi cinque anni, il Commissario alla salute, nel frattempo, è stato costretto a dimettersi per uno scandalo, in cui era coinvolto, legato all'attività di *lobbying* da parte delle multinazionali del tabacco (cfr. Corte di giustizia, Causa C-394/15 P, ordine del 14 aprile 2016, *Dalli*). Lo strumento ha poi attirato l'interesse sia degli studiosi di diritto, sia degli economisti (M.J. Elsmore e V. Obolevich, *Thank You for Not Smoking: The Commission's Proposal for a New Tobacco Products-Directive – Legally Sound, but Does It Hit the Spot?*, in *Eur. L. Rev.*, 2013, 552 ss.).

Vi è di più: nell'immediato della sua adozione, la Direttiva è stata bersaglio di una pronta reazione da parte dei produttori di tabacco, i quali si sono dolsi del fatto che lo strumento in questione ledesse i propri interessi e diritti (Corte di giustizia, Causa C-547/14, sent. 4 maggio 2016, *Philip Morris Brands SARL*, cfr. V. Obolevich, *The New EU Tobacco Products Directive*, cit., 79 ss.).

Obiettivo manifesto della Direttiva è quello di agevolare il regolare funzionamento del mercato interno dei prodotti del tabacco e di quelli correlati sulla base di un livello elevato di protezione della salute soprattutto per i giovani (Considerando (21), Dir. 2014/40/UE), così da rimuovere le problematiche che la precedente normativa aveva posto, consentendo un'espansione del campo di applicazione dell'azione dell'Unione in materia, e di aggiornare il quadro normativo adottando l'ottica di una regolamentazione ispirata dal cosiddetto "paternalismo libertario", o "nudge" (espressione impiegata da V. Obolevich, *op. ult. cit.*, 72, con riferimento all'etichettatura e al confezionamento dei prodotti da tabacco; il conio dell'espressione è da attribuirsi, com'è noto, a Sunstein e Thaler, cfr. ad esempio C.R. Sunstein e R.H. Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, in 70 *U. Chi. L. Rev.* 2003, 1159 ss.).

La Direttiva apporta numerose innovazioni: per esempio, in materia di aggiornamento dei valori delle emissioni di CO<sub>2</sub> (artt. 3-7), di divieto di immettere prodotti con un aroma caratterizzante (art. 7), di misure di contrasto al contrabbando (art. 15 s.), al mantenimento del divieto di vendita di tabacco per uso orale (art. 17), di regole per la vendita transfrontaliera online di prodotti da tabacco (art. 18), di previa notifica all'immissione nel mercato di prodotti di nuova generazione (art. 19) e di regolamentazione di sigarette elettroniche e di prodotti a base di erbe (artt. 20-22). Quello che maggiormente interessa in questa sede sono però le regole sull'etichettatura e il confezionamento. La normativa europea del 2014 ha quale intento quello di ridurre il consumo tra i giovani dei prodotti da tabacco, rendendo questi ultimi esteticamente meno attraenti. Per far ciò, la Direttiva impone che i prodotti appaiano come prodotti da tabacco e abbiano il sapore di tabacco, nonché di introdurre gradualmente delle misure che facilitino l'uniformazione del confezionamento di questi prodotti a livello europeo, nell'ottica del raggiungimento di una standardizzazione totale del confezionamento (cosiddetto *plain packaging* – art. 24(2)). La Direttiva introduce un'armonizzazione minima, lasciando come opzione agli Stati la possibilità di adottare misure più stringenti, purché nel rispetto del principio di proporzionalità. Ancorché minima, le disposizioni in materia di etichettatura e confezionamento rappresentano un importante passo in avanti a livello europeo. Le principali norme in materia all'interno della Direttiva impongono dei requisiti minimi comuni riguardanti le dimensioni, la forma, il materiale e le informazioni che devono avere le confezioni dei prodotti da tabacco. Queste possono essere di materiale duro o morbido e di forma parallelepipedica (art. 14). Ciascuna confezione di prodotti da tabacco deve avere riportati messaggi informativi e immagini che illustrino la loro dannosità (art. 9), incluso obbligatoriamente i messaggi «Il fumo uccide» (ovvero, «Il fumo uccide – smetti subito» – art. 9(1)) e «Il fumo del tabacco contiene oltre 70 sostanze cancerogene» (art. 9(2)). In aggiunta, la confezione deve includere anche informazioni, come numeri telefonici, indirizzi e-mail o siti internet che informino i consumatori circa i programmi disponibili per smettere di fumare (art. 10(b)). Inoltre, è fatto divieto di etichettature che includano qualsiasi informazione che promuova o comunque incoraggi il consumo di tabacco fuorviando i consumatori circa gli effetti per la salute e le caratteristiche di questi prodotti (art. 13(a)).

