

Distributori automatici di sigarette e sistemi di *age control* basati sulla lettura delle impronte digitali: l'ordinanza cautelare del TAR Basilicata del 6 Giugno 2013.

di:

Avv. Alessandro del Ninno

Avv. Alberto Fantini

Studio Legale Tonucci & Partners

adelninno@tonucci.com

afantini@tonucci.com

Indice

- § 1. I fatti.
 - § 2. Le controdeduzioni della rivendita di tabacchi.
 - § 3. Il rigetto delle controdeduzioni da parte di AAMS.
 - § 4. Il ricorso al TAR della rivendita.
 - § 5. L'ordinanza cautelare del TAR Basilicata 6 Giugno 2013.
-

§ 1. I fatti.

Nel corso di una ispezione condotta dall' Agenzia dei Monopoli e delle Dogane ("AAMS") presso una rivendita di tabacchi avvenuta lo scorso Dicembre 2012 veniva contestata la presenza di un distributore automatico di prodotti del tabacco dotato di un sistema di "*age control*" che abilita l'acquisto delle sigarette anche mediante lettura delle impronte dattiloscopiche dell'acquirente.

AAMS contestava che "*è stato rilevato che il distributore automatico consente l'erogazione dei generi di monopolio anche con impronte digitali, atteso che lo stesso è previsto che funzioni per il momento con tessere di riconoscimento rilasciate dalla Pubblica Amministrazione, trattasi di sistema ad oggi non regolamentato e non autorizzato*".

Conseguentemente, AAMS apriva contro rivendita di tabacchi il relativo procedimento disciplinare e procedeva alla contestazione di illecito amministrativo ai sensi e per gli effetti degli artt. 34 e 35 della L. 1293/1957, del d.p.r. 1074/1958 e della L. 241/1990 per violazione delle norme in materia di installazione e funzionamento dei distributori automatici di sigarette (art. 25 r.d. 2316/1934; Circ. AAMS n. 2004/3451; Circ. AAMS n. 376 UDG del 01.08.2005; Circ. AAMS n. DAC/CRV/509/2007; Circ. AAMS DAC/CRV/8711/09).

§ 2. Le controdeduzioni della rivendita di tabacchi.

In sede di controdeduzioni la rivendita di tabacchi argomentava che:

- la stessa AAMS, con la nota DAC/CRV/7377/2011 interpretativa delle Circolari AAMS DAC/CRV/509/2007 e DAC/CRV/8711/2009 in merito ai distributori automatici di sigarette e a che cosa dovesse intendersi per "*sistema automatico di rilevamento dell'età anagrafica dell'acquirente*" ha chiarito - e richia-

