

# DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LIX – n. 2 – Aprile-Giugno 2020

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

## *Ai lettori*

*L'imposta sui trasferimenti di denaro verso Paesi non appartenenti all'Unione europea che violava in modo flagrante l'art. 63 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, oggetto di un'analisi critica tecnicamente ineccepibile effettuata da Enrico Traversa e da Ilaria Sticchi nel loro articolo apparso sul n. 1/2020 della nostra Rivista (pp. 1 ss.), è stata in tempi rapidissimi soppressa.*

*Diamo atto agli Autori dell'articolo della loro tempestività e ci felicitiamo per il fulmineo successo.*

## ARTICOLI

*Enrico Traversa - Reddito di cittadinanza: la condizione di residenza in Italia per dieci anni "grida vendetta" al cospetto della Corte di giustizia dell'Unione europea  
(Poverty Allowance Named "Citizen's revenue": the Ten-Year Residence in Italy Requirement "Cries for Vengeance" before the EU Court of Justice)*

Pag. 189

*Patrizia Quaia - La partecipazione dei cittadini e degli Enti del Terzo Settore alla determinazione delle decisioni pubbliche  
(The Participation of Citizens and Third Sector Entities to Public Decision-Making)*

» 217

## COMMENTI

- Federico Forni* - L'obbligo di convivenza derivante dal matrimonio non costituisce un motivo che giustifichi la concessione di un diritto di soggiorno derivato ai sensi dell'art. 20 TFUE Pag. 245  
(*The Obligation to Live Together Arising out of the Marriage is not a Reason which Justifies the Grant of a Derived Right of Residence under Article 20 TFEU*)
- Gian Franco Simonini* - Una rassegna di giurisprudenza sulle restrizioni per oggetto alla luce della sentenza della Corte UE *Generics c. Glaxo* (Quando la logica si oppone al formalismo) » 273  
(*A Review of Jurisprudence on the Restrictions by Object to Light of the Judgment of the Court of Justice of the European Union in the Case-law Generics c. Glaxo (When Logic is Opposed to Formalism)*)
- Maria Teresa Stile* - La legittimazione ad agire delle rappresentanze locali delle associazioni ambientaliste riconosciute e la tutela dei beni comuni - Commento alla sentenza del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche n. 224 del 3 dicembre 2019 » 333  
(*The Legitimation to Pursue Lawsuit of the Recognised Environmental Organisations Local Branches and the Protection of Common Assets*)
- Giorgio Roman* - Il principio di precauzione tra tutela dell'ambiente e valutazione del rischio: considerazioni a margine di una recente sentenza del Consiglio di Stato » 355  
(*The Precautionary Principle between Protection and Risk Assessment: Considerations about the Judgement of the Italian State Council n. 2964/2020, published on 11<sup>th</sup> May, 2020*)
- Cristina Pozzi* - *Piero Bellandi* - Dalle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo all'impresa balneare: analisi della riforma operata dalla legge n. 145/2018 e considerazioni *de iure condendo* » 371  
(*From the Marine State Property Concessions to Tourist-Recreational Use to the Seaside Company: Analysis of the Reform Operated from the Law n. 145/18 and Considerations De Iure condendo*)

*Ludovica Mulas - Il Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA): tra liberalizzazione e regolamentazione prudenziale* Pag. 415  
(*The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA): between Liberalization and Prudential Regulation*)

## COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

*Giovanni Vezzoso - Sul deficit democratico dell'Unione europea* » 451  
(*About the Democratic Deficit of the European Union*)

*Fausto Capelli - Cinquant'anni sprecati!! - Lettera al Corriere della Sera del 20 maggio 1972 e risposta di Indro Montanelli* » 473

## GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

### I. SENTENZE E COMMENTI

**Diritto alla vita familiare: la Corte di giustizia si pronuncia sul ricongiungimento familiare tra un cittadino dell'Unione che non ha mai esercitato la propria libertà di circolazione e un cittadino di uno Stato terzo e dichiara che gli obblighi derivanti dal matrimonio secondo il diritto dello Stato membro di provenienza del cittadino dell'Unione non giustificano la concessione di un diritto accessorio di soggiorno al familiare straniero**

Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18

*Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH* » 243  
(con commento di *Federico Forni*)

### II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

**La Corte di giustizia si pronuncia sul tema dell'esaurimento del diritto di distribuzione nell'ambito della vendita di libri elettronici**

Sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2019 in causa n. C-263/18

*Nederlands Uitgeversverbond e Groep Algemene Uitgevers c.  
Tom Kabinet Internet BV e a.* Pag. 317

**I passeggeri possono ricevere il rimborso dalla compagnia aerea nella loro valuta di residenza**

Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 2020 in causa n. C-28/19

*Ryanair Ltd e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, Ryanair Ltd e Ryanair DAC* » 319

Sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2020 in causa n. C-356/19

*Delfly sp. z o.o. c. Smartwings Poland sp. z o. o., già Travel Service Polska sp. z o.o.* » 320

**La proteggibilità di un prodotto le cui caratteristiche derivino dalla sua funzione tecnica secondo la Corte di giustizia**

Sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 2020 in causa n. C-833/18

*SI e Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get* » 322

Sentenza della Corte di giustizia del 12 settembre 2019 in causa n. C 683/17

*Cofemel - Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV* » 323

**La Corte di giustizia ha escluso che le piattaforme sulle quali viene commesso l'illecito (Youtube e Google, nel caso specifico) debbano trasmettere ai titolari del diritto di copia gli indirizzi e-mail e i numeri di telefono di chi ha caricato illegalmente i video**

Sentenza della Corte di giustizia del 9 luglio 2020 in causa n. C-264/19

*Constantin Film Verleih GmbH c. YouTube LLC e Google Inc.* » 325

**La Corte di giustizia si pronuncia sulla legittimità delle indicazioni di provenienza di prodotti alimentari**

Sentenza della Corte di giustizia del 1° ottobre 2020 in causa n. C-485/18

*Groupe Lactalis c. Premier ministre, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation, Ministre de l'Économie et des Finances*

Pag. 327

## **GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA**

### **Gli Enti del Terzo Settore davanti all'Autorità giudiziaria**

Sentenza del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche n. 224/2019 del 3 dicembre 2019

*Associazione Amici della Terra – Club di Lago d'Idro e Valle Sabbia e altri c. Regione Lombardia e altri e nei confronti di Comune di Lavenone e Bagolino e altri (ricorso n. 161/2015); Comune di Idro c. Regione Lombardia e altri e nei confronti di Comune di Lavenone e altri (ricorso n. 244/2015)*

» 331

(con commento di *Maria Teresa Stile*)

### **Il principio di precauzione davanti all'Autorità giudiziaria amministrativa: il Comune può prevenire i rischi ambientali e sanitari in via precauzionale**

Sentenza del Consiglio di Stato, sezione II, del 28 aprile-11 maggio 2020 n. 2964/2020

*Comune di Rovigo c. Aurora S.p.A. e Fallimento soc. Attiva S.p.A., già Cosecon e nei confronti di ULSS 5 Polesana e Provincia di Rovigo*

» 353

(con commento di *Giorgio Roman*)

## **ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE**

### **Le concessioni balneari tra diritto comunitario e diritto nazionale**

Direttiva 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno – Articoli 9, 10 e 12

» 367

(con contributo di *Cristina Pozzi e Piero Bellandi*)

### **Consiglio europeo**

Videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 23 aprile 2020

» 409

Videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 19 giugno 2020

Pag. 410

## DOCUMENTAZIONE

### **L'accordo CETA tra l'Unione europea e il Canada**

Accordo Economico e Commerciale Globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra

» 413

(con commento di *Ludovica Mulas*)

## RECENSIONI

*Giulio Peroni*, Stabilità economica e sostenibilità nel diritto internazionale (*Claudio Biscaretti di Ruffia*)

» 479

*Edoardo Alberto Rossi*, Corpi intermedi e diritti «metaindividuali» nel sistema CEDU. Per una garanzia internazionale del pluralismo come cardine del sistema democratico (*Francesco Cazzini*)

» 482

**Hanno collaborato a questo numero**

» 485

## ARTICOLI

---

### **REDDITO DI CITTADINANZA: LA CONDIZIONE DI RESIDENZA IN ITALIA PER DIECI ANNI "GRIDA VENDETTA" AL COSPETTO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA**

**Sommario:** *Introduzione - 1. Accesso al reddito di cittadinanza: il requisito attinente alla cittadinanza e alla residenza in Italia «per almeno dieci anni» - 2. Applicabilità del diritto dell'Unione europea razione personae - 3. Applicabilità del diritto dell'Unione europea razione materiae: la natura giuridica del reddito di cittadinanza sulla base degli atti legislativi UE in materia di prestazioni sociali - 4. La condizione di residenza in Italia per almeno dieci anni quale violazione manifesta dell'art. 7, par. 2, del Regolamento (Ue) n. 492/2011 sulla libera circolazione dei lavoratori - 5. Applicabilità del divieto di discriminazioni anche ai lavoratori autonomi e alle persone non attive sulla base della direttiva n. 2004/38/Ce relativa alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione - 6. Discriminazione a danno dei cittadini di Paesi terzi titolari di un permesso di soggiorno di lungo periodo sulla base della direttiva n. 2003/109/Ce - 7. Discriminazione a danno dei cittadini di Paesi terzi ai quali lo Stato italiano ha concesso lo status di rifugiati sulla base della direttiva n. 2011/95/UE - 8. Conclusione: il requisito della residenza in Italia «per almeno dieci anni» ai fini della concessione del reddito di cittadinanza costituisce una flagrante violazione di quattro atti legislativi dell'Unione europea.*

#### **Introduzione**

Il decreto-legge 28 gennaio 2019 n. 4, convertito con modificazioni dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, come recita il suo stesso titolo<sup>1</sup>, ha isti-

<sup>1</sup> D.l. n. 4 del 28 gennaio 2019 - Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni, in *Guri* n. 23 del 28 gennaio 2019, convertito in legge con modificazioni ex art. 1, comma, 1 dalla l. n. 26 del 28 marzo 2019, in *Guri* n. 75 del 29 marzo 2019.

tuito una prestazione sociale denominata «Reddito di cittadinanza» (di seguito: RdC) la cui natura giuridica e finalità in diritto italiano, in relazione ai requisiti di accesso e di mantenimento del diritto alla prestazione stessa, hanno già formato oggetto di numerosi commenti ed analisi<sup>2</sup>. Appare tuttavia necessario completare quest'opera di esame e ricostruzione sistematica del reddito di cittadinanza anche dal punto di vista dell'ordinamento dell'Unione europea, dato che fra i requisiti di accesso a tale prestazione ve n'è uno che solleva *ictu oculi* dei fondatissimi dubbi quanto alla sua compatibilità con un principio fondamentale enunciato fin dal testo originario – entrato in vigore il 1° gennaio 1958 – del Trattato di Roma, vale a dire il principio del divieto assoluto di discriminazioni fondate sulla nazionalità.

### **1. Accesso al reddito di cittadinanza: il requisito attinente alla cittadinanza e alla residenza in Italia «per almeno dieci anni»**

I requisiti che aprono il diritto al RdC sono definiti all'art. 2 («Beneficiari») del d.l. n. 4/2019 che ne individua tre gruppi: requisiti di «cittadinanza, residenza e soggiorno» (par.1, lett. *a.*), requisiti «reddituali e patrimoniali» (lett. *b.*) e requisiti di assenza di «godimento di beni durevoli» (lett. *c.*). I requisiti che presentano i principali problemi di compatibilità con l'ordinamento dell'Unione europea sono evidentemente quelli del primo gruppo che vanno riferiti al «componente (del nucleo familiare) richiedente il beneficio». La prima condizione per avere diritto al RdC attiene alla cittadinanza del potenziale beneficiario. Il richiedente deve infatti essere in possesso o della cittadinanza italiana o della cittadinanza di uno Stato membro dell'Unione europea o essere familiare di un cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea, titolare (il familiare, sia di uno Stato membro sia di un Paese terzo) di un diritto di soggiorno o di un diritto

<sup>2</sup> Fra i primi commenti alla legge istitutiva del Reddito di cittadinanza: E. INNOCENTI - E. ROSSI - E. VIVALDI (a cura di), *Quale reddito di cittadinanza?*, Bologna, il Mulino, 2019; M. MAROCCO - S. SPATTINI (a cura di), *Garanzia del diritto al lavoro, contrasto alla povertà, politica attiva e di inclusione sociale: le tante (troppe) funzioni del reddito di cittadinanza all'italiana*, Modena, ADAPT University Press, pubblicazione on-line della Collana ADAPT, 2019; M. BALDINI - C. GORI, *Il reddito di cittadinanza*, in *Il Mulino*, n. 2/2019, p. 269 ss.; A. GUARISO, *Stranieri e reddito di cittadinanza: prime osservazioni*, reperibile sul sito internet <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/02/LArticolo.pdf>; G. B. SGRITTA, *Il reddito di cittadinanza*, in *Politiche sociali*, n. 1/2019, p. 141 ss.; A. SOMMA, *Contrasto alla povertà e politiche attive del lavoro: reddito di cittadinanza, reddito minimo garantito e regime delle condizionalità*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2/2019, p. 433 ss.

to di soggiorno permanente<sup>3</sup>, o essere cittadino di Paese terzo «in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo» disciplinato dalla direttiva n. 2003/109/Ce<sup>4</sup>. La seconda condizione del primo gruppo di requisiti di cui all'art. 2.1.a. del d.l. n. 4/2019 attiene invece alla residenza e consiste nell'essere stati residenti in Italia «per almeno dieci anni, di cui gli ultimi due, considerati al momento di presentazione della domanda e per tutta la durata del beneficio, in modo continuativo». Merita di essere rilevato al riguardo che il calcolo dei dieci anni di residenza si scompone in due periodi: gli ultimi due anni, che vanno calcolati al momento della presentazione della domanda, devono essere anni di residenza continuativa in Italia, mentre gli altri otto anni possono anche risultare dalla somma di vari periodi precedenti anche non continuativi di residenza. Più rilevante ancora è tuttavia la circostanza che – per espressa disposizione del legislatore italiano – la condizione di cittadinanza e la condizione di residenza sono cumulative, ovvero il richiedente il RdC deve aggiungere la dimostrazione di un periodo complessivo di residenza di dieci anni in Italia alla prova o del possesso della cittadinanza italiana o di uno Stato membro dell'Unione europea o, se cittadino di un Paese terzo, del possesso di un permesso di soggiorno UE di lungo periodo. La *ratio* di tale applicazione concorrente di tali due ordini di requisiti, che peraltro appare del tutto analoga alla *ratio* dei requisiti – anch'essi cumulativi – reddituali e patrimoniali e di non godimento di beni durevoli previsti alle successive lettere *b.* e *c.* dello stesso art. 2, par. 1, è senza dubbio quella di restringere sensibilmente la platea dei potenziali beneficiari della prestazione pecuniaria in cui si sostanzia il Reddito di cittadinanza.