Per quanto più interessa con riferimento alla questione della visibilità da parte dei consumatori degli avvertimenti per la salute, centrale è il già citato art. 8, in virtù del quale ciascuna confezione unitaria di un prodotto del tabacco e l'eventuale imballaggio esterno recano le avvertenze relative alla salute di cui al presente capo nella lingua ufficiale o nelle lingue ufficiali dello Stato membro in cui il prodotto è immesso sul mercato (art. 8(1)). Inoltre, le avvertenze relative alla salute devono coprire tutta la superficie della confezione unitaria o dell'imballaggio esterno ad esse riservata e non sono oggetto di alcun commento, parafrasi o riferimento in qualsivoglia forma (art. 8(2)). La stessa disposizione impone poi agli

Stati membri di vigilare che le avvertenze relative alla salute su una confezione unitaria e l'eventuale imballaggio esterno siano stampate in modo inamovibile, indelebili e pienamente visibili, non essendo parzialmente o completamente dissimulate o troncate da bolli fiscali, etichette del prezzo, elementi di sicurezza, incarti, custodie, scatole o altri elementi al momento dell'immissione sul mercato dei prodotti del tabacco. Peraltro, sulle confezioni unitarie dei prodotti del tabacco diversi dalle sigarette e dal tabacco da arrotolare in buste, le avvertenze relative alla salute possono essere apposte (art. 8(3)). Prevedendosi, infine, che anche le illustrazioni sulle confezioni unitarie e sull'eventuale imballaggio esterno destinato ai consumatori dell'Unione rispettano le disposizioni del presente capo.

Come emerge chiaramente dal quadro fin qui ricostruito, nessuna norma si occupa espressamente della tematica relativa alle avvertenze e alle illustrazioni che dovrebbero eventualmente essere presenti sui distributori di sigarette. D'altronde, la Dir. 2014/40/UE non armonizza le regole nazionali in materia di vendita dei prodotti da tabacco attraverso i distributori automatici. Ad onore del vero, l'introduzione di un divieto, o comunque di restrizioni, alla vendita automatizzata era stata presa in considerazione, ma poi ben presto scartata dall'*impact assessment* della Direttiva (*Impact assessment of 19 December 2012 accompanying the proposal for a directive of European Parliament and of the Council on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the manufacture, presentation and sale of tobacco and related products*, SWD(2012) 452 final.).

Cionondimeno, questo non significa che la Dir. 2014/40/UE non possa occuparsi dei distributori automatici quando vi siano degli aspetti ad essi relativi che ricadono nel suo ambito di applicazione, com'è il caso in cui si pongano problemi di effettività delle disposizioni che mirano ad avvertire i consumatori circa la dannosità dei prodotti da tabacco. Un ragionamento di segno diverso, come è evidente, finirebbe con il compromettere gli obiettivi di capillare informazione consentendo ai rivenditori di immettere sul mercato prodotti da tabacco a mezzo di distributori che impediscano al consumatore di prendere visione di queste avvertenze in un momento antecedente all'effettuazione dell'acquisto. Posto che questa è l'opzione interpretativa da preferire, come pure sostenuto dall'Avvocato Generale Tanchev e dai giudici, è opportuno porre in evidenza che la natura autenticamente internazionale delle disposizioni della Direttiva chiama fortemente in causa la comparazione giuridica quale fattore esplicativo e unificante allo stesso tempo.