- mando la prescrizione normativa e regolamentare principale e cioè la identificazione certa dell'utente - che: *"tutti gli apparecchi deputati alla distribuzione delle sigarette devono possedere appositi dispositivi che consentano con certezza l'identificazione dell'utente, escludendo dalla erogazione del prodotto i minori"*;
- di conseguenza AAMS ha affermato quello che sembra palesemente affermazione di un principio di libertà negoziale e di impresa in base al quale *"stabilite inderogabilmente tali prescrizioni in ordine alla richiamata identificazione dell'utente, rientra nella libertà di impresa e nella autonomia negoziale del titolare della rivendita rivolgersi per l'acquisto del dispositivo rispondente alle finalità indicate (cioè atto a garantire - indipendentemente dalle modalità tecniche - la certa identificazione, n.d.r.) - alle varie società produttrici presenti sul mercato"*;
 - d'altra parte, anche in considerazione dell'evoluzione tecnologica, il Legislatore - fissato il principio normativo dell'obbligo di identificazione del minore d'età - non può che porre in essere regole *"tecnologicamente neutre"* senza vincolare i soggetti tenuti al rispetto di quel principio alla scelta di modalità tecniche peculiari o addirittura esclusive, poiché ciò rappresenterebbe un elemento di violazione proprio della libertà di impresa e della libertà negoziale e anche di forte alterazione dello svolgersi di una corretta dinamica concorrenziale, anche in riferimento alle prescrizioni comunitarie di libera prestazione;
 - ciò è tanto più vero se si guarda all'articolo 7, comma 2, del decreto legge 13 settembre 2012, n. 158 recante *"Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute"*, convertito nella legge 8 novembre 2012, n. 189 (in S.O. n. 201, relativo alla G.U. 10/11/2012, n. 263) che prescrive quanto segue: *"2. All'articolo 20 della legge 8 agosto 1977, n. 556, e successive modificazioni, dopo il primo comma e' aggiunto il seguente: «I distributori automatici per la vendita al pubblico di prodotti del tabacco sono dotati di un sistema automatico di rilevamento dell'età anagrafica dell'acquirente. Sono considerati idonei i sistemi di lettura automatica dei documenti anagrafici rilasciati dalla pubblica amministrazione.»*;
 - se le finalità normative di accertamento dell'età anagrafica prescritta dalla legge mirano ovviamente ad impedire la vendita di prodotti del tabacco a minori d'età è inoppugnabile che la dizione utilizzata dal Legislatore *"sistema automatico di rilevamento dell'età anagrafica dell'acquirente"* appare essere volutamente generica in modo da ricomprendere nel dettato normativo qualsiasi modalità/dispositivo di *"rilevazione dell'età anagrafica"* (inclusi dispositivi di lettura delle impronte digitali) atto a garantire l'esatta verifica del possesso in capo all'utente/consumatore dei requisiti anagrafici prescritti dalla legge. In tale ottica normativa i *"sistemi di lettura automatica dei documenti anagrafici rilasciati dalla pubblica amministrazione"* non possono che rappresentare solo uno dei sistemi ritenuti idonei, ma non il solo e l'esclusivo poiché il *"sistema di lettura automatica dei documenti"* è solo una *species* del *genus* più ampio rappresentato dai *"sistemi automatici di rilevamento dell'età anagrafica dell'acquirente"* di cui parla la norma, altrimenti sarebbe illogica la stessa differenziazione operata dal Legislatore tra *"sistemi di lettura dei documenti"* e *"sistemi di rilevazione dell'età"*;

- prescrivere come unico sistema idoneo e legale quello della lettura automatica di documenti della Pubblica amministrazione contrasterebbe con i principi del libero mercato, della concorrenza, delle libertà di prestazioni di prodotti e servizi come codificati dai Trattati UE oltre che con i principi costituzionali i cui all'art. 41 della Costituzione;
- il riferimento legislativo ad un "*sistema automatico di rilevamento dell'età anagrafica dell'acquirente*" menzionato ora dall'art. 7.2 del d.l. 158/2012 non appare essere affatto un vincolo all'utilizzo di sistemi automatici di rilevamento dell'età basati su lettura solo elettronica o magnetica di documenti per essere ritenuti "idonei": la dizione volutamente generica si riferisce a sistemi che sono per la legge idonei purchè le modalità prescelte garantiscano la certezza della identificazione di un soggetto autorizzato per legge in quanto maggiorenne all'acquisto di prodotti del tabacco;
- il distributore automatico operante presso la rivendita ed oggetto dell'accertamento ispettivo include anche un lettore integrato di impronte dattiloscopiche dell'acquirente i prodotti del tabacco - previamente memorizzate solo parzialmente e rese del tutto anonime - ai fini della verifica del possesso - da parte dell'acquirente di sigarette - del requisito della maggiore età ed in sostituzione della lettura automatica di documenti rilasciati dalla Pubblica Amministrazione;
- la lettura di parte dell'impronta dattiloscopica del cliente previamente registrata persegue con maggiore certezza ed efficacia la finalità di tutela della salute pubblica, evitando a soggetti minori di età l'acquisto di prodotti del tabacco dal distributore automatico mediante l'utilizzo di documenti appartenenti a soggetti maggiorenni che eventualmente siano presenti al momento dell'acquisto. Inoltre, la previa registrazione di parte dell'impronta dattiloscopica del cliente maggiorenne, facilita a quest'ultimo l'acquisto in quanto una volta registrata parte dell'impronta - esclusivamente in locale sul distributore e con esclusione di qualsiasi connessione o centralizzazione in qualsivoglia database - l'acquirente maggiorenne non avrà più bisogno - per ogni successivo acquisto - di inserire documenti: il sistema lo riconoscerà come soggetto maggiorenne abilitato per legge all'acquisto di prodotti del tabacco;
- la registrazione del cliente maggiorenne e di parte della sua impronta dattiloscopica è su base del tutto volontaria e facoltativa: resta ovviamente sempre possibile utilizzare il distributore automatico e il suo sistema automatico di lettura di documenti rilasciati dalla Pubblica Amministrazione ai fini dell'accertamento del requisito dell'età anagrafica per l'acquisto di prodotti del tabacco;
- dal punto di vista della disciplina sul trattamento dei dati personali ed in ossequio alle indicazioni dell'Autorità Garante per la privacy cui il sistema di lettura dei dati biometrici operante sul distributore era stato previamente sottoposto, non vi è trattamento di "*dati personali*" in quanto successivamente alla registrazione su base volontaria di parte dell'impronta digitale del cliente tutti i dati vengono cancellati e l'unica informazione riconosciuta dal distributore è se l'impronta digitale corrisponda o meno a soggetto (anonimo) maggiorenne, senza alcuna possibilità di associare la parte dell'impronta ai dati anagrafici -