## 2. Applicabilità del diritto dell'Unione europea *ratione personae*

L'analisi delle norme di diritto dell'Unione che costituiscono il parametro di valutazione della legittimità dell'art. 2.1.a. del d.l. n. 4/2019 inizia necessariamente dall'individuazione delle categorie di soggetti ai quali l'ordinamento europeo conferisce dei diritti attinenti alla percezione di prestazioni sociali del tipo di quella rappresentata dal Reddito di cittadinanza.

<sup>3</sup> L'art. 2.1.a.1. rinvia per l'individuazione di tali familiari all'art. 2, comma 1, lett. *b.* del dlgs n. 30/2007, che recepisce in diritto italiano gli artt. 2.2 e 3 della direttiva n. 2004/38/Ce del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, in *Gu-Ue* n. L 58 del 30 aprile 2004, p. 77.

<sup>4</sup> Direttiva n. 2003/109/Ce del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo *status* dei cittadini dei Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in *Gu-Ue* n. L 16 del 23 gennaio 2004, p. 44.

La prima di queste categorie è rappresentata dai cittadini degli altri Stati membri che hanno esercitato il loro diritto alla libera circolazione stabilendosi in Italia, o come lavoratori dipendenti, in applicazione dell'art. 45 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e relativi atti legislativi di attuazione, o come lavoratori autonomi ex art. 49 TFUE e relativi atti di attuazione. Beneficiano di diritti c.d. derivati da quelli del lavoratore di un altro Stato membro, i suoi familiari così come definiti e individuati dall'art. 2 della direttiva n. 2004/38/Ce precisata che disciplina il diritto di circolazione dei cittadini UE: il coniuge, i discendenti di età inferiore a ventuno anni o a carico, gli ascendenti a carico. Sempre in base al medesimo art. 2 della direttiva n. 2004/38/Ce i familiari del lavoratore avente la cittadinanza di un altro Stato membro beneficiano di tali diritti c.d. derivati qualunque sia loro cittadinanza, sia essa dello stesso Stato membro del lavoratore o di un Paese terzo.

Merita senz'altro di essere ricordato inoltre che la Corte di giustizia, nella sua giurisprudenza costante iniziata con la sentenza *Singh*<sup>5</sup>, ha equiparato ai lavoratori di altri Stati membri, sotto il profilo dei diritti invocabili nei confronti dello Stato membro di origine, anche i c.d. «*returning workers*», vale a dire, con riferimento specifico al RdC, i lavoratori italiani che dopo aver esercitato il loro diritto alla libera circolazione in un altro Stato membro, decidono di rientrare in Italia, ivi inclusi anche i pensionati italiani che scelgono di stabilirsi in Italia dopo aver svolto un'attività lavorativa in un altro Stato membro.

Esistono poi categorie di cittadini di Paesi terzi ai quali alcune direttive dell'Unione accordano una particolare protezione che varia in funzione delle specifiche norme legislative dell'Unione ad essi applicabile. Una di tali direttive, come sopra rilevato, è menzionata nello stesso art. 2.1.a. del d.l. n. 4/2019 ed è la direttiva n. 2003/109/Ce riguardante lo *status* dei cittadini di Paesi terzi «soggiornanti di lungo periodo». Un'altra è la direttiva n. 2011/95/UE sullo *status* dei cittadini dei Paesi terzi ai quali uno Stato membro ha riconosciuto la qualifica di rifugiati<sup>6</sup>. Ed infine vanno tenute presenti altre due direttive relative alla condizione di altrettante categorie specifiche di cittadini di Paesi terzi e precisamente la direttiva n. 2013/33/UE sullo *sta-*

<sup>5</sup> Fra le tante sentenze sui «*returning workers*» cfr. sentenza del 7 luglio 1992 in causa n. C-370/90, *Singh*, EU:C:1992:296, e sentenza del 25 febbraio 1999 in causa n. C-90/97, *Swaddling*, EU:C:1999:96.

<sup>6</sup> Direttiva n. 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, in *Gu-UE* n. L 337 del 20 dicembre 2011, p. 9.

tus dei richiedenti asilo<sup>7</sup> e la direttiva n. 2011/98/UE sui diritti dei lavoratori dei Paesi terzi titolari del c.d. «permesso unico» rilasciato dalle autorità di uno Stato membro e soggiornanti quindi regolarmente nel medesimo Stato membro<sup>8</sup>.

### **3. Applicabilità del diritto dell'Unione europea *ratione materiae*: la natura giuridica del reddito di cittadinanza sulla base degli atti legislativi UE in materia di prestazioni sociali**

Per individuare gli atti legislativi dell'Unione europea che conferiscono diritti in materia di prestazioni sociali ai cittadini di altri Stati membri residenti in Italia, ai «*returning workers*» italiani e ai cittadini di Paesi terzi parimenti residenti in Italia, appare assolutamente prioritario procedere ad una corretta qualificazione giuridica del reddito di cittadinanza in diritto europeo. A questo riguardo le alternative appaiono unicamente due: o il RdC si può qualificare come una prestazione di sicurezza sociale ed in tal caso i requisiti di accesso previsti dal d.l. n. 4/2019 dovranno essere valutati sulla base delle norme del Regolamento (Ce) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale<sup>9</sup>. Oppure il RdC non presenta le caratteristiche di una prestazione di sicurezza sociale disciplinata dal predetto Regolamento (Ce) n. 883/2004 ed in tal caso le condizioni di riconoscimento di tale beneficio dovranno essere valutate sulla base del Regolamento (Ue) n. 492/2011 che disciplina la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione<sup>10</sup>, il cui art. 7, par. 2, prevede che: «Egli [il lavoratore cittadino di uno Stato membro] gode degli stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali».

Fra i dieci settori di sicurezza sociale che costituiscono l'ambito di applicazione *ratione materiae* del Regolamento (Ce) n. 883/2004 ve n'è

<sup>7</sup> Direttiva n. 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, in *Gu-Ue* n. L 180 del 29 giugno 2013, p. 96.

<sup>8</sup> Direttiva n. 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro, in *Gu-Ue* n. L 343 del 23 dicembre 2011, p. 1.

<sup>9</sup> Regolamento n. 883/2004/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, in *Gu-Ue* n. L 166 del 30 aprile 2004, p. 1.

<sup>10</sup> Regolamento n. 492/2011/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, in *Gu-Ue* n. L 141 del 27 maggio 2011, p. 1.

soltanto uno nel quale potrebbe rientrare in ipotesi il Reddito di cittadinanza: quello delle «prestazioni di disoccupazione» (art. 3.1.*h.*). Una tale qualificazione del RdC farebbe leva sugli obiettivi di tale beneficio enunciati all'art. 1.1 del d.l. n. 4/2019, fra i quali il primo è quello che definisce il medesimo RdC come una «misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro». Tale obiettivo si traduce principalmente nella condizione di erogazione del RdC prevista all'art. 4.1 del d.l. n. 4/2019 in forza del quale «L'erogazione del beneficio è condizionata alla dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro da parte dei componenti il nucleo familiare maggiorenni (...) nonché all'adesione ad un percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo (...)». La tesi che vede invece nel RdC una prestazione di natura assistenziale si basa sul secondo obiettivo enunciato all'art. 1 del d.l. n. 4/2019 («misura fondamentale (...) di contrasto alla povertà») e sui «requisiti reddituali e patrimoniali» prescritti all'art. 2.1.lett. *b.* e *c.*, per individuare i «Beneficiari» del RdC medesimo, quali un reddito familiare inferiore ad una certa soglia, un valore del patrimonio mobiliare e immobiliare del nucleo familiare pure inferiore ad un certo importo, il non essere proprietari di beni durevoli quali certi tipi di autoveicoli o motoveicoli. Il «Beneficio economico» in cui si concretizza il RdC in virtù dell'art. 3 del d.l. n. 4/2019 «è riconosciuto per il periodo durante il quale il beneficiario si trova nelle condizioni previste all'art. 2 e comunque per un periodo continuativo non superiore a diciotto mesi», dal che si deduce che presupposto tanto dell'acquisizione del diritto al RdC, quanto del mantenimento del diritto stesso, sono le condizioni sostanziali di disagio economico enunciate all'art. 2.

A questo punto, per verificare se gli elementi della disciplina legislativa del RdC relativi alla «disponibilità al lavoro» dei beneficiari siano sufficienti per fare rientrare tale prestazione nell'ambito di applicazione del Regolamento (Ce) n. 883/2004, appare indispensabile esaminare le pronunce della Corte di giustizia aventi ad oggetto gli elementi costitutivi di una «prestazione di disoccupazione» ai sensi del precitato art. 3.1. lett. *h.* del Regolamento stesso. Secondo una giurisprudenza assolutamente costante «la distinzione tra prestazioni rientranti nell'ambito di applicazione del regolamento n. 883/2004 e quelle che ne sono escluse è basata essenzialmente sugli elementi costitutivi di ciascuna prestazione, in particolare le sue finalità e i presupposti della sua attribuzione»<sup>11</sup>. Tale distinzione prescinde quindi completamente dalla qualifica di una data prestazione che è attribuita dalla legislazione nazionale istitutiva della medesima. Per

<sup>11</sup> Sentenza del 14 marzo 2019 in causa n. C-372/18, *Dreyer*, punto 31, EU:C:2019:206.

essere considerata come una «prestazione di sicurezza sociale» ai sensi del Regolamento (Ce) n. 883/2004 un'indennità a finalità sociale di diritto nazionale deve presentare tassativamente due caratteristiche cumulative: da un lato essa «è attribuita ai beneficiari prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle loro esigenze personali, in base ad una situazione legalmente definita» e dall'altro, la stessa «si riferisce ad uno dei rischi espressamente elencati nell'art. 3, paragrafo 1, del regolamento n. 883/2004»<sup>12</sup>. Da cui l'ovvia premessa metodologica della Corte secondo la quale «Alla luce del carattere cumulativo delle due condizioni elencate al punto precedente, il mancato soddisfacimento di una di esse comporta la conseguenza che la prestazione di cui trattasi non rientri nell'ambito di applicazione del regolamento n. 883/2004»<sup>13</sup>.

Per quanto riguarda la prima condizione relativa alla concessione della prestazione indipendentemente da ogni valutazione individuale e discrezionale delle esigenze personali del richiedente, da quanto sopra esposto si può rilevare che la concessione del RdC è soggetta a taluni requisiti enunciati in modo esaustivo dall'art. 2 del d.l. n. 4/2019. È vero che il RdC è concesso o rifiutato tenendo conto dei redditi del nucleo familiare del richiedente, così come il suo importo è calcolato anch'esso in funzione del reddito del medesimo nucleo familiare a norma dell'art. 3 del d.l. n. 4/2019. Si tratta tuttavia di criteri «oggettivi e legalmente definiti» che determinano il sorgere del diritto a tale beneficio «senza che l'autorità competente possa tener conto di altre circostanze personali» del richiedente<sup>14</sup>. La legge istitutiva del reddito di cittadinanza sembra pertanto soddisfare a questa prima condizione posta dalla Corte di giustizia per configurare una prestazione di sicurezza sociale rientrante in quanto tale nell'ambito di applicazione del Regolamento (Ce) n. 883/2004. Tuttavia per i giudici dell'Unione è indispensabile a questo riguardo che il RdC passi anche la seconda parte del *test* di applicabilità del predetto atto legislativo, vale a dire la sua riconducibilità ad uno dei rischi enumerati all'art. 3 del Regolamento stesso e più in particolare al rischio di disoccupazione. Ne consegue che il parametro di tale valutazione è costituito dalle sentenze nelle quali la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulle caratteristiche essenziali di una prestazione di disoccupazione ai sensi dell'art. 3.1.h. del Regolamento (Ce) n. 883/2004. In primo luogo, per quanto riguarda la sua finalità, per i

<sup>12</sup> Sentenza del 14 marzo 2019 in causa n. C-372/18, *Dreyer*, cit. *supra*, nota 11, punto 32.

<sup>13</sup> Sentenza del 18 dicembre 2019 in causa n. C-447/18, *UB*, punto 24, EU:C:2019:1098.

<sup>14</sup> Questo è il ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza del 16 settembre 2015 in causa n. C-361/13, *Commissione c. Repubblica Slovacca*, punti 51 e 52, EU:C:2015:601, avente ad oggetto una "gratifica natalizia" concessa ai titolari di pensione inferiore ad una certa soglia.

giudici dell'Unione un'indennità di disoccupazione «ha lo scopo di permettere ai lavoratori interessati di provvedere alle loro esigenze in seguito alla perdita involontaria del lavoro quando ancora posseggono la capacità lavorativa»<sup>15</sup>. Quanto alla natura del rischio che deve necessariamente essere coperto da un'indennità di questo tipo, la Corte ha affermato nella stessa sentenza *De Cuyper*, che «una prestazione di disoccupazione copre il rischio relativo alla perdita di reddito subita dal lavoratore in seguito alla perdita del lavoro quando egli è ancora in grado di lavorare»<sup>16</sup>. Da questo consegue che un'indennità concessa quando tale rischio si realizza, vale a dire in occasione della perdita del lavoro, e che non è più dovuta quando il lavoratore disoccupato ritrova un'attività retribuita, deve essere considerata una prestazione di disoccupazione. In una sua pronuncia successiva la Corte ha ulteriormente precisato che una prestazione di disoccupazione «è essenzialmente destinata a sostituire la retribuzione non percepita a causa dello stato di disoccupazione allo scopo di provvedere al sostentamento del lavoratore disoccupato»<sup>17</sup>.