7. – A chiare lettere, il Considerando (7) della Dir. 2014/40/UE afferma che l'intervento legislativo a livello dell'Unione è necessario anche per dare attuazione alla Convenzione quadro dell'OMS per la lotta al tabagismo del maggio del 2003, le cui disposizioni sono vincolanti per l'Unione e i suoi Stati membri.

Aggiunge poi che le disposizioni della stessa sulla regolamentazione della composizione dei prodotti del tabacco, sulla regolamentazione delle informazioni che devono figurare sui prodotti del tabacco, sul confezionamento e l'etichettatura dei prodotti del tabacco, sulla pubblicità e sul commercio illecito dei prodotti del tabacco sono particolarmente rilevanti, tanto che nel corso di varie conferenze, le parti della FCTC, compresi l'Unione e gli Stati membri, hanno adottato per consenso una serie di linee guida per l'attuazione delle disposizioni della FCTC.

La Convenzione in questione è stata adottata, come si diceva, dall'Assemblea OMS con risoluzione il 21 maggio 2003 (Resolution WHA 56.1 (21 maggio 2003) – sul tema, cfr. D. Yach, *The Origins, Development, Effects, and Future of the WHO Framework Convention on Tobacco Control: A Personal Perspective*, in *Lancet*, 2014, 1771 ss.; per una panoramica storica v. l'allegato 2 alla Convenzione, *History of the WHO FCTC*, 2009 e inoltre K. Lannan, *The WHO Framework Convention on Tobacco*

*Control: The International Context for Plain Packaging*, in T. Voon, A.D. Mitchell, J. Liberman e G. Ayres (eds.), *Public Health and Plain Packaging of Cigarettes*, Cheltenham-Northampton, 2012, 11 ss.). È stata aperta alla firma il 16 giugno dello stesso anno, entrando in vigore, sorprendentemente, in poco meno di due anni, il 27 febbraio 2005 con 174 ratifiche, in ragione dell'ampio consenso riscosso tra gli Stati. Obiettivo generale, ai sensi dell'art. 3, «è quello di proteggere le generazioni presenti e future contro gli effetti [sulla salute] del consumo di tabacco e dell'esposizione al fumo del tabacco» attraverso la realizzazione di «un quadro per l'attuazione di misure di lotta al tabagismo delle Parti a livello nazionale, regionale e internazionale, al fine di ridurre gradatamente e sensibilmente la prevalenza del tabagismo e l'esposizione al fumo del tabacco» (art. 3 della Convenzione Quadro per la lotta al tabagismo). Per il raggiungimento di tali obiettivi, la Convenzione impone alle Parti Contraenti l'introduzione di nuove misure (o l'adeguamento di quelle già esistenti) (art. 19) al fine di ridurre tanto la domanda (artt. 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13 e 14), quanto l'offerta di tabacco (art. 15 s.).

Degno di nota è il fatto che l'OMS ha escluso dai negoziati della Convenzione le imprese operanti nel settore del Tabacco in ragione di condotte assunte da queste ultime in precedenza e volte a svilire il ruolo dell'Organizzazione medesima. Le ragioni della mancata autorizzazione sono state accertate dal Comitato appositamente nominato nel 1999. Il 2 agosto 2000, questo Comitato ha pubblicato un rapporto in cui concludeva nel senso che le imprese produttrici avessero tra l'altro cercato di sviare l'attenzione dalle questioni concernenti la salute pubblica, di ridurre gli stanziamenti per la ricerca scientifica e attività portate avanti dall'OMS, di mettere altre agenzie delle Nazioni Unite contro l'OMS, di convincere gli Stati in via di sviluppo che il programma di controllo del tabacco fosse, in realtà, un'azione da parte dei Paesi più sviluppati realizzata in danno di detti Paesi, di distorcere i risultati di importanti ricerche scientifiche sul tabacco e di screditare l'OMS in quanto istituzione (cfr. *Tobacco Company Strategies to Undermine Tobacco Control Activities at the World Health Organization, Report of Committee of Experts on Tobacco Industry Documents*, Luglio 2000). Degno di nota il fatto che ai negoziati fossero invece state ammesse le ONG impegnate nella lotta al tabagismo (cfr. P. Acconci, *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011, 174).