previamente raccolti in sede di identificazione dell'utente anche ai sensi dell'art. 25 del r.d. 2316/1034 - dell'utente che abbia richiesto la registrazione;

- è infondata l'apertura del procedimento disciplinare e le conseguenti contestazioni di illecito alla rivendita in base al fatto che, con riferimento al sistema di lettura delle impronte digitali operante sul distributore ispezionato, *"trattasi di sistema ad oggi non regolamentato e non autorizzato"*; difatti, alla luce dell'attuale quadro giuridico, l'impiego di dispositivi che accertino il possesso dei requisiti anagrafici di legge per l'acquisto di prodotti del tabacco mediante distributori automatici con modalità anche diverse dalla lettura di documenti rilasciati dalla Pubblica Amministrazione (e ad esempio mediante lettura di impronte digitali) non è oggetto di alcun specifico ed espresso divieto. Né la stessa AAMS ha richiamato nella propria nota DAC/CRV/7377/2011 esplicite proibizioni normative o regolamentari in materia. Se allora è vero che un sistema di lettura delle impronte digitali non trova ad oggi specifica regolamentazione (né espressi divieti) nella normativa di secondo livello o negli atti amministrativi di competenza dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, è altrettanto incontestabile che da tale assenza di regolamentazione (e di espressi divieti) non può discendere automaticamente e dogmaticamente un divieto al loro lecito impiego nei distributori automatici. Affermare cioè che il sistema di lettura delle impronte digitali *"ad oggi non è regolamentato e dunque non è autorizzato"* significa applicare il principio che *"tutto ciò che non è specificatamente permesso è vietato"*. Solo che, come è noto, da tempo ormai ha trovato formale ingresso nell'ordinamento giuridico italiano (anche in specifica attuazione dell'articolo 41 della Costituzione) il principio opposto secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed *"è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge"* [(cfr. art. 3 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 convertito con modificazioni dalla L. 14 settembre 2011, n. 148; L. 11 novembre 2011, n. 180, art. 2, comma 1, lettera (c) e art. 1, comma 5, lettera (f); art. 1 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, art. 12 del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5)]. In considerazione di tale inoppugnabile principio legislativo ormai cardine e costituzionale e codificato nell'ordinamento giuridico italiano, appare evidente che l'impiego di un distributore automatico nel quale opera anche - e in piena conformità ai dettami normativi di obbligo di identificazione certa dell'acquirente maggiorenne - un sistema (volontario) di verifica del requisito della maggiore età per l'acquisto di prodotti del tabacco basato sulla lettura delle impronte digitali:

- non può essere ritenuto illecito in quanto non regolamentato
- non può essere ritenuto non autorizzato in quanto non regolamentato
- non può essere ritenuto proibito in assenza di specifici divieti;
- non può essere ritenuto illecito alla luce del principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed *"è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge"*.