È pertanto sulla base di tali chiarissimi principi interpretativi enunciati dalla Corte di giustizia in ordine agli elementi costitutivi di una prestazione di disoccupazione ai sensi dell'art. 3.1.h. del Regolamento (Ce) n. 883/2004 che si può procedere alla qualificazione giuridica del reddito di cittadinanza in diritto dell'Unione. Due appaiono principalmente gli elementi che precludono la possibilità di ricondurre il RdC ad una prestazione di disoccupazione. Il primo è che la «perdita di reddito subita dal lavoratore in seguito alla perdita del lavoro» non figura affatto fra i requisiti per l'accesso al Reddito di cittadinanza, anzi, ad una semplice lettura del fondamentale art. 2 del d.l. n. 4/2019, tale norma non richiede neanche, da parte del «richiedente il beneficio», la qualifica di lavoratore dipendente. In secondo luogo, deriva da tale prima constatazione che il RdC può essere concesso anche a dei beneficiari che esercitano un'attività di lavoro dipendente o di lavoro autonomo, purché i proventi di tali attività, in ipotesi precarie e/o mal remunerate, siano inferiori agli importi minimi di «reddito familiare» fissati al precitato art. 2 (i c.d. «lavoratori poveri») <sup>18</sup>. Questo assunto è confermato anche dall'art. 3, par. 8 e 9, del d.l. n. 4/2019 laddove il legislatore ha previsto un adattamento del *quantum* di RdC nel caso

<sup>15</sup> Sentenza del 18 luglio 2006 in causa n. C-406/04, *De Cuyper*, punto 27, EU:C:2006:491, annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 537.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Sentenza dell'11 settembre 2008 in causa n. C-228/07, *Petersen*, punto 2, EU:C:2008:4945.

<sup>18</sup> S. GIUBBONI, *Primi appunti sulla disciplina del reddito di cittadinanza*, in <http://CSDLLE.Lex.Unict.it>, *Rivista on-line dell'Università di Catania*, p. 22.

in cui un componente del nucleo familiare avvii un'attività rispettivamente di lavoro dipendente o di lavoro autonomo. Per la Corte di giustizia invece, come sopra rilevato sulla base della sentenza *De Cuyper*, un'indennità di disoccupazione cessa automaticamente di essere dovuta non appena il lavoratore disoccupato ritrova un'attività retribuita. Dall'insieme di tali considerazioni non si può che pervenire alla conclusione secondo la quale il reddito di cittadinanza non presenta le caratteristiche essenziali di una prestazione di disoccupazione ai sensi del Regolamento (Ce) n. 883/2004 e che quindi esso va qualificato come una prestazione di natura assistenziale destinata ad alleviare la situazione di grave disagio economico di un nucleo familiare.

La circostanza che il RdC non rientra nel campo di applicazione del Regolamento Ue sul coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale non significa affatto che i lavoratori di altri Stati membri restino privi di tutele nel caso di trattamenti discriminatori posti in essere dallo Stato membro di accoglienza, nella fattispecie l'Italia. La qualificazione del RdC come prestazione assistenziale comporta che ad esso risulta applicabile, come sopra anticipato, un altro atto legislativo dell'Unione, e precisamente il Regolamento (Ue) n. 492/2011 sulla libera circolazione dei lavoratori così come interpretato dalla Corte di giustizia in numerose e pertinenti sentenze aventi ad oggetto il principio dell'assoluta parità di trattamento fra lavoratori nazionali e lavoratori di altri Stati membri in materia di «vantaggi sociali» (art. 7, par. 2, precitato). Fin dagli inizi dell'applicazione dell'art. 7.2 del Regolamento (Cee) n. 1612/68, che è stato il predecessore del Regolamento Ue attualmente vigente, i giudici europei hanno dato infatti un'accezione estremamente ampia al concetto di «vantaggio sociale» definito a più riprese come il complesso dei «vantaggi che, connessi o meno con un contratto di lavoro, sono generalmente attribuiti ai lavoratori nazionali, in ragione principalmente del loro status obiettivo di lavoratori o del semplice fatto della loro residenza nel territorio nazionale e la cui estensione ai cittadini di altri Stati membri risulta quindi atta a facilitare la loro mobilità all'interno dell'Unione e pertanto, la loro integrazione nello Stato membro ospitante»<sup>19</sup>. Sulla base di tale ampia e generosa interpretazione dell'art. 7.2 del Regolamento – oggi – (Ue) n. 492/2011 la Corte ha ricompreso nella nozione di «vantaggi sociali» una lunga serie di

<sup>19</sup> Giurisprudenza costante. Da ultimo: sentenza del 18 dicembre 2019 in causa n. C-447/18, *UB*, punto 47, *cit. supra*, nota 13. Tale sentenza risulta particolarmente rilevante ai fini dell'analisi della compatibilità del RdC con l'ordinamento dell'Unione in quanto anche in quel caso la Corte ha dichiarato, da un lato, che un'indennità concessa dallo Stato slovacco agli ex-sportivi di alto livello non rientrava fra le «prestazioni di vecchiaia» di cui al Regolamento n. 883/2004/Ue, ma che, d'altro lato, tale medesima indennità costituiva un «vantaggio sociale» ex art. 7.2 del Regolamento (Ue) n. 492/2011.

prestazioni assistenziali di cui per consolidata giurisprudenza costituiscono esempi particolarmente significativi, sotto il profilo del diritto di accesso da parte di tutti i lavoratori di altri Stati membri e dei loro familiari a parità di condizioni con i lavoratori nazionali: il reddito garantito alle persone anziane in Belgio<sup>20</sup>, l'indennità denominata «minimo di mezzi di esistenza» o «*Minimex*» pure prevista dalla legislazione belga<sup>21</sup>, l'assegno speciale di vecchiaia in Francia<sup>22</sup> e l'assegno per disabili adulti in Belgio<sup>23</sup>. Avendo tutte tali prestazioni delle finalità chiaramente assistenziali, esse risultano del tutto comparabili al reddito di cittadinanza e di conseguenza le precitate pronunce della Corte di giustizia dimostrano «al di là di ogni ragionevole dubbio» che il parametro per valutare la legittimità della condizione di residenza di dieci anni in Italia per l'accesso al medesimo RdC è l'art. 7.2 del Regolamento (Ue) n. 492/2011 nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia fin dagli anni Ottanta<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Sentenza del 12 luglio 1984 in causa n. 261/83, *Castelli*, EU:C:1984:280.

<sup>21</sup> Sentenze pregiudiziali in causa n. 249/83, *Hoeckx*, EU:C:1985:139, e in causa n. 122/84, *Scrivner*, EU:C:1985:145, pronunciate entrambe il 27 marzo 1985, alle quali è seguita la condanna del Belgio con la sentenza del 10 novembre 1992 in causa n. C-326/90, *Commissione c. Belgio*, EU:C:1992:419.

<sup>22</sup> Sentenze del 6 giugno 1985 in causa n. 157/84, *Frascogna 1*, EU:C:1985:243, e del 9 luglio 1987 in causa n. 256/86, *Frascogna 2*, EU:C:1987:359.

<sup>23</sup> Sentenza del 27 maggio 1993 in causa n. C-310/91, *Schmid*, EU:C:1993:221.

<sup>24</sup> Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di «vantaggi sociali» ex art. 7.2 del Regolamento n. 1612/68 (prima) e n. 492/2011 (dopo) si vedano: A. MARZANO, *Le prestazioni previdenziali e assistenziali come vantaggi sociali ai sensi dell'art. 7, n. 2, del regolamento del Consiglio CEE 15 ottobre 1968 n. 1612*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 1974, I, pp. 864-880; D. O'KEEFE, *Equal rights for migrants: the concept of social advantages in Article 7(2) of Regulation 1612/68*, in *Yearbook of European Law*, n. 5/1985, pp. 93-123; D. ROSSINI, *Parità di trattamento nella CEE per le prestazioni previdenziali non contributive e i vantaggi sociali*, in *Affari sociali internazionali*, 1986, n. 2, pp. 165-180; J. PH. LHERNOULD, *Les avantages sociaux en droit communautaire*, in *Droit social*, 1997, n. 4, pp. 388-396; R. ALLEN, *Equal treatment, social advantages and obstacles: in search of coherence in freedom and dignity*, in ELSPETH GUILD (ed.), *The legal framework and social consequences of free movement of persons in the European Union*, The Hague, Kluwer Law International, 1998, pp. 31-48; M. COUSINS, *Free movement of workers, EU citizenship and access to social advantages*, in *Maastricht Journal of European and comparative law*, 2007, n. 4, pp. 343-360; M. FALCONE, *Previdenza e vantaggi sociali per i familiari dei lavoratori comunitari migranti e frontalieri secondo la Corte di giustizia*, in *Studi integr. eur.*, 2009, n. 3, pp. 681-715; C. BARNARD, *EU Employment Law*, 4<sup>o</sup> Ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 168-172; A. GARIN, *Quelques considérations sur la libre circulation des travailleurs et la reconnaissance des avantages sociaux au sein de la UE: une conciliation impossible?*, in O. HARI (Hrsg.), *Protection de certaines personnes ou des parties faibles versus libéralisme économique: quo vadis?*, Zürich, Schulthess Verlag, 2016, pp. 193-220.

#### **4. La condizione di residenza in Italia per almeno dieci anni quale violazione manifesta dell'art. 7, par. 2, del Regolamento (Ue) n. 492/2011 sulla libera circolazione dei lavoratori**

In una lunga e assolutamente coerente serie di pronunce la Corte di giustizia ha qualificato una condizione di residenza prevista dalla legislazione di uno Stato membro come una discriminazione indiretta fondata sulla nazionalità e questo, sulla base di un semplice e lineare ragionamento: «una normativa nazionale la quale preveda una distinzione basata sulla residenza rischia di operare principalmente a danno dei cittadini di altri Stati membri. Infatti il più delle volte i non residenti sono cittadini di altri Stati membri»<sup>25</sup>. In forza di tale chiarissimo principio interpretativo i giudici europei hanno applicato anche alla libera circolazione dei lavoratori il divieto di discriminazioni indirette fondate sulla residenza del lavoratore o di un suo familiare, affermando che tale requisito aveva gli stessi effetti delle discriminazioni dirette fondate sulla nazionalità<sup>26</sup>. È evidente che il requisito della residenza in Italia da almeno dieci anni per poter richiedere il Reddito di cittadinanza opera principalmente a danno dei lavoratori di altri Stati membri stabiliti in Italia da meno di dieci anni e delle loro famiglie, mentre l'immensa maggioranza di cittadini italiani potrà facilmente attestare una residenza in Italia da più di dieci anni.

Tuttavia, al fine di identificare con precisione la violazione del principio di uguaglianza in materia di «vantaggi sociali» commessa dal legislatore italiano appare necessario distinguere il requisito della residenza senza prescrizioni di durata minima, dal requisito della residenza al quale si aggiunge una condizione supplementare di durata minima della stessa. Tale distinzione è dovuta alla circostanza che in alcuni casi la Corte di giustizia ha ammesso che per la concessione di determinate prestazioni di natura assistenziale o miste (di carattere assistenziale e di sicurezza sociale) una condizione di residenza risultava giustificata e quindi non configurava

<sup>25</sup> Sentenza del 29 aprile 1999 in causa n. C-224/97, *Ciola*, punto 14, EU:C:1999:212, riguardante la libera prestazione dei servizi; la sentenza è pubblicata in questa *Rivista*, 1999, p. 721 con nota di E. ADOBATI, *Provvedimenti amministrativi e primato del diritto comunitario*, 1999, p. 727 ss. e commento di R. ROSSOLINI, *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo alla luce della sentenza della Corte di giustizia sul caso Ciola*, 1999, p. 729 ss.

<sup>26</sup> Si vedano in particolare le sentenze del 14 febbraio 1995 in causa n. C-279/93, *Schumacker*, punto 23, EU:C:1995:31, annotata in questa *Rivista* 1995, p. 665, con nota di A. GRATANI, *Imposte sul reddito in Germania e diritto comunitario*, *ivi*, p. 666 ss.; del 10 settembre 2009 in causa n. C-269/07, *Commissione c. Germania*, EU:C:2009:527; del 25 gennaio 2011 in causa n. C-382/08, *Neukirchinger*, punto 14, EU:C:2011:27; del 21 luglio 2011 in causa n. C-503/09, *Stewart*, EU:C:2011:500, punto 95; del 14 giugno 2012 in causa n. C-542/09, *Commissione c. Paesi Bassi*, punto 38, EU:C:2012:346; del 13 dicembre 2012 in causa n. C-379/11, *Caves-Krier*, punto 43, EU:C:2012:798 e del 24 febbraio 2015 in causa n. C-512/13, *Sopora*, punto 23, EU:C:2015:108.

una violazione dell'art. 7.2 del Regolamento (Ue) n. 492/2011 e/o dell'art. 45 del Trattato. Appare indispensabile ricordare al riguardo l'importante principio interpretativo secondo il quale: «Una misura che ostacoli la libera circolazione dei lavoratori può essere ammessa solo qualora persegua uno scopo legittimo compatibile con il Trattato e sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale. In un caso del genere occorre inoltre che l'applicazione di siffatta misura sia idonea a garantire il conseguimento dell'obiettivo di cui trattasi e non ecceda quanto necessario per conseguirlo»<sup>27</sup>. È così che sulla base di una dettagliata analisi della natura e delle finalità delle «prestazioni speciali di carattere non contributivo», che secondo criteri obiettivi e non discrezionali integrano o sostituiscono prestazioni di sicurezza sociale ai sensi dell'art. 3, par. 3, del Regolamento (Ce) n. 883/2004, la Corte di giustizia ha ammesso la liceità di una condizione di residenza rispetto all'art. 45 del Trattato<sup>28</sup>, così come l'ha ammessa rispetto all'indennità di disoccupazione che, come sopra rilevato, è la prestazione di sicurezza sociale più vicina al RdC pur non rientrando quest'ultimo in tale categoria di prestazioni disciplinate dal Regolamento (Ce) n. 883/2004. In ragione della prossimità fra le due suddette prestazioni di natura sociale, merita di essere citata *in extenso* la dettagliata motivazione che la Corte di giustizia ha elaborato per giustificare una condizione di residenza nel territorio dello Stato membro che eroga l'indennità di disoccupazione: «(...) l'imposizione di una condizione di residenza risponde all'esigenza di controllare la situazione professionale e familiare dei disoccupati. La detta condizione consente infatti ai servizi ispettivi dell'Ufficio del lavoro (belga) di verificare se la situazione del beneficiario dell'indennità di disoccupazione non ha subito modifiche idonee a incidere sulla prestazione concessa. Pertanto, tale giustificazione è fondata su considerazioni oggettive di interesse generale indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate»<sup>29</sup>. In molti altri casi, invece, la stessa giurisdizione suprema dell'Unione ha ritenuto che una condizione di residenza non fosse giustificata da un obiettivo di interesse generale<sup>30</sup> o fosse comunque sproporzionata rispetto ad un obiettivo legittimo quale «il rischio di un grave

<sup>27</sup> Sentenza in causa n. C-379/11, *Caves-Krier*, punto 48, *cit. supra*, nota 26.