Nel testo della Convenzione, c'è una norma particolarmente rilevante ai nostri fini: è l'art. 16, per cui all'atto della firma, della ratifica, dell'accettazione o approvazione della Convenzione o dell'adesione, o in un qualsiasi momento successivo, una Parte può indicare con dichiarazione scritta vincolante che essa si impegna a vietare l'installazione entro i confini nazionali di distributori automatici o, se appropriato, di introdurre un generalizzato divieto nei loro confronti. Vi è di più: le linee guida per l'attuazione dell'art. 13 (rubricato *Tobacco advertising, promotion and sponsorship*) formulano la raccomandazione per cui la vendita di tabacco automatizzata dovrebbe essere vietata in la sola presenza dei distributori automatici costituirebbe una forma di promozione e pubblicità ai sensi della Convenzione (*Guidelines for implementation of Article 13 of the WHO FCTC on "Tobacco advertising, promotion and sponsorship" (decision FCTC/COP3(12))*), consultabili online all'indirizzo [www.who.int/fctc/guidelines/adopted/article\\_13/en/](http://www.who.int/fctc/guidelines/adopted/article_13/en/) (verificato da ultimo in data 15 ottobre 2021).

8. – Ciò posto, occorre ora guardare più da vicino le motivazioni esposte dall'Avvocato generale. Dopo aver chiarito che la Direttiva del 2014 era applicabile alla controversia in esame, considerato che il suo ambito applicativo si estende a tutte quelle misure che riguardano le avvertenze per la salute dei danni derivanti dal consumo di tabacco, Tanchev ha affrontato la questione relativa alla configurabilità dei distributori automatici quali punti di immissione nel mercato dei prodotti da tabacco (Conclusioni generali, cit., punto 33). In particolare, ha rilevato

che secondo l'art. 2(40) un prodotto è considerato immesso sul mercato quando è disponibile per l'acquisto dei consumatori, con o senza pagamento (ivi, punto 34), in guisa che la nozione di "*placed on the market*" coincide con un momento anteriore a quello dell'acquisto e del pagamento del prodotto. Di conseguenza, un pacchetto di sigarette è immesso nel mercato già per il solo fatto di essere offerto attraverso un distributore automatico. Non può sottacersi al riguardo la piena coincidenza delle posizioni di Tanchev con quanto analizzato nel contesto australiano relativamente al fatto che i distributori automatici vanno qualificati come "*point of sale*".

Dopo essersi espresso nel senso che, in riferimento alla seconda questione, l'art. 8(3) non è applicabile al caso in cui i pacchetti siano "nascosti" in un distributore automatico (ivi, punto 43), Tanchev è passato ad analizzare la terza questione sottoposta alla Corte. Il tema, come si ricorderà, concerneva la corretta interpretazione del termine "illustrazione" ai sensi dell'art. 8(8) in tutti quei casi in cui la rappresentazione dei pacchetti di sigarette sui distributori automatici non fosse una fedele raffigurazione del pacchetto, ma una sua miniatura etc. L'Avvocato generale ha rilevato che la Direttiva del 2014 persegue due obiettivi, garantire il funzionamento del mercato e assicurare un'elevata protezione della salute dei consumatori, in guisa che il termine la nozione di illustrazione deve essere giocoforza interpretata in maniera estensiva, dovendo ricomprendere nel relativo campo semantico anche tutte quelle raffigurazioni che non sono una pedissequa e fedele riproduzione della confezione di sigarette, e che cionondimeno però i consumatori associano a prodotti da tabacco (ivi, punto 53 ss.).