§ 3. Il rigetto delle controdeduzioni da parte di AAMS.

Con successivo provvedimento AAMS affermava: *“considerato che le giustificazioni addotte non sono esimenti della responsabilità della rivendita per le infrazioni accertate e ciò perché la legge 556/77 all’art. 20 precisa specificatamente che sono considerati idonei i sistemi di lettura automatica dei documenti anagrafici rilasciati dalla pubblica amministrazione ... escludendo quindi la regolarità di qualsiasi altra forma di riconoscimento diversa”* e procedeva dunque a rigettare le controdeduzioni della rivendita applicando sanzione amministrativa e ordine di immediata rimozione del distributore automatico.

§ 4. Il ricorso al TAR della rivendita.

La rivendita di tabacchi procedeva dunque ad impugnare il provvedimento sanzionatorio di AAMS al TAR Basilicata contestando:

- la violazione e/o non corretta applicazione dell’art. 25 del R.D. 2316/1934 e relative circolari esplicative in riferimento alla contestata violazione delle norme in materia di installazione e funzionamento dei distributori automatici di sigarette con conseguente violazione e falsa applicazione dell’art. 35 della L. n. 1293/57 e artt. 87 e 94 D.P.R. n. 1074/58;
- l’eccesso di potere per travisamento, errore e/o difetto assoluto dei presupposti;
- la violazione e/o non corretta applicazione della L. n. 556/1977 come successivamente modificata e integrata e delle Circolari AAMS nn. DAC/CRV/509/2007 e DAC/CRV/8711/09 con conseguente violazione e falsa applicazione dell’art. 35 della L. n. 1293/57 e artt. 87 e 94 D.P.R. n. 1074/58;
- l’eccesso di potere per errore, difetto assoluto dei presupposti, difetto di istruttoria;
- violazione dei principi costituzionali relativi alla libertà d’impresa e dei principi generali sulla libertà negoziale;
- violazione dei principi generali sulla libera concorrenza;
- abuso e/o sviamento di potere;
- la illegittimità in via derivata anche delle circolari rese in materia dall’AAMS n. 2004/3451; n. 376 UDG dello 01/08/2005; n. DAC/CRV/509/2007; n. DAC/CRV 8711/2009 ed ogni altra circolare anche se non conosciuta.

La rivendita contestava difatti la ricostruzione operata da AAMS e in base alla quale l’erogazione di generi di monopolio anche attraverso il sistema di riconoscimento dell’età anagrafica tramite impronte digitali sarebbe in contrasto con le norme di riferimento indicate (in primis, l’art. 25 del R.D. 2316/1934 in materia di installazione e funzionamento di distributori automatici di sigarette). Difatti, sosteneva la rivendita, l’art. 25 del R.D. 2316/1934 prevede che *“Chiunque vende prodotti del tabacco ha l’obbligo di chiedere all’acquirente, all’atto dell’acquisto, l’esibizione di un documento di identità, tranne nei casi in cui la maggiore età dell’acquirente sia manifesta”*. La predetta verifica viene effettuata anche nell’ipotesi di vendita tramite il distributore automatico che impiega il sistema di lettura delle impronte digitali: preliminarmente ad ogni

acquisto il consumatore che volontariamente scelga tale opzione viene prima identificato e registrato tramite esibizione e verifica del documento di identità. In tale ottica, la rivendita sosteneva che il sistema di cui si avvale il distributore ha dimostrato piena funzionalità, e (circostanza ancora più importante) si appalesa del tutto rispondente alle finalità della normativa in tema di distribuzione di sigarette di necessaria individuazione dell'età dell'acquirente. Difatti, quanto alla rispondenza a normativa:

a) la rivendita verifica l'età anagrafica del soggetto attraverso il controllo del documento di identità e registrazione dei relativi dati (come richiesto dall'art. 25 del R.D. 2316/1934);

b) il distributore "memorizza" che ad una data impronta digitale corrisponde un soggetto di età idonea all'acquisto di sigarette alla stregua di quanto verificato dall'esercente;