<sup>28</sup> Sentenza del 29 aprile 2004 in causa n. C-160/02, *Skalka*, EU:C:2004:269, riguardante una «integrazione compensativa» austriaca che completava una pensione di invalidità o di vecchiaia; sentenza dell'11 settembre 2007 in causa n. C-287/05, *Hendrix*, EU:C:2007:494, relativa ad un'indennità olandese per giovani disabili in situazioni di incapacità lavorativa.

<sup>29</sup> Sentenza in causa n. C-406/04, *De Cuyper*, punto 41, *cit. supra*, nota 15.

<sup>30</sup> Sentenza del 18 luglio 2007 in causa n. C-212/05, *Hartmann*, punti 34 e 36, EU:C:2007:437, avente ad oggetto l'«assegno parentale» versato in Germania al genitore che per un certo periodo di tempo lascia in tutto o in parte il proprio lavoro per prendersi cura di un figlio.

pregiudizio per l'equilibrio finanziario del sistema nazionale di previdenza sociale»<sup>31</sup>.

Molto più severa si è mostrata la Corte di giustizia nei confronti di una condizione di residenza assortita da una durata minima della stessa. Particolarmente significativa appare al riguardo la sentenza *Swaddling*<sup>32</sup> relativa all'«*Income support*» («Sussidio integrativo del reddito») britannico che rientrava fra le «prestazioni speciali a carattere non contributivo» disciplinate dal Regolamento (Ce) n. 883/2004. Le due parti nel processo *a quo* concordavano sul fatto che una condizione di residenza per la concessione dell'«*Income support*» fosse giustificata, ma dissentivano sull'ulteriore requisito rappresentato da una durata minima «sufficiente» di residenza nel Regno Unito. La Corte di giustizia ha statuito chiaramente su tale divergenza di posizioni nel senso dell'incompatibilità con il diritto dell'Unione di tale ulteriore requisito di «un periodo consistente di residenza» nello Stato che erogava il beneficio dell'«*Income support*» precisando al riguardo che – e tale precisazione appare importante ai fini della valutazione della legittimità dell'analoga condizione che presiede alla concessione del RdC – «(...) la durata della residenza nello Stato in cui si chiede il versamento della prestazione controversa non può essere considerato un elemento costitutivo della nozione di residenza (...)»<sup>33</sup>. Anche la precitata causa *Commissione c. Paesi Bassi* riguardava una condizione di residenza di almeno tre anni prescritta ai fini della concessione di borse di studio per proseguire studi post-secondari all'estero e applicabile anche agli studenti figli di lavoratori di altri Stati membri, requisito che il Governo olandese aveva cercato di difendere – invano – invocando la finalità di limitare l'onere complessivo per il bilancio dello Stato. Meritano di essere ricordate, in considerazione della forte probabilità che i sostenitori del requisito della residenza di dieci anni in Italia per l'accesso al RdC italiano invochino a giustificazione proprio tale obiettivo di limitazione della spesa pubblica, le parole durissime con le quali la Corte di giustizia ha respinto gli argomenti addotti dal Governo olandese: «Ammettere che considerazioni di bilancio possano giustificare una differenza di trattamento tra la-

<sup>31</sup> Sentenza dell'11 settembre 2008 in causa n. C-228/07, *Petersen*, cit. supra, nota 17, punti 57 e 58; sentenza del 21 luglio 2011 in causa n. C-503/09, *Stewart*, cit. supra, nota 26, punto 104; sentenza del 13 dicembre 2012 in causa n. C-379/11, *Caves-Krier*, cit. supra, nota 26, punto 53.

<sup>32</sup> Sentenza del 25 febbraio 1999 in causa n. C-90/97, *Swaddling*, cit. supra, nota 5. Da notare che il Signor *Swaddling* aveva in precedenza lavorato in Francia ed era quindi un «*returning worker*» nel proprio Stato membro di origine, al quale la Corte ha senza esitazione riconosciuto un pieno diritto alla parità di trattamento rispetto ai cittadini britannici che non avevano mai esercitato il diritto alla libera circolazione.

<sup>33</sup> Sentenza in causa in causa n. C-90/97, *Swaddling*, loc. cit., punto 30.

voratori migranti e lavoratori nazionali comporterebbe che l'applicazione e la portata di una norma tanto fondamentale del diritto dell'Unione come quella del principio di non discriminazione basata sulla cittadinanza, possano variare nel tempo e nello spazio, a seconda dello stato delle finanze pubbliche degli Stati membri»<sup>34</sup>.

Sempre in ordine alla condizione di residenza assortita da una durata minima della stessa, un'altra causa di giustificazione frequentemente adottata dai Governi nazionali è l'esigenza di stabilire l'esistenza di un «collegamento reale e sufficiente»<sup>35</sup> fra il richiedente una prestazione di assistenza sociale e lo Stato membro che ha istituito tale medesimo beneficio quale, ad esempio, il Reddito di cittadinanza. La Corte ha respinto sistematicamente tale argomento a giustificazione di un requisito di residenza di vari anni, sulla base di una dettagliata motivazione che si ritrova ancora una volta nella precitata sentenza di condanna dei Paesi Bassi e che si articola in due significative affermazioni. La prima è quella secondo la quale: «Riguardo ai lavoratori migranti, il fatto di aver avuto accesso al mercato del lavoro di uno Stato membro determina, in linea di principio, il nesso di integrazione sufficiente nella società di detto Stato, idoneo a consentire loro di avvalersi in tale Stato del principio della parità di trattamento rispetto ai lavoratori nazionali con riferimento ai vantaggi di natura sociale»<sup>36</sup>. Ne consegue che il lavoratore di un altro Stato membro stabilito in Italia acquisisce, insieme ai componenti del suo nucleo familiare, il diritto alla parità di trattamento con i lavoratori nazionali fin dal momento in cui entra nel mercato del lavoro italiano, ovvero fin dal momento in cui inizia ad esercitare in territorio italiano un'attività retribuita di lavoro subordinato e certamente non dopo anni di residenza in Italia. Nella medesima sentenza *Commissione c. Paesi Bassi* la Corte ha altresì ricordato una profonda verità di equità fiscale sempre e deliberatamente taciuta dai Governi che hanno introdotto nelle loro legislazioni norme discriminatorie miranti ad escludere da benefici di natura sociale dei lavoratori di altri Stati membri: «Il nesso di integrazione risulta in particolare dal fatto che il lavoratore migrante, con i contributi fiscali che versa nello Stato membro ospitante per l'attività retribuita che esercita, contribuisce anche al finanziamento delle politiche sociali di detto Stato e deve potersene avvalere alle stesse condizioni dei lavoratori nazionali»<sup>37</sup>. In conclusione su questo punto, il

<sup>34</sup> Sentenza del 14 giugno 2012 in causa n. C-542/09, *Commissione c. Paesi Bassi*, cit. *supra*, nota 26, punto 58, confermata dalla sentenza pregiudiziale del 26 febbraio 2015 in causa n. C-359/13 *Martens*, EU:C:2015:118.

<sup>35</sup> Sentenza in causa n. C-503/09, *Stewart*, cit. *supra*, nota 26, punti 89 e 102.

<sup>36</sup> Sentenza in causa n. C-542/09, *Commissione c. Paesi Bassi*, loc. cit., punto 65.

<sup>37</sup> Sentenza in causa n. C-542/09, *Commissione c. Paesi Bassi*, loc. cit., punto 66.

requisito della residenza accompagnato da una condizione supplementare di durata minima della medesima è non solo contrario all'art. 7.2 del Regolamento (Ue) n. 492/2011 e all'art. 45 del Trattato che sancisce il principio della libera circolazione dei lavoratori, ma è anche intrinsecamente ingiusto in quanto alla parità – rispetto ai lavoratori nazionali – di obblighi tributari imposti ai lavoratori di altri Stati membri non corrisponde una giusta parità di accesso alle prestazioni assistenziali ed ad altri benefici al cui finanziamento anche i lavoratori migranti contribuiscono con le imposte sui redditi ed i contributi sociali prelevati sui loro salari, ovvero (sia consentita l'espressione) «col sudore della loro fronte».

Tornando alle precitate sentenze degli anni Ottanta riguardanti prestazioni assistenziali «tipiche», va rilevato in primo luogo che la Corte di giustizia ha dichiarato contraria all'art. 7, par. 2, del Regolamento sulla libera circolazione dei lavoratori la condizione di residenza in Francia per almeno quindici (!) anni ai fini dell'attribuzione di un «assegno speciale di vecchiaia» a persone anziane, genitori di lavoratori migranti, che non disponevano di redditi sufficienti<sup>38</sup>, assegno che presenta evidenti analogie con la c.d. pensione di cittadinanza di cui all'art. 1, par. 2, del d.l. n. 4/2019. Sono tuttavia le pronunce aventi ad oggetto il «*Minimex*» («Minimo di mezzi di sussistenza») belga che appaiono ancora più rilevanti ai fini dell'accertamento della natura discriminatoria della condizione di residenza per almeno dieci anni in Italia prevista dalla legge istitutiva del RdC. Il «*Minimex*» è infatti un'indennità che, come il RdC, è concessa in via generale a tutte le persone residenti in Belgio che non dispongono di risorse sufficienti a prescindere da ogni requisito relativo a periodi di attività professionale. Per di più – altro elemento di singolare analogia con il RdC – i beneficiari devono dichiarare «(...) di essere disposti a svolgere un lavoro»<sup>39</sup>. L'attribuzione del «*Minimex*» era all'epoca subordinata, per quanto riguardava i cittadini di altri Stati membri, alla condizione di aver risieduto effettivamente in Belgio durante i cinque anni precedenti la data di concessione del beneficio stesso. Questa condizione di residenza per almeno cinque anni in Belgio è stata dichiarata dalla Corte di giustizia contraria al principio di non discriminazione in materia di «vantaggi sociali» enunciato all'art. 7, par. 2, del Regolamento – oggi – (Ue) n. 492/2011. Si può osservare al riguardo che il legislatore italiano del RdC è stato apparentemente più abile del legislatore belga del «*Minimex*» dal momento

<sup>38</sup> Sentenza in causa n. 157/84, *Frascoigna*, cit. *supra*, nota 22, punto 24.

<sup>39</sup> Sentenza in causa n. 122/84, *Scrivner*, cit. *supra*, nota 21, punto 20, nel quale la Corte descrive gli elementi essenziali della legge belga istitutiva del «*Minimex*», applicabile all'epoca dei fatti di causa.

che la condizione di residenza in Italia per almeno dieci anni è stata prevista sia per i cittadini italiani sia per i cittadini di altri Stati dell'Unione. Tale espediente si rivela tuttavia vano alla luce della definizione di discriminazione indiretta elaborata dalla Corte in base alla quale anche una condizione di residenza indistintamente applicabile costituisce una discriminazione indiretta sulla base della nazionalità dal momento che «Il più delle volte, i non residenti sono cittadini di altri Stati membri»<sup>40</sup>. Si è anzi sopra rilevato che con tale requisito indistintamente applicabile di dieci anni di residenza in Italia il legislatore italiano del 2019 ha aggiunto alla discriminazione a danno dei lavoratori di altri Stati membri una seconda e non meno odiosa discriminazione: quella a danno dei lavoratori o ex-lavoratori emigrati italiani che sono rientrati da meno di dieci anni nel loro Paese di origine in condizioni di disagio economico. Anche questi «*returnig workers*», come pure sopra ricordato, potranno fortunatamente avvalersi del principio della parità di trattamento rispetto ai cittadini italiani da sempre residenti in Italia – principio enunciato in materia di «vantaggi sociali» dall'art. 7.2 del Regolamento (Ue) n. 492/2011 – grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha assimilato questi medesimi «lavoratori di ritorno», quanto a diritti invocabili nei confronti dello Stato membro di origine, ai lavoratori migranti di altri Stati membri<sup>41</sup>.

##### **5. Applicabilità del divieto di discriminazioni anche ai lavoratori autonomi e alle persone non attive sulla base della direttiva n. 2004/38/Ce relativa alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione**

Va infine ricordato che il più volte citato art. 7.2 del Regolamento sulla libera circolazione dei lavoratori si configura come *lex specialis* rispetto alla *lex generalis* rappresentata dall'art. 24, par. 1, della pure precitata direttiva n. 2004/38/Ce «relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari (...) di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri». Tale disposizione prevede infatti che: «Ogni cittadino dell'Unione che risiede, in base alla presente direttiva, nel territorio dello Stato membro

<sup>40</sup> Sentenza in causa n. C-224/97, *Ciola*, punto 14, *cit. supra*, nota 25.