Nell'ottica della comparazione che unisce, degno di nota è il fatto che le Conclusioni si siano riferite al diritto internazionale per corroborare questa interpretazione. In particolare, è stato invocato l'art. 13(4) della Convenzione OMS, che pone l'obbligo in capo agli Stati di adottare misure adeguate che garantiscano che la pubblicità, la promozione e la sponsorizzazione del tabacco siano appropriatamente accompagnate da avvertenze e messaggi che mettano in guardia sui rischi alla salute derivanti dal suo consumo. In dettaglio, vengono richiamate le già citate linee guida lì dove precisano che i distributori automatici costituiscono *per se* una forma di pubblicità dei prodotti del tabacco (ivi, punto 64). Non sfuggirà anche in questo caso come vi sia piena coincidenza con la soluzione australiana di considerare i distributori automatici una forma di pubblicità, scaturendone per l'effetto la necessità di inserire degli avvertimenti per la salute su di essi. L'Avvocato generale ha, quindi, concluso che l'art. 8(8) della Direttiva va interpretato nel senso che la nozione di "illustrazione di una confezione unitaria di sigarette" ricomprende anche le rappresentazioni che, ancorché non pienamente fedeli, il consumatore medio associa ai pacchetti di sigarette in ragione della forma, delle proporzioni, dei colori e del logo (ivi, punto 67). E che – per rispondere al quarto quesito del BGH – se un'immagine, che come detto ricomprende una vasta gamma di raffigurazioni più o meno fedeli dei pacchetti di sigarette, non reca gli avvertimenti per la salute imposti dalla Direttiva, quest'ultima deve ritenersi violata (ivi, punto 75).

Dalla giustapposizione delle Conclusioni dell'Avvocato generale con il regime normativo australiano, mediato per il tramite della Convenzione OMS, si può ragionevolmente concludere nel senso di una piena coincidenza metodologica e di merito, che, essendone stati accolti gli esiti dai giudici del Lussemburgo, conduce di fatto il quadro normativo europeo a coincidere pienamente con quello attualmente vigente in Australia. Degno di nota, al riguardo, è che siffatto avanzamento non è stato reso possibile dall'attuazione di una normativa specifica sul tema, come accaduto proprio in Australia e Paese di *common law*, ma per il tramite di un'attività ermeneutica posta in essere dal formante giurisprudenziale europeo, come dimostrano le argomentazioni svolte in sentenza dalla Corte di giustizia e che ci accingiamo ad analizzare.

9. – Come si accennava, la Corte nella pronuncia pubblicata il 9 dicembre 2021, ha accolto integralmente le argomentazioni dell'Avvocato generale. Scendendo nel dettaglio della decisione, va detto che i giudici hanno ritenuto opportuno trattare e decidere prima il terzo e il quarto quesito, ossia quelli sulla corretta interpretazione della nozione di "illustrazione". Rifacendosi espressamente alle Conclusioni di Tanchev, la Corte ne ha dato una lettura assai ampia, affermando che la "illustrazione" ricomprende non solamente le riproduzioni fedeli, ma anche tutte quelle che siano in grado di far associare ai consumatori l'immagine a un prodotto da tabacco (sent. 9 dicembre 2021, punto 23). Questa opzione interpretativa, secondo i giudici, sarebbe infatti anche avvalorata anche dall'analisi del contesto in cui l'art. 8(8) è inserito: dal titolo dell'allegato II della Direttiva del 2014, "Catalogo delle immagini (delle avvertenze combinate relative alla salute)", nella prospettiva della Corte, deriva che il termine "illustrazione" include anche le avvertenze combinate relative alla salute, le quali – stando alla definizione che ne fornisce l'art. 2, n. 33, della Direttiva, sono avvertenze composte non solamente da fotografie ma altresì da testo e illustrazioni, in guisa che sarebbe erroneo ritenere che tale nozione designi unicamente immagini di confezioni unitarie (*ivi*, punto 25). Che il lemma "illustrazione" sia un qualcosa di non pienamente coincidente con le sole immagini viene considerato corretto dalla Corte anche sotto il diverso angolo visuale degli obiettivi perseguiti dalla Direttiva: anche a tal riguardo, facendo sue le tesi dell'Avvocato generale, ha affermato che una lettura di segno restrittivo minerebbe il duplice obiettivo dello strumento in questione, quello di assicurare il buon funzionamento del mercato e quello di impedire l'elusione della regola, enunciata dall'art. 8(1), secondo cui ciascuna confezione unitaria di un prodotto del tabacco deve recare le avvertenze relative alla salute (*ivi*, punto 27 s.). Ebbene, si è concluso quindi nel senso che un'immagine che il consumatore associa a una confezione unitaria di prodotti del tabacco è, al pari di una riproduzione fedele, idonea a far scattare un desiderio di acquisto che gli avvertimenti per la salute servono tuttavia a dissuadere.