- quanto alla "funzionalità" del sistema:

c) la previa registrazione di parte dell'impronta dattiloscopica del cliente maggiorenne, facilita a quest'ultimo l'acquisto in quanto, una volta registrata parte dell'impronta - esclusivamente in locale sul distributore e con esclusione di qualsiasi connessione o centralizzazione in qualsivoglia database - l'acquirente maggiorenne non avrà più bisogno - per ogni successivo acquisto - di inserire documenti: il sistema riconoscerà l'impronta digitale come appartenente a soggetto maggiorenne abilitato per legge all'acquisto di prodotti del tabacco;

d) la lettura di parte dell'impronta dattiloscopica del cliente previamente registrata persegue con maggiore certezza ed efficacia la finalità di tutela della salute pubblica, evitando a soggetti minori di età l'acquisto di prodotti del tabacco dal distributore automatico mediante l'utilizzo di documenti appartenenti a soggetti maggiorenti che eventualmente siano presenti al momento dell'acquisto.

In definitiva, il sistema di verifica tramite impronte digitali di cui si avvale il distributore, unitamente all'attività preliminare espletata del titolare della rivendita, approntano una modalità di verifica certamente rispondente a quanto richiesto dall'art. 25 del R.D. 2316/1934.

Dunque la contestazione della violazione di cui all'art. 25 cit. risulta incongrua e comunque infondata e viziata.

Alla base del provvedimento sanzionatorio di AAMS contro la rivendita di tabacchi vi era poi l'assunto che il distributore automatico detenuto dalla rivendita fosse in contrasto con la normativa di cui alla L. n. 556/77, art. 20. Sul punto, la rivendita contestava che la disposizione in parola si limita a prevedere che *"i distributori per la vendita al pubblico di prodotti del tabacco sono dotati di un sistema automatico di rilevamento dell'età anagrafica dell'acquirente. Sono considerati idonei i sistemi di lettura automatica dei documenti anagrafici rilasciati dalla pubblica amministrazione"*. Secondo AAMS, invece, essendo il distributore automatico in questione dotato di un sistema automatico di rilevamento dell'età anagrafica dell'acquirente che oltre *"alla lettura automatica dei documenti anagrafici rilasciati dalla pubblica amministrazione"*, risultava dotato, altresì, di una pluralità di sistemi di rilevazione quale il sistema di lettura mediante *micro chip* e il sistema di rilevamento tramite impronte digitali, per tale ragione il distributore in

questione sarebbe risultato non autorizzato (fuori legge) e, dunque, da rimuovere immediatamente.

Al contrario, la rivendita sosteneva l'illegittimità e l'infondatezza di una tale asserzione, oltre a non rispondere la contestazione ad alcuna logica. In primo luogo, sosteneva la rivendita, l'assunto di AAMS contrasta con il dato letterale ed essenziale della norma ovverosia che i "distributori automatici" per la vendita al pubblico del tabacco, a prescindere dalla marca e/o dal modello di riferimento "*siano dotati di un sistema automatico di rilevamento dell'età anagrafica dell'acquirente*". In tale ottica, la rivendita sosteneva altresì che il distributore automatico in questione è dotato non di uno solo, bensì di una pluralità (almeno 3) di "*sistemi automatici di rilevamento dell'età anagrafica*". La conformità a normativa appariva quindi del tutto evidente.

Inoltre la rivendita sosteneva che la norma di cui all'art. 20 precisa che "*sono considerati idonei i sistemi di lettura automatica dei documenti anagrafici rilasciati dalla pubblica amministrazione*", pertanto, tale parte della disposizione, contrariamente alla prima parte fa riferimento non più al distributore automatico ma alla idoneità del sistema (quindi, per la norma una cosa è il distributore automatico, altra cosa è il sistema ritenuto idoneo). Ebbene, sotto tale profilo, il distributore oggetto di contestazione risultava perfettamente dotato anche del sistema ritenuto idoneo "*di lettura automatica dei documenti anagrafici rilasciati dalla pubblica amministrazione*".