<sup>41</sup> Si richiamano a questo proposito le precitate sentenze in causa n. C-370/90, *Singh*, *cit. supra*, nota 5, e in causa n. C-90/97 *Swaddling*, *cit. supra*, nota 5, alle quali si possono aggiungere anche le più recenti sentenze dell'11 luglio 2002 in causa n. C-224/98, *D'Hoop*, punto 31, EU:C:2002:432, annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 526; del 29 aprile 2004 in causa n. C-224/02, *Pusa*, punto 28, EU:C:2004:273; del 23 ottobre 2007 in cause riunite n. C-11/06 e n. C-12/06, *Morgan*, punto 26, EU:C:2007:626, annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 94; del 18 luglio 2013 in causa n. C-523/11, *Prinz*, punto 28, EU:C:2013:524, annotata in questa *Rivista*, 2013, p. 451, e del 24 ottobre 2013 in causa n. C-220/12, *Thiele*, punto 18, EU:C:2013:683.

ospitante, gode di pari trattamento rispetto ai cittadini di tale Stato membro nel campo di applicazione del Trattato». Ne consegue che i cittadini di altri Stati membri stabiliti in Italia per ragioni diverse dall'esercizio di un'attività di lavoro subordinato, quali ad esempio i lavoratori autonomi e i pensionati<sup>42</sup>, sono comunque tutelati dall'obbligo di parità di trattamento imposto agli Stati membri dal suddetto art. 24.1 della direttiva n. 2004/38/Ce. Al riguardo appaiono utili due precisazioni. In primo luogo, grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia sopra esaminata avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 7.2 del Regolamento (Ue) n. 492/2011, anche le prestazioni assistenziali quali il Reddito di cittadinanza rientrano «nel campo di applicazione del Trattato» in quanto «vantaggi sociali». Ne consegue che l'art. 24.1 della direttiva n. 2004/38/Ce assicura la parità di trattamento in materia di prestazioni assistenziali quali il RdC a tutti i cittadini di altri Stati membri stabiliti in Italia che, come i lavoratori autonomi ed i pensionati, non sono già tutelati dall'art. 7.2 del Regolamento sulla libera circolazione dei lavoratori dipendenti<sup>43</sup>. In secondo luogo, in forza del medesimo art. 24.1 della direttiva n. 2004/38/Ce la parità di trattamento è assicurata ai cittadini di altri Stati membri che risiedono nel territorio dello Stato membro ospitante «in base alla presente direttiva». È così che la Corte di giustizia ha statuito che era contraria all'art. 24.1 della direttiva una norma di legge austriaca che escludeva automaticamente dal diritto ad una prestazione assistenziale quale l'«integrazione compensativa» dei redditi al di sotto una certa soglia, una coppia di pensionati di nazionalità tedesca che beneficiavano da tempo di un diritto di soggiorno in Austria sulla base dell'art. 7.1.b. della direttiva medesima (persone inattive ma con disponibilità di «risorse economiche sufficienti» al momento della loro iscrizione nei registri della popolazione residente)<sup>44</sup>. Inversamente, lo Stato membro ospitante può legalmente rifiutare una prestazione assistenziale ad una cittadina di altro Stato membro e ai suoi familiari, qualora il titolo di soggiorno di cui beneficia tale medesima cittadina dell'Unione le sia stato rilasciato sulla base del solo diritto nazionale e quindi al di fuori delle condizioni previste dagli artt. 7 e 8 della direttiva n. 2004/38/Ce<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> F. ROBERT, *Le règlement n. 492/2011/UE: les avantages sociaux et la discrimination indirecte envers les personnes non actives*, in *L'observatoire de Bruxelles*, n. 108 - 4/2017, pp. 33-38.

<sup>43</sup> L'unica differenza di trattamento fra cittadini nazionali e cittadini di altri Stati membri consentita dal diritto dell'Unione è quella prevista dall'art. 24, par. 2, della direttiva n. 2004/38/Ce, che autorizza lo Stato membro di accoglienza a rifiutare prestazioni di assistenza sociale durante i primi tre mesi – mesi e non anni! – di soggiorno del cittadino europeo richiedente.

<sup>44</sup> Sentenza del 19 settembre 2013 in causa n. C-140/12, *Brey*, punti 78 e 80, EU:C:2013:565.

<sup>45</sup> Sentenza dell'11 novembre 2014 in causa n. C-333/13, *Dano*, EU:C:2014:2358, riguardante il caso di una cittadina rumena non attiva, residente in Germania con le sue tre figlie.

Merita infine di essere rilevato che la tesi relativa ad una relazione di *lex specialis* a *lex generalis* intercorrente fra il Regolamento (Ue) n. 492/2011 e la direttiva n. 2004/38/Ce è stata integralmente confermata dalla Corte di giustizia nella recente sentenza *Jobcenter Krefeld*<sup>46</sup>. I giudici dell'Unione hanno infatti chiarito che la direttiva «non può rimettere in questione l'autonomia dei diritti fondati sul regolamento n. 492/11 né modificarne la portata»<sup>47</sup>. Pertanto l'art. 24 della direttiva avente ad oggetto la parità di trattamento fra cittadini dello Stato membro di accoglienza e cittadini di altri Stati membri non può in alcun modo limitare o restringere lo specifico diritto alla parità di trattamento in materia di «vantaggi sociali» conferito ai lavoratori dipendenti di altri Stati membri dall'art. 7, par. 2, del Regolamento.

## **6. Discriminazione a danno dei cittadini di Paesi terzi titolari di un permesso di soggiorno di lungo periodo sulla base della direttiva n. 2003/109/Ce**

Un'altra categoria di stranieri che, in base all'art. 2.1.a. del d.l. istitutivo del reddito di cittadinanza, può richiedere tale beneficio è costituita dai cittadini di Paesi terzi detentori di un permesso di soggiorno per «soggiornanti di lungo periodo», così come istituito e disciplinato dalla direttiva n. 2003/109/Ce. Per acquisire lo *status* di soggiornante di lungo periodo i richiedenti cittadini di Paesi terzi devono aver soggiornato legalmente e ininterrottamente per cinque anni nello Stato membro di accoglienza (art. 4) e devono dimostrare di disporre «a) di risorse stabili e regolari, sufficienti al sostentamento loro e dei loro familiari, senza far ricorso al sistema di assistenza sociale dello Stato membro interessato (...); b) di un'assicurazione malattia (...)» (art. 5). Appare evidente come l'applicazione parallela del requisito delle «risorse stabili e sufficienti» richiesto dall'art. 5 della direttiva n. 2003/109/Ce e del livello massimo di reddito familiare previsto dall'art. 2.1.b. del d.l. n. 4/2019 produca l'effetto di ridurre drasticamente il numero dei cittadini di Paesi terzi che potrebbero accedere al reddito di cittadinanza<sup>48</sup>, limitandolo ai soli casi di cittadini extracomunitari che dopo aver ottenuto lo *status* di soggiornanti di lungo periodo fossero successivamente caduti in una situazione di grave disagio economico a se-

<sup>46</sup> Sentenza del 6 ottobre 2020 in causa n. C-181/19, *Jobcenter Krefeld*, EU:C:2020:794. Si vedano in particolare i punti da 56 a 71 della motivazione.

<sup>47</sup> *Ivi*, punto 64.

<sup>48</sup> F. BIONDI DAL MONTE, *Quale cittadinanza per il "Reddito di cittadinanza"?*, in *Quale reddito di cittadinanza?*, cit. *supra*, nota 2, p. 134 e p. 138.

guito, ad esempio, di una malattia (non professionale), o di un incidente (non sul lavoro), o più semplicemente a causa della perdita del lavoro<sup>49</sup>.

Una volta acquisito lo *status* di soggiornanti di lungo periodo, i cittadini di Paesi terzi hanno anch'essi un diritto alla parità di trattamento rispetto ai nazionali, vale a dire rispetto ai cittadini italiani, per quanto riguarda tutte «*le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale*» in forza dell'art. 11, par. 1, lett. *d.*, della direttiva n. 2003/109/Ce. La Corte di giustizia ha dato un'interpretazione molto ampia di tale importante disposizione della direttiva in una recente sentenza emanata proprio su rinvio pregiudiziale di un tribunale italiano (Bolzano). La Corte ha infatti posto in relazione il diritto alla parità di trattamento in materia sociale del cittadino di un Paese terzo residente di lunga durata, con l'art. 34, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>50</sup> avente ad oggetto la «Sicurezza sociale e l'assistenza sociale». Sulla base di tale interpretazione ampia dell'art. 11 della direttiva n. 2003/109/Ce la Corte di giustizia ha dichiarato contraria alla direttiva, e quindi non più applicabile, la norma di una legge della Provincia autonoma di Bolzano che, in materia di sussidi per l'alloggio, trattava in modo deteriore e quindi discriminatorio, i cittadini extra-comunitari residenti di lungo periodo rispetto ai cittadini italiani<sup>51</sup>.

Trasponendo al d.l. istitutivo del reddito di cittadinanza i principi interpretativi enunciati dalla Corte di giustizia nella sentenza *Kamberaj* e nelle sentenze precitate riguardanti i lavoratori dell'Unione europea ed aventi ad oggetto il requisito (illegittimo) della residenza per un certo periodo di tempo, si può facilmente arrivare alla seguente conclusione. Il requisito della residenza per almeno dieci anni in Italia costituisce una violazione dell'art. 11, par. 1, lett. *d.*, della direttiva n. 2003/109 in quanto discrimina fra cittadini italiani e cittadini di Paesi terzi detentori di un permesso di soggiorno di lungo periodo, i quali per definizione hanno già soggiornato legalmente e ininterrottamente in Italia per almeno cinque anni. La condizione di residenza per almeno dieci anni in Italia non è pertanto opponibile ai cittadini di Paesi terzi che godono dello *status* di soggiornanti di lungo periodo e quindi il reddito di cittadinanza non potrà essere loro negato qualora il solo motivo del rifiuto sia un periodo di residenza in

<sup>49</sup> A. GUARISO, *Stranieri e reddito di cittadinanza: prime osservazioni*, cit. supra, nota 2, p. 9.

<sup>50</sup> «3. Al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali».

<sup>51</sup> Sentenza del 24 aprile 2012 in causa n. C-571/10, *Kamberaj* (cittadino albanese), dispositivo, EU:C:2012:233.

Italia compreso fra i cinque ed i dieci anni. La corrispondente disposizione del d.l. istitutivo del reddito di cittadinanza (art. 2, par. 1, lett. a., n. 2) dovrà essere di conseguenza disapplicata sia dall'amministrazione sia dal giudice italiano adito per un eventuale ricorso. Dalla stessa sentenza *Kamberaj* (punto 88) si apprende inoltre che l'Italia non si è avvalsa, in sede di recepimento della direttiva n. 2003/109/Ce (dlgvo n. 286/1998, così come modificato dal dlgvo n. 3/2007), della facoltà concessa agli Stati membri dall'art. 11, par. 4, della direttiva stessa, di «limitare la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali». In ogni caso, il punto 13 della motivazione della direttiva n. 2003/109/Ce chiarisce espressamente che «le prestazioni essenziali comprendono almeno un sostegno di reddito minimo». Ne consegue che il Reddito di cittadinanza non potrà mai rientrare fra le prestazioni di assistenza o di protezione sociale rispetto alle quali il legislatore italiano potrebbe avvalersi della facoltà di derogare al principio fondamentale della parità di trattamento fra cittadini italiani e cittadini extra-comunitari titolari di un permesso di soggiorno di lunga durata, vale a dire con almeno cinque anni di residenza regolare in Italia. Il diritto dei cittadini di Paesi terzi al reddito di cittadinanza a parità di condizioni con i cittadini italiani appare quindi pieno e incondizionato e per di più confermato da una sentenza della Corte di giustizia avente ad oggetto una norma di legge italiana.

Merita di essere ricordata infine un'altra categoria di cittadini extra-comunitari ai quali il diritto dell'Unione accorda una protezione giuridica e che sono completamente esclusi dalla concessione del RdC in quanto non menzionati all'art. 2.1.a.1. del d.l. n. 4/2019. Si tratta dei «cittadini di paesi terzi che sono stati ammessi in uno Stato membro a fini lavorativi a norma del diritto dell'Unione o nazionale» (art. 3, par. 1, lett. c.) ai quali si applica la precitata direttiva n. 2011/98/UE avente ad oggetto il c.d. «permesso unico» e che non hanno ancora acquisito lo *status* di soggiornanti di lungo periodo ai sensi della direttiva n. 2003/109/Ce quali, ad esempio, i lavoratori extracomunitari che sono residenti in Italia da meno di cinque anni. Sulla base dell'art. 12.1.e. della direttiva n. 2011/98/UE tali lavoratori «beneficiano dello stesso trattamento riservato ai cittadini dello Stato membro in cui soggiornano per quanto concerne: (...) e) i settori di sicurezza sociale definiti dal regolamento (CE) n. 883/2004»<sup>52</sup>. Nella sua pro-

<sup>52</sup> A. ROSAFALCO, *Reddito di cittadinanza e cittadini extraeuropei*, in *Garanzia del diritto al lavoro*, cit. supra, nota 2, pp. 81-90; F. BIONDI DAL MONTE, *Quale cittadinanza per il "Reddito di cittadinanza"?*, in *Quale Reddito di cittadinanza*, cit. supra, nota 2, p. 145. Entrambi gli Autori sembrano propendere – senza tuttavia effettuare una specifica analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di indennità di disoccupazione – per la tesi secondo la quale si può considerare il RdC una prestazione di sicurezza sociale.

nuncia pregiudiziale *Martinez Silva*<sup>53</sup> su rinvio della Corte d'appello di Genova, la Corte di giustizia ha proceduto ad un attento esame della prestazione che formava l'oggetto del contenzioso sorto fra la ricorrente e l'INPS pervenendo alla conclusione che l'assegno a favore dei nuclei familiari con almeno tre figli a carico rientrava fra le «prestazioni familiari» di cui all'art. 3.1.h. del Regolamento (Ce) n. 883/2004<sup>54</sup>. È quindi sulla base di tale essenziale presupposto, oltre a quello relativo al carattere non discrezionale della valutazione delle esigenze personali del richiedente<sup>55</sup>, che i giudici dell'Unione hanno potuto dichiarare contraria all'art. 12 della direttiva n. 2011/98/Ue la norma di legge italiana<sup>56</sup> che escludeva dall'attribuzione dell'assegno a favore dei nuclei familiari i cittadini di Paesi terzi titolari di un «permesso unico» di lavoro disciplinato dalla medesima direttiva. Trasponendo al reddito di cittadinanza questo stesso procedimento interpretativo seguito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Martinez Silva* non si può che pervenire all'opposta (e triste) conclusione che il «Diritto alla parità di trattamento» sancito dal medesimo art. 12 della direttiva n. 2011/98/Ue non può essere esteso ai lavoratori di Paesi terzi titolari di un «permesso unico» di lavoro in Italia, dato che l'analisi degli «elementi costitutivi» del RdC sopra effettuata sulla base della giurisprudenza della Corte stessa non consente di far rientrare tale beneficio fra le prestazioni di disoccupazione di cui all'art. 3.1.h. del Regolamento Ue sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Se il diritto dell'Unione non preclude al legislatore italiano la facoltà di escludere da una prestazione assistenziale quale il RdC i lavoratori extracomunitari titolari di un «permesso unico», non si può tuttavia escludere che questi stessi lavoratori possano invocare dinanzi alla Corte costituzionale il principio di uguaglianza enunciato all'art. 3 della Costituzione sulla base della dimostrazione della comparabilità, unicamente e specificamente dal punto di vista dell'accesso a prestazioni di assistenza sociale, della situazione di un cittadino di un Paese terzo soggiornante di lungo periodo sulla base della direttiva n. 2003/109/Ce, rispetto alla situazione di un cittadino extracomunitario titolare di un «permesso unico» di cui alla direttiva n. 2011/98/Ue<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Sentenza del 21 giugno 2017 in causa n. C-449/16, *Martinez Silva*, EU:C:2017:485.