Sul quarto quesito, la Corte, argomentando *per relationem* attraverso esplicito richiamo di un passaggio delle Conclusioni dell'Avvocato generale, ha deciso nel senso che l'art. 8(8) vieta l'uso di illustrazioni destinate ai consumatori dell'Unione sulle quali non figurano le avvertenze relative alla salute, indipendentemente da qualsiasi processo di acquisto dei prodotti a cui queste immagini si riferiscono (*ivi*, punto 35 s.).

La Corte ha quindi ritenuto assorbiti il primo e secondo quesito.

10. – Abbiamo già detto che ci sono diversi modi di fare comparazione giuridica, e che in questo caso avremmo adottato un approccio di tipo funzionale finalizzata alla sottolineature delle convergenze tra ordinamenti, in particolare tra quello australiano e quello unionale (cfr. *supra*, § 3). L'allineamento delle due esperienze è stato agevolato dalla presenza, come ribadito più volte, di una convenzione internazionale che reca delle misure di armonizzazione globale per la lotta al tabagismo (cfr. *supra*, §§ 6 e 7). Abbiamo visto come le Conclusioni di Tanchev siano costellate da argomentazioni che paiono richiamare, ancorché implicitamente, proprio l'esperienza australiana con riferimento al tema in esame relativo alle avvertenze per la salute sui distributori automatici di sigarette (cfr. *supra*, §8). Infine, abbiamo potuto constatare come questa forma di comparazione implicita sia permeata nella decisione della Corte di giustizia, che ha sostanzialmente recepito gli esiti delle osservazioni svolte dall'Avvocato generale nella controversia in commento.

Questi rilievi ci portano a svolgere una riflessione su un ulteriore livello di comparazione giuridica al quale assistiamo in questo caso. Una sorta di meta-livello. Da tempo, la letteratura scientifica ha portato la sua attenzione sul tema

dell'adozione del metodo comparativo, dell'uso della comparazione, nel contesto della Corte UE (cfr., *ex plurimis*, L. Lenaerts e K. Gutman, *The Comparative Law Method and the Court of Justice of the European Union – Interlocking Legal Orders Revisited*, in M. Andenas e D. Fairgrieve (eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015, 141 ss.; G. Alpa, *Comparazione e diritto straniero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, cit.; K. Lenaerts, *The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2017, 297 ss.). Quello che in questa sede particolarmente interessa non è però tanto la comparazione giuridica condotta nella pratica in modo esplicito, che utilizza i modelli, le sentenze, gli orientamenti stranieri, o anche i principi generali apertamente richiamandoli, quanto la comparazione cosiddetta "criptica" (così G. Alpa, *op. ult. cit.*, 880), di cui se ne rinviene traccia in alcune Conclusioni degli Avvocati generali. Due sono gli esempi citati al proposito – le Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano nella Causa C-168/00 relativa al danno morale da vacanza rovinata (Corte di giustizia, Causa C-168/00, sent. 12 marzo 2022, *Leitner*) e quelle dell'Avvocato generale Julianne Kokott nella Causa C-557/12 (Corte di giustizia, Causa C-557/12, sent. 5 giugno 2014, *Kone AG*) – a cui si devono aggiungere, crediamo e per quanto diremo a breve, proprio le Conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev nella Causa C-370/20. Queste forme di comparazione criptica, più o meno consapevoli, infatti vengono sovente trasfuse nelle decisioni dei giudici del Lussemburgo, che finiscono col ritrovarsi nella stessa condizione del borghese gentiluomo di Molière, che aveva parlato in prosa per un'intera vita senza mai accorgersene. E ci pare che tale schema ben si attagli alla dinamica venutasi a ricreare nella sentenza del 9 dicembre 2021, dove è ragionevole sostenere, ancorché speculativamente, che indirettamente la Corte di giustizia, per il tramite delle Conclusioni dell'avvocato generale, si sia trovata a rivolgere il proprio sguardo al diritto australiano. Insomma, siamo dinanzi a un caso di comparazione criptica, che unisce.