§ 5. L'ordinanza cautelare del TAR Basilicata 6 Giugno 2013.

Accogliendo integralmente il ricorso cautelare della rivendita, i Giudici Amministrativi hanno rilevato che dal tenore letterale dell'art. 20, comma 2, L. n. 556/1977 possono essere ritenuti idonei anche i distributori automatici che, come nella specie, oltre alla lettura dei documenti rilasciati dalla P.A. consentono anche il rilevamento delle impronte digitali.

Inoltre, il TAR ha rilevato che tale tipo di distributore automatico non sembra contrastare con la normativa in materia di riservatezza personale, in quanto il Garante per la protezione dei dati personali con il provvedimento del 27.10.2005 ha considerato leciti i sistemi di videosorveglianza delle banche, che prevedono il rilevamento delle immagini e/o delle impronte digitali, se consentono l'accesso alla banca anche ai clienti che non vogliono sottoporsi al rilevamento della propria immagine e/o delle loro impronte digitali. Perciò, in tale ottica generale, va ritenuto altrettanto lecito il distributore automatico dotato di sistema di lettura delle impronte digitali.

Sul punto delle conformità del distributore automatico in questione alla normativa sulla protezione dei dati personali appare opportuno precisare quanto segue. Il sistema di lettura dei dati biometrici registrati solo parzialmente e in locale sul distributore automatico comporta un trattamento di "dati anonimi" in quanto successivamente alla registrazione su base volontaria di parte dell'impronta digitale dell'acquirente tutti i dati vengono cancellati e anonimizzati e l'unica informazione riconosciuta dal distributore automatico è se l'impronta digitale corrisponda a meno a soggetto (anonimo) maggiorenne. L'impronta dattiloscopica, o qualsiasi sua parte,

rappresenta un “dato biometrico” come tale rientrante nella definizione di “dato personale” e dunque soggetto alla applicabilità del Codice della privacy. Tuttavia, il Codice e gli specifici provvedimenti sul trattamento dei dati biometrici emanati dall’Autorità Garante per la protezione dei dati personali (tra cui il Provvedimento del 27 Ottobre 2005) sono applicabili nella misura in cui i dati biometrici identifichino e rendano identificabile l’interessato, anche mediante associazione dei dati biometrici medesimi ad altri dati dell’interessato. Nel caso del distributore automatico in questione la registrazione in locale di parte dell’impronta dattiloscopica avviene in modalità del tutto anonima e senza alcuna possibilità di associare la parte dell’impronta ai dati anagrafici - previamente raccolti in via manuale - dell’utente che abbia richiesto la registrazione. In altri termini, per i successivi acquisti da parte dell’acquirente registrato, il distributore automatico riconosce la parte dell’impronta dattiloscopica dell’acquirente semplicemente come appartenente a soggetto anonimo maggiorenne abilitato per legge all’acquisto di prodotti del tabacco. In tale ottica, la raccolta, la registrazione e il successivo utilizzo del dato biometrico dell’acquirente rappresenta un trattamento di “dati anonimi” ai sensi dell’art. 4, comma 1, lettera (n) del Codice della privacy, trattamento che come tale non ricade nell’applicazione della vigente normativa primaria e secondaria in materia di tutela dei dati personali.

E infatti sul punto i Giudici Amministrativi chiariscono che *“il distributore automatico esaminato memorizza soltanto il dato della maggiore età e lo associa ad una parte e non a tutta l’impronta digitale dell’utente, il quale viene perciò successivamente identificato dal distributore in modo anonimo, in quanto il consumatore, prima di far registrare sul distributore il dato della maggiore età ed una parte della sua impronta, esibisce al rivenditore il proprio documento di riconoscimento”*.

Infine, il TAR ha dichiarato il distributore lecito anche perchè l’utente può evitare di far rilevare le sue impronte digitali, utilizzando l’altra opzione relativa al far leggere il proprio documento di riconoscimento.