<sup>54</sup> Sentenza del 21 giugno 2017 in causa n. C-449/16, *Martinez Silva*, *loc. cit.*, punto 23.

<sup>55</sup> *Ivi*, punto 24.

<sup>56</sup> Art. 65 della legge n. 448/1998, in *Guri* n. 302 del 29 dicembre 1998, *suppl. ord.*

<sup>57</sup> E. TRAVERSA, *Contro le discriminazioni a rovescio le tutele della giustizia comunitaria*, in *Il Sole 24 Ore* del 28 maggio 2020; ID., *Sanzioni tributarie, discriminazioni a rovescio ed esigenza di un intervento della Corte costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Riv. trim. dir. trib.*, 2020.

## 7. Discriminazione a danno dei cittadini di Paesi terzi ai quali lo Stato italiano ha concesso lo *status* di rifugiati sulla base della direttiva n. 2011/95/Ue

Una categoria di cittadini di Paesi terzi che il d.l. n. 4/2019 istitutivo del reddito di cittadinanza ha apparentemente «dimenticato»<sup>58</sup> è costituita dai titolari dello «status di rifugiato» disciplinato dalla già menzionata direttiva n. 2011/95/Ue avente ad oggetto per l'appunto i criteri di attribuzione di tale *status* e «il contenuto della protezione riconosciuta». In realtà all'art. 2, par. 1 *ter*, del d.l. n. 4/2019 riguardante le certificazioni che il richiedente il RdC deve produrre in ordine ai «requisiti patrimoniali», si rinviene un accenno ai «cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea aventi lo status di rifugiato politico». Si può da questo dedurre che "implicitamente" il legislatore italiano ha aperto la possibilità di accesso al RdC anche a questa categoria di cittadini extracomunitari? Tale situazione non soddisfa affatto le esigenze di certezza giuridica richieste dalla giurisprudenza della Corte di giustizia quanto all'effettività dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione europea a determinate categorie di soggetti. Un ruolo determinante ai fini dell'individuazione di una situazione di violazione dell'art. 29 della direttiva n. 2011/95/Ue giocano tuttavia le concrete modalità applicative dell'art. 2 del d.l. n. 4/2019 nei confronti dei titolari dello *status* di rifugiato, vale a dire la prassi amministrativa di concessione o di diniego del RdC ai titolari dello *status* di rifugiato.

L'art. 29, par. 1, della direttiva suddetta impone allo Stato membro che ha concesso la protezione internazionale, di assicurare ai beneficiari di tale medesima protezione «un'adeguata assistenza sociale, alla stregua dei cittadini dello Stato membro in questione». Pertanto anche rispetto a tale categoria di cittadini extracomunitari la legislazione dell'Unione europea garantisce il diritto alla parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro di accoglienza. Il punto 45 della motivazione della direttiva n. 2011/95 chiarisce poi, da un lato, che: «Per scongiurare il disagio sociale, è opportuno offrire ai beneficiari di protezione internazionale assistenza sociale e mezzi di sostentamento senza discriminazioni» e, dall'altro, che fra le «prestazioni essenziali» di assistenza sociale rientra anche «un sostegno al reddito minimo». Nella sua unica sentenza avente ad oggetto l'art. 29 della direttiva n. 2011/95/Ue, la Corte di giustizia ha ulteriormente chiarito che «Tale regola implica, in particolare, che l'accesso di tali beneficiari (di protezione internazionale) all'assistenza sociale non deve

<sup>58</sup> Questa sembra essere l'opinione di F. BIONDI DAL MONTE, *Quale cittadinanza per il "Reddito di cittadinanza?"*, in *Quale Reddito di cittadinanza?*, cit. *supra*, nota 2, p. 144.

essere subordinato al soddisfacimento di condizioni che non siano imposte ai cittadini dello Stato membro che ha concesso la suddetta protezione»<sup>59</sup>. Conseguentemente dall'art. 29 della direttiva n. 2011/95/UE, così come interpretato dalla Corte di giustizia, l'obbligo per il legislatore italiano di accordare il diritto al Reddito di cittadinanza anche ai cittadini di Paesi terzi ai quali l'Italia ha riconosciuto lo *status* di rifugiati. Inoltre lo Stato italiano è tenuto a riconoscere tale medesimo diritto al Reddito di cittadinanza alle stesse condizioni previste per i cittadini italiani, il che esclude l'applicabilità ai rifugiati del requisito della residenza per almeno dieci anni in Italia in quanto tale requisito ha natura discriminatoria, come già sopra rilevato e come costantemente affermato dalla Corte di giustizia.

Va infine ricordato che non godono affatto di un diritto alla parità di trattamento in materia di prestazioni sociali i cittadini di Paesi terzi ai quali è applicabile la direttiva, pure sopra citata, n. 2013/33/UE «recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale». L'art. 17, par. 5, seconda frase di tale direttiva prevede infatti che: «Gli Stati membri possono accordare ai richiedenti un trattamento meno favorevole di quello che accordano ai loro cittadini, in particolare nei casi in cui un sostegno materiale è parzialmente fornito in natura o quando il livello o i livelli, applicati ai cittadini, sono intesi ad assicurare un tenore di vita più elevato di quello prescritto per i richiedenti ai sensi della presente direttiva». Nessuna giustificazione di una tale sconcertante ed esplicita «licenza di discriminare» si può rinvenire nella motivazione della direttiva ed in particolare al punto 24 che si riferisce all'art. 17. Da un punto di vista strettamente giuridico è incontestabile che la situazione di un richiedente lo *status* di rifugiato non è comparabile a quella del cittadino extracomunitario che ha già ottenuto il riconoscimento di tale medesimo *status*. Ne consegue che è lecito ad un legislatore nazionale escludere i semplici richiedenti asilo dall'accesso ad una prestazione di assistenza sociale come il reddito di cittadinanza, a condizione tuttavia di rispettare l'obbligo di carattere generale enunciato al precitato art. 17, par. 2, della stessa direttiva n. 2013/33/UE in forza del quale: «Gli Stati membri provvedono a che le condizioni materiali di accoglienza assicurino un'adeguata qualità di vita che garantisca il sostentamento dei richiedenti e ne tuteli al salute fisica e mentale».

<sup>59</sup> Sentenza dell'1 marzo 2016 in causa n. C-443/14, *Alo*, punto 48, EU:C:2016:127. Tale pronuncia della Corte non aveva ad oggetto principale una prestazione di assistenza sociale, ma un obbligo di residenza in determinati comuni o province della Germania imposto dalla normativa nazionale ai rifugiati che percepivano un assegno denominato «aiuto sociale».

## 8. Conclusione: il requisito della residenza in Italia «per almeno dieci anni» ai fini della concessione del reddito di cittadinanza costituisce una flagrante violazione di quattro atti legislativi dell'Unione europea

L'analisi della legislazione europea e soprattutto della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di prestazioni sociali e di discriminazioni indirette sulla base della residenza legittima una conclusione nettamente negativa in ordine alla compatibilità con il diritto dell'Unione del requisito della residenza in Italia «per almeno dieci anni, di cui gli ultimi due (...) in modo continuativo» previsto all'art. 2.1.a.2. del d.l. n. 4/2019 per la concessione del reddito di cittadinanza. Se infatti una semplice condizione di residenza è stata dichiarata dalla Corte giustificata ai fini dell'attribuzione di prestazioni di natura assistenziale in ragione della riconosciuta duplice esigenza di un «collegamento reale e sufficiente» fra il richiedente e il territorio dello Stato membro che ha istituito il beneficio in questione<sup>60</sup> e di un «controllo della situazione professionale e familiare» dei beneficiari della prestazione assistenziale<sup>61</sup>, nessuna causa di giustificazione è stata ammessa dalla più alta giurisdizione dell'Unione rispetto ad un requisito di residenza che, come nel caso del RdC, è accompagnato da un'ulteriore condizione di durata minima di detta residenza nello Stato membro competente<sup>62</sup>. Per quanto manifesta possa tuttavia apparire la violazione dell'art. 7, par. 2, del Regolamento (Ue) n. 492/2011 sulla libera circolazione dei lavoratori dell'Unione e dell'art. 24, par. 1, della direttiva n. 2004/38/Ce sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione, ad opera dell'art. 2.1.a.2. del d.l. n. 4/2019 – violazione alla quale si aggiungono quelle delle summenzionate direttive n. 2003/109/Ce e n. 2011/95/Ue a danno di due importanti categorie di cittadini di Paesi terzi – è molto probabile che a causa delle implicazioni finanziarie dell'estensione del diritto al RdC ai cittadini dell'Unione e alle due suddette categorie di cittadini di Paesi terzi, l'INPS non oserà mai assumersi la responsabilità di disapplicare direttamente la precitata disposizione discriminatoria del d.l. n. 4/2019 in attuazione della sentenza *Fratelli Costanzo* della Corte di giustizia<sup>63</sup>. Sarà pertanto necessario che un giudice italiano, adito da un residente in Italia al quale l'INPS

<sup>60</sup> Sentenza in causa n. C-503/09, *Stewart*, cit. supra, nota 26, punti 89 e 103.

<sup>61</sup> Sentenza in causa n. C-406/04, *De Cuyper*, cit. supra, nota 15, punto 41.

<sup>62</sup> Fra le tante citate sopra si richiama la sentenza in causa n. 122/84, *Scrivner*, cit. supra, nota 21, relativa al «*Minimex*» belga, che costituisce il precedente più simile al Reddito di cittadinanza.

<sup>63</sup> Sentenza del 22 giugno 1989 in causa n. 103/88, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, punto 33, EU:C:1989:256.

ha rifiutato il RdC a causa di un periodo di residenza inferiore a dieci anni, ponga alla Corte di giustizia una questione interpretativa avente ad oggetto la disposizione di diritto dell'Unione applicabile alla specifica categoria di beneficiari del suddetto RdC alla quale appartiene il medesimo richiedente/ricorrente: lavoratore dipendente, lavoratore autonomo o cittadino non attivo di uno Stato membro, ex-lavoratore italiano "di ritorno", cittadino di un Paese terzo titolare di un permesso di soggiorno di lungo periodo in Italia o titolare dello *status* di rifugiato. A seguito della prevedibilissima declaratoria di incompatibilità dell'art. 2.1.a.2. del d.l. n. 4/2019 con la norma di diritto dell'Unione applicabile al caso specifico del richiedente, il giudice italiano dovrà puramente e semplicemente disapplicare<sup>64</sup> la condizione di residenza in Italia per almeno dieci anni e riconoscere al ricorrente, in presenza dei «requisiti reddituali e patrimoniali» previsti dall'art. 2.1.b. del d.l. n. 4/2019, il diritto al beneficio del reddito di cittadinanza. Al medesimo risultato della soppressione della disposizione discriminatoria in questione potrà pervenire la Commissione europea avviando contro lo Stato italiano, su denuncia di qualsiasi soggetto leso dall'art. 2.1.a.2. della legge istitutiva del RdC, un procedimento di infrazione ex art. 258 TFUE per violazione di ben quattro atti legislativi di diritto dell'Unione.

In conclusione si può osservare una perversa convergenza di obiettivi fra la norma palesemente discriminatoria della condizione di residenza di dieci anni in Italia ai fini dell'accesso al reddito di cittadinanza e l'imposta altrettanto discriminatoria sui trasferimenti di denaro verso i Paesi non appartenenti all'Unione europea<sup>65</sup> dai quali proviene la maggior parte dei lavoratori stranieri presenti in Italia. Alla luce del contesto politico nel quale è stato approvato e convertito in legge il d.l. n. 4/2019 caratterizzato da una politica migratoria del Governo dell'epoca apertamente ostile non soltanto all'accoglienza di nuovi immigrati, ma anche all'integrazione di quelli già presenti sul territorio nazionale, si può affermare che, come per l'imposta sui trasferimenti di denaro verso i Paesi extra-UE istituita con il d.l. n. 119/2018, la vera ed inconfessabile finalità della condizione di residenza di dieci anni in Italia per la concessione del RdC appare ancora una volta quella di penalizzare i lavoratori stranieri presenti in Italia e le loro famiglie ed in particolare i lavoratori stranieri poveri, o perché percepiscono salari infe-

<sup>64</sup> Sentenza del 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *Simmenthal*, EU:C:1978:49, che ha sancito per la prima volta l'obbligo per il giudice di uno Stato membro di disapplicare direttamente la norma nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione, principio confermato in tutte le oltre sessanta sentenze successive che hanno richiamato la sentenza *Simmenthal* a partire dal marzo 1978.

<sup>65</sup> E. TRAVERSA - I. STICCHI, *L'imposta sui trasferimenti di denaro verso Paesi non appartenenti all'Unione europea: una violazione flagrante dell'art. 63 TFUE sulla libera circolazione dei capitali*, in questa *Rivista*, 2020, n. 1, pp. 1-24.

riori alla soglia dell'indigenza o in quanto hanno perso il lavoro a seguito di una delle ricorrenti crisi dell'economia italiana. Quest'ultima circostanza rende tale discriminazione fra poveri ancora più odiosa e ancora più contraria non solo al diritto, ma anche ai valori fondamentali di uguaglianza e di solidarietà sia dell'Unione europea sia della Repubblica italiana.

**Enrico Traversa\***

#### SINTESI

Con il d.l. n. 4/2019 il legislatore italiano ha istituito una prestazione sociale denominata reddito di cittadinanza (RdC) la cui concessione è subordinata al possesso di determinati requisiti di reddito e di patrimonio e di due altri requisiti relativi, il primo, alla cittadinanza (italiana, di un altro Stato membro dell'UE, di un Paese terzo ma con lo *status* di soggiornante di lungo periodo) e, il secondo, alla residenza in Italia per almeno dieci anni. L'A. esamina la compatibilità di tale ultima condizione di accesso al RdC con il diritto dell'Unione. Per decidere qual è l'atto legislativo dell'Unione applicabile al RdC è necessario stabilire in primo luogo se si tratta di una prestazione di sicurezza sociale, rientrante come tale nel campo di applicazione del Regolamento n. 883/2004/Ue, o di una prestazione assistenziale. Le pronunce della Corte di giustizia riguardanti gli elementi costitutivi di un'indennità di disoccupazione portano ad escludere che il RdC possa costituire una prestazione di questo tipo e pertanto il RdC va ricompreso fra i «vantaggi sociali» di cui all'art. 7.2 del Regolamento n. 2011/492/Ue sulla libera circolazione dei lavoratori. In base alla giurisprudenza della Corte sulla parità di trattamento in materia di accesso a prestazioni di assistenza sociale, una condizione di residenza accompagnata da un'ulteriore condizione di durata di dieci anni costituisce una discriminazione indiretta sulla base della nazionalità a danno dei lavoratori degli altri Stati membri e delle loro famiglie. Ad un'analogha conclusione si perviene qualora i soggetti discriminati siano dei lavoratori autonomi o dei soggetti non attivi (art. 24.1 direttiva n. 2004/38/Ue sulla libera circolazione dei cittadini UE) o dei cittadini di Paesi terzi titolari di un permesso di soggiorno di lungo periodo disciplinato dalla direttiva n. 2003/109/Ce o ai quali è stato riconosciuto lo *status* di rifugiati di cui alla direttiva n. 2011/95/Ue. In conclusione si può osservare una perversa convergenza di obiettivi fra la condizione discriminatoria della residenza in Italia per dieci anni ai fini dell'attribuzione del RdC e l'imposta discriminatoria sui trasferimenti di denaro verso i Paesi extra-UE istituita anch'essa all'inizio del 2019: penalizzare i lavoratori stranieri in Italia.

\* Già Consigliere giuridico principale/Direttore della Sezione «Giustizia e affari interni» del Servizio giuridico della Commissione europea; Professore a contratto di diritto del lavoro dell'Unione europea nel Dipartimento di Scienze politiche e Relazioni internazionali / Università di Bologna

*ABSTRACT*

*By the Decree-law n. 4/2019 the Italian Parliament has introduced a social benefit named "Citizenship's revenue" (CR) whose granting depends on the complying by the applicant with some maximum revenue and assets requirements and with two other requirements related, firstly, to citizenship (Italian, or citizenship of a EU Member State, or to be a third country national who has a long-term resident status) and secondly to residence in Italy during at least ten years. The author examines the compatibility of the latter condition with EU Law. For deciding which EU legislative act applies to CR it has to be established in the first place whether CR is to be qualified as a social security benefit which would fall as such within the scope of application of EU Regulation 883/2004/EU, or as a social assistance benefit. EU Court's judgments concerning the constitutive elements of unemployment allowances show that CR cannot be included in such a category of social security benefits and that therefore it falls within the «social advantages» regulated by Article 7(2) of EU Regulation 492/2011/EU on free circulation of workers. According to EU Court's case-law on equality of treatment as to access to social assistance benefits a residence requirement combined with a further condition of a minimum duration of ten years amounts to an indirect discrimination on grounds of nationality at the detriment of workers of other EU Member States and of their families. The same legal assessment can be made also if the victims of the discrimination are self-employed or non-active persons (Article 24(1) of Directive 2004/38/EC on free circulation of EU citizens), or third country nationals who have a long-term residence permit as provided by Directive 2003/109/EC or who enjoy refugee status as governed by Directive 2011/95/EC. In conclusion one can note very harmful convergence of objectives between the discriminatory requirement of ten years residence in Italy for access to CR and the discriminatory tax on money transfers to non-EU countries that was also introduced at the beginning of 2019: harassing foreign workers who live in Italy.*



## **LA PARTECIPAZIONE DEI CITTADINI E DEGLI ENTI DEL TERZO SETTORE ALLA DETERMINAZIONE DELLE DECISIONI PUBBLICHE**

**Sommario:** *Premessa - 1. Il pubblico ed il privato: due mondi non più contrapposti - 1.1 Il principio di sussidiarietà orizzontale - 1.2 Un'occasione da non perdere - 2. Più professionalità da parte di tutti - 2.1 La necessaria riorganizzazione della Pubblica Amministrazione: il dibattito pubblico quale strumento nuovo di amministrazione partecipata - 2.2 Cittadini informati ed organizzati - 2.3 La riorganizzazione del Terzo Settore - 3. La partecipazione: da procedimentale a democratica - 3.1 La partecipazione procedimentale - 3.2 La partecipazione diffusa o democratica - 3.2.1 La partecipazione nel Codice dell'Ambiente - 3.2.2 La partecipazione nel governo del territorio - 3.2.3 La partecipazione in tema di opere pubbliche - 3.2.4 L'accesso alla giustizia - 4. Conclusioni.*

### **Premessa**

Cresce, ed in particolare di questi tempi, la consapevolezza circa il ruolo fondamentale dei cittadini, singoli o in forma associata, nella definizione delle politiche pubbliche, trovando tale ruolo a livello locale, nel territorio di riferimento, il suo ambito preferenziale di attuazione.

La necessaria ed improrogabile gestione del bene comune rende urgente la valorizzazione delle risorse e competenze offerte dalla società civile e ci obbliga ad interrogarci circa il coinvolgimento di cittadini ed associazioni nella formazione delle decisioni pubbliche ed il carattere protagonista che gli Enti del Terzo Settore possono ricoprire sotto questo aspetto.

Anche mettendo le proprie competenze al servizio del processo decisionale pubblico per nuovi impulsi e progettualità, i cittadini e le associazioni possono adempiere al dovere costituzionale di solidarietà (che non può esaurirsi solo in un "fare").

La solidarietà va allora intesa come un principio che vincola non solo i cittadini ma anche le istituzioni, tenute a promuovere ed incoraggiare l'attuazione di tale principio, anche nella forma della «cultura e pratica del dono quali espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo» (cfr. art. 2 del decreto legislativo n. 117/2017), nell'ambito di una vera e propria missione civica, con il risultato di dare alle proprie decisioni una concreta legittimazione democratica.

## **1. Il pubblico ed il privato: due mondi non più contrapposti**

Il singolo cittadino, nella letteratura più conosciuta, si trova spesso a doversi difendere da uno Stato onnipotente ed onnisciente, troppo grande per occuparsi del caso particolare, inflessibile nei suoi crediti fiscali ed insensibile alle esigenze ed alle vicende del singolo.

Da tale visione conflittuale e di forte contrapposizione è maturata una evoluzione normativa per cui il nostro ordinamento prevede tipizzate ed obbligatorie forme di dialogo delle istituzioni con il singolo, allorché si stiano per emanare provvedimenti che vanno ad incidere sui beni della vita del medesimo.

Tale dialogo, cui possono partecipare anche i portatori di interessi diffusi, quali associazioni e comitati, assume aspetti anche collaborativi, facendo acquisire all'Amministrazione elementi conoscitivi ulteriori rispetto a quelli di cui la stessa è già in possesso, e contribuisce ad un'istruttoria più completa del caso, che può portare ad esiti diversi e migliori di quelli che sarebbero stati conseguiti in difetto di tale partecipazione.

### *1.1 Il principio di sussidiarietà orizzontale*

Un innegabile potenziamento del concetto di partecipazione si è avuto con la riforma costituzionale del 2001, ed in particolare con l'introduzione del comma quarto dell'art. 118<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Il principio di sussidiarietà orizzontale aveva trovato, inizialmente, riconoscimento nel nostro ordinamento attraverso l'art. 2 della l. n. 265/1999, confluito poi nella l. n. 267/2000 – più noto come Testo Unico degli Enti Locali (TUEL) – che al quinto comma dell'art. 3 prevede: «I comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà. I comuni e le province

«Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»<sup>2</sup>.

Con tale norma, a Stato ed Enti Locali viene assegnata la missione di favorire l'autonoma iniziativa della società civile nel delicatissimo ambito delle attività di interesse generale, esprimendo un preciso criterio di ripartizione delle competenze tra enti locali e soggetti privati, individuali e collettivi.

Ciò equivale a dire che alle attività di interesse generale provvedono direttamente i privati cittadini (sia come singoli sia come associati) e i pubblici poteri intervengono in funzione "sussidiaria", di programmazione, di coordinamento ed eventualmente di gestione.

Si afferma dunque «il principio per cui il potere pubblico è legittimato ad intervenire direttamente nel settore solo allorquando nessun privato sia disponibile ad operare, ovvero allorquando, nonostante gli aiuti pubblici, il livello dei servizi offerti dal privato sia inferiore a quello ritenuto minimo essenziale (c.d. carattere residuale dell'intervento pubblico)»<sup>3</sup>.

Tale principio esprime il criterio di ripartizione delle competenze tra enti locali e soggetti privati, individuali e collettivi, operando come limite all'esercizio delle competenze locali da parte dei poteri pubblici: l'esercizio delle attività di interesse generale spetta ai privati o alle formazioni sociali e l'ente locale ha un ruolo sussidiario di coordinamento, controllo e promozione; solo qualora le funzioni assunte e gli obiettivi prefissati possano essere svolti in modo più efficiente ed efficace ha anche il potere di sostituzione.

L'attuazione della suddetta norma costituzionale, per la sua portata innovativa e dirompente, potrebbe avviare una rivoluzione civile democratica dell'assetto dei rapporti tra Stato ed enti locali, da una parte, e cittadini e imprese, dall'altra (utilizzo il condizionale, in quanto il processo di compimento di tale rivoluzione appare complesso e sicuramente non immediato, stando all'attualità<sup>4</sup>)<sup>5</sup>, rivoluzione che non potrà che compiersi per gradi.

svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla *autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali*» (corsivo aggiunto).

<sup>2</sup> Questo articolo è stato sostituito dall'art. 4 L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3. Si riporta il testo previgente: «Spettano alla Regione le funzioni amministrative per le materie elencate nel precedente articolo, salvo quelle di interesse esclusivamente locale, che possono essere attribuite dalle leggi della Repubblica alle Province, ai Comuni o ad altri enti locali. Lo Stato può con legge delegare alla Regione l'esercizio di altre funzioni amministrative. La Regione esercita normalmente le sue funzioni amministrative delegandole alle Province, ai Comuni o ad altri enti locali, o valendosi dei loro uffici».

<sup>3</sup> A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 24° ed., Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 79.

<sup>4</sup> Mi riferisco alla gestione dell'emergenza coronavirus che ha mostrato come il precedente assetto centralizzato dell'assistenza sanitaria sia stato smantellato, senza che sia intervenuta a

Siamo dunque in piena metamorfosi<sup>6</sup>: è il momento per la società civile di realizzare quella rivoluzione democratica, cooperando con le istituzioni con impulsi, progetti e risorse nuovi, per garantire lo svolgimento dei servizi di interesse generale, proattivamente, intervenendo nei processi decisionali pubblici, apportando nuove conoscenze, nuove proposte, ma anche controllando l'operato dei pubblici uffici.

«Occorrerà soprattutto abbandonare l'idea che i cittadini debbano attendere l'iniziativa pubblica, mentre invece dovrebbero essere educati ad affrontare direttamente i problemi soprattutto locali con le proprie capacità e di propria iniziativa»<sup>7</sup>.

### 1.2 *Un'occasione da non perdere*

La partecipazione dei cittadini alle politiche pubbliche, attraverso un fattivo coinvolgimento nei processi decisionali, ed in particolare in quelli locali, reca più di un vantaggio alla Pubblica Amministrazione.

Oltre che contribuire ad attuare i principi di solidarietà ed eguaglianza<sup>8</sup>, essa reca con sé un'ulteriore utilità, e cioè quella di favorire un clima di maggiore fiducia nelle istituzioni, oltreché prevenire il contenzioso<sup>9</sup>.

Una delle caratteristiche distintive del dialogo pubblico rispetto ad altre forme di mediazione e di conciliazione che intervengono quando il conflitto è già esploso, è proprio quella di perseguire una finalità di "prevenzione" della conflittualità sociale, mediante l'attivazione di strumenti di confronto diretto tra le parti (cittadini singoli e associati, pubbliche amministrazioni, operatori), prima che il processo decisionale dell'ammini-

tutt'oggi una sua riorganizzazione su base territoriale con funzioni e competenze proporzionate alle esigenze della popolazione.

<sup>5</sup> Citando E. MORIN, *I sette saperi necessari all'educazione del futuro*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2001, «Ogni evoluzione è frutto di una devianza riuscita, il cui sviluppo trasforma il sistema nel quale essa è nata: la devianza disorganizza il sistema mentre lo riorganizza. Ad ogni modo, non esiste evoluzione che non sia disorganizzatrice/riorganizzatrice nel suo processo di trasformazione o di metamorfosi».

<sup>6</sup> Nell'opera postuma *Metamorfosi del mondo*, U. BECK sottopone al lettore una metafora efficace «tutti sappiamo che il bruco avrà una metamorfosi e diventerà farfalla; ma il bruco lo sa?».

<sup>7</sup> F. CAPELLI, *Per salvare la democrazia in Italia*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2019, p. 318.

<sup>8</sup> Anche il principio di uguaglianza, sancito dall'art. 3, comma 2, si realizza proprio rimuovendo quegli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione, politica, sociale ed economica del Paese.

<sup>9</sup> Cfr. parere del Consiglio di Stato n. 855/2016 sullo schema del Codice dei Contratti Pubblici.

strazione pubblica si sia perfezionato, e comunque, prima che il conflitto si sia manifestato<sup>10</sup>.

Con un dibattito pubblico preliminare, correttamente impostato e svolto, per esempio, sicuramente anche migliori scelte in tema di TAV sarebbero state condivise e poste in attuazione, nell'interesse e con la partecipazione anche delle popolazioni interessate dal percorso dell'opera pubblica dell'Alta Velocità.

La partecipazione porta con sé anche più trasparenza, sia da parte delle istituzioni (perché consente il controllo del funzionamento del meccanismo decisionale), sia da parte dei "partecipanti" (che, se enti associativi, rafforzano la propria credibilità e attendibilità dotandosi di una struttura trasparente, nella quale gli associati possano riconoscersi e sentirsi rappresentati).

Quanto poi al problema della responsabilità conseguente alla partecipazione, essa si attesta nel bilanciamento tra il «dovere» dei rappresentanti dell'ente associativo di dare conto ed il «dovere» delle istituzioni di tenere conto dell'apporto partecipativo.

È una responsabilità di fatto condivisa, conseguente al diritto ma anche al dovere dei cittadini di partecipare, in quanto la previsione del citato art. 118, comma quarto, non pare lasciare dubbi circa la funzione di «iniziativa» ai medesimi riconosciuta, funzione che non può rimanere sulla carta, ma necessita di attuazione.

La partecipazione democratica alle decisioni della Pubblica Amministrazione è infine da promuovere anche su un piano ideale (etico e politico) perché porta nuova linfa alla democrazia, considerato il graduale allontanamento tra rappresentanti e rappresentati.

Un processo decisionale elaborato e condiviso lungo un percorso di dialogo fatto di proposte ragionate e argomentate non può che portare ad un provvedimento finale condiviso, comprensibile e soprattutto difendibile.

Occorre quindi indagare il tema della qualità della partecipazione per un pieno e fattivo coinvolgimento della società civile organizzata, che vada al di là della dimensione consultiva, per approdare ad una dimensione deliberativa, che presupponga con le istituzioni uno scambio di informazioni e proposte argomentate.

In questo, le associazioni e gli enti del Terzo Settore possono svolgere una funzione fondamentale, ovvero quella di riunire, filtrare e convogliare

<sup>10</sup> Il c.d. comportamento *DAD - Decide, Announce, Defend*. Si veda L. BOBBIO (a cura di), *A più voci. Amministrazioni pubbliche, imprese, associazioni e cittadini nei processi decisionali inclusivi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, p. 34. «L'amministrazione prende la decisione al chiuso, soltanto alla fine quando la scelta è consolidata la annuncia al pubblico, a questo punto si apre un vero proprio assalto alla diligenza e il proponente sarà costretto a difendere la scelta compiuta senza avere la possibilità di migliorarla o di metterla in discussione. La sindrome DAD è molto pericolosa, rischia di portare allo stallo, al muro contro muro».

verso le istituzioni gli apporti partecipativi frutto di dibattito interno all'organizzazione, eventualmente con l'aiuto di esperti.

Il Terzo Settore arricchisce così i procedimenti decisionali pubblici, intervenendo e suggerendo soluzioni spesso non a portata di mano della sola Amministrazione, e ciò grazie al suo patrimonio di esperienza e competenza ed alla capacità, a sua volta, di coinvolgere nel dialogo con le istituzioni anche esperti di comprovata esperienza in tutti i settori del *welfare*<sup>11</sup>.

E la ricchezza di tale partecipazione non può che fondarsi sul principio di democrazia come procedimento che porta a decidere, in esito ad un confronto paritario e costruttivo, tra più posizioni, argomentate e documentate, tra le quali selezionare la soluzione migliore.

La società civile è dunque chiamata a prendersi cura dell'interesse pubblico<sup>12</sup>, accanto alla Pubblica Amministrazione<sup>13</sup>, che non ne ha più il monopolio.

## 2. Più professionalità da parte di tutti

Per assecondare tale nuova rotta, tutti gli attori devono riorganizzarsi.

### 2.1 *La necessaria riorganizzazione della Pubblica Amministrazione: il dibattito pubblico quale strumento nuovo di amministrazione partecipata*

La possibilità di intervento del Terzo Settore in tutte le politiche pubbliche si declina anche nei momenti di coinvolgimento del medesimo da parte degli enti pubblici, dai procedimenti amministrativi alla pianificazione a livello regionale e locale ed in generale a tutte le scelte strategiche di rilevante impatto sul territorio<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> È infatti innegabile che tra cittadini singoli e amministrazione pubblica vi sia un problema di asimmetria informativa, che complica il dibattito o, addirittura neutralizza il contraddittorio.

<sup>12</sup> «Assegnando rilievo alla circostanza che l'attività degli enti del terzo settore è al servizio degli interessi generali, che oltrepassano i privati e i pubblici», si potrebbero mutuare i principi del diritto amministrativo per regolare procedimenti e attività in cui tale attività si articola, in particolare per quanto concerne i doveri di trasparenza ed imparzialità (si veda di L. ROVELLI, Presidente emerito della Corte di cassazione, la presentazione del libro di G. P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Cedam, 2019, tenuta presso l'Università di Genova il 16 dicembre 2019).

Coltivando anche il tema della giurisdizione, si potrebbe prendere a base l'art. 7, 2° comma, del Codice del Processo Amministrativo che stabilisce: «per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo» (A. FUSARO, intervento formulato alla presentazione del libro di G. P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, loc. cit., p. 15).

<sup>13</sup> Cfr. A. FUSARO, intervento formulato alla presentazione del libro di G. P. CIRILLO *Sistema istituzionale di diritto comune*, loc. cit.

<sup>14</sup> Il territorio è punto di partenza per ogni analisi seria dei bisogni, oltreché elemento chiave per la programmazione e la pianificazione dei servizi di interesse generale.

Con riferimento a tale ultimo aspetto, il legislatore ha individuato le scelte strategiche, limitando la discrezionalità delle Pubbliche Amministrazioni circa l'attivazione dei procedimenti di partecipazione<sup>15</sup>.

Gli enti territoriali sono chiamati a dotarsi di un regolamento sulla partecipazione, che definisca precisi obblighi di informazione con riferimento agli atti di prossima adozione e fissi le regole di partecipazione, da riservarsi anche ai cittadini singoli.

Infatti, conformemente a quanto stabilito dall'art. 6 della Convenzione di Aarhus<sup>16</sup>, i cittadini e gli enti del Terzo Settore devono poter intervenire in una fase nella quale sia ancora possibile incidere sul contenuto dell'atto da adottare. Solo in questo caso, il loro apporto avrà conseguenze effettive sull'atto finale, altrimenti sarà limitato dalla forma che l'atto adottato avrà già conseguito prima del dibattito.

Ad esempio le osservazioni che in base alla Legge Urbanistica del 1942 chiunque può presentare al piano urbanistico adottato, prima che questi venga approvato, non hanno funzione propositiva, in quanto le scelte fondamentali sono già state effettuate dall'Amministrazione.

Il Codice dell'Ambiente, invece, prevede il dibattito pubblico circa gli interventi rilevanti in materia ambientale sin dalle prime fasi del processo decisionale (come vedremo in seguito).

Negli ultimi anni hanno ricevuto impulso nuove forme di partecipazione alle decisioni delle istituzioni e ciò non solo in seguito all'introdu-

Circa l'importanza del concetto di territorio, non a caso, in materia urbanistica, non si parla più di Piani Regolatori bensì di Governo del territorio, da intendersi quale attività di pianificazione e coordinamento di tutte le attività incidenti sul territorio nelle diverse dimensioni, ambientali, insediative, paesaggistiche, per elaborare attraverso la pianificazione urbanistica un modello di sviluppo della comunità a 360 gradi.

Il collegamento con il territorio fonda il grado di rappresentatività degli enti del terzo settore.

<sup>15</sup> Ai sensi dell'art. 7 del Testo Unico sugli Enti Locali, «il comune e la provincia adottano regolamenti nelle materie di propria competenza ed in particolare per l'organizzazione e il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione».

<sup>16</sup> L'Italia ha ratificato la Convenzione ONU/ECE sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale ("la Convenzione di Aarhus") del 25 giugno 1998 con la legge n. 108/2001.

Nella Comunicazione della Commissione sull'accesso alla giustizia in materia ambientale, in *Gu-UE* n. C 275 del 18 agosto 2017, p. 1 ss., la Commissione europea ha fornito un'interpretazione della Convenzione alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'accesso alla giustizia nazionale in materia di ambiente, facendo riferimento ai Trattati europei ed al principio consolidato dell'effettività della tutela giurisdizionale, nonché all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

L'UE ed i suoi Stati membri figurano tra le 47 Parti contraenti della Convenzione, insieme con altri Paesi d'Europa e dell'Asia centrale.

In attuazione della direttiva n. 2003/4/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, concernente l'accesso del pubblico all'informazione ambientale, l'Italia ha emanato il decreto legislativo n. 195/2005.

zione del principio di solidarietà orizzontale nella nostra Carta Costituzionale, di cui all'art. 118, comma quarto.

A livello regionale e locale, sono entrate in vigore nuove procedure che prevedono il dialogo tra privati, singoli ed associati, e pubbliche istituzioni, secondo uno schema variamente disciplinato dal nostro ordinamento giuridico, caratterizzato da una accentuata pluralità di livelli di governo e regolazione.

Se il legislatore è intervenuto riconoscendo in istituti positivi il ruolo della partecipazione, occorre tuttavia che in concreto anche l'apparato amministrativo si riorganizzi per assolvere alle nuove funzioni di promozione, guida e coordinamento delle attività assicurate dalla società civile, tra cui la partecipazione ai processi decisionali.

Come dimostrano, invero, le varie forme di democrazia partecipativa, vi è il rischio che la partecipazione si areni nella sua effettiva attuazione di fronte alla scarsa capacità della Pubblica Amministrazione di ascoltare e recepire le indicazioni pervenute dalla società civile.

Viene dunque da chiedersi se e sino a che punto tale evoluzione normativa, in atto peraltro da vari anni, influisca sull'organizzazione della Pubblica Amministrazione, rendendo necessaria una sua riorganizzazione e una maggiore professionalizzazione dell'amministrazione medesima.

Si tratta dunque di una potenziale auspicabile occasione di modernizzazione del «pubblico» per "guidare" il «privato». Resta sempre infatti in capo al soggetto pubblico la scelta finale.

Per una vera valorizzazione delle risorse della società civile attraverso il coinvolgimento del Terzo Settore, l'amministrazione dovrebbe equipaggiarsi di nuove competenze per essere in grado di coltivare il dialogo non solo in fase consultiva, ma anche in quella deliberativa.

Tali nuove competenze porterebbero a formare le proprie scelte come sintesi delle proposte ricevute, eventualmente motivando ed argomentando quelle scelte che si discostino dalle soluzioni suggerite dai privati<sup>17</sup>.

Non basta infatti – come succede spesso – invocare la discrezionalità amministrativa per evitare di motivare i provvedimenti; è vero che gli atti generali e di pianificazione sono sottratti all'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della legge sul procedimento (la legge 241/1990<sup>18</sup>), ma ciò non

<sup>17</sup> La motivazione della decisione pubblica, anche ove non accolga le istanze del pubblico, dovrebbe rappresentare il punto di arrivo del dibattito pubblico, per cui in analogia con quanto previsto dall'art. 14 *bis* della legge n. 241/1990 in materia di conferenza di servizi preliminare, le relative determinazioni dovrebbero essere espresse «in modo chiaro ed analitico», specificando se «sono relative ad un vincolo derivante da una disposizione normativa o da un atto amministrativo generale ovvero discrezionalmente apposte per la miglior cura dell'interesse generale».

<sup>18</sup> Legge 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, in *Guri* n. 192 del 18 agosto 1990, entrata in vigore il 2 settembre 1990.

toglie che anche tali atti devono essere esenti dai vizi di illogicità ed incongruità e che un'adeguata argomentazione degli stessi in relazione anche agli elementi risultanti dalla partecipazione al procedimento di cittadini ed associazioni sarebbe già un principio di garanzia della loro congruità.

Per questo, tuttavia, è necessaria una maggiore professionalizzazione all'interno dei pubblici uffici.

## 2.2 *Cittadini informati ed organizzati*

Per un apporto partecipativo concreto ed effettivo, va da sé che i cittadini, in forma singola o organizzati in enti *non profit*, debbano essere informati ma anche informarsi, trovare degli spazi dedicati di partecipazione, ma anche dedicare tempo e risorse: in ottemperanza al dettato costituzionale, essi infatti sono chiamati ad agire, per questo, come sopra detto, si dovrebbe parlare di un diritto/dovere di partecipazione<sup>19 20</sup>.

<sup>19</sup> Di fronte alla frequente incapacità dell'amministrazione pubblica a recepire i contributi della società civile, le istanze partecipative della medesima vengono da alcuni ricondotte a «diritti di quarta generazione». Come tutti i diritti, il relativo esercizio coinvolge anche il principio di uguaglianza, nella misura in cui rappresenta una «via di accesso» al processo decisionale delle amministrazioni pubbliche, il che sembrerebbe legittimare i diritti partecipativi quali diritti sociali.

Cfr. A. VALASTRO, *Stato costituzionale, democrazia pluralista e partecipazione: quali diritti?*, in AA.VV., *Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 457 ss. È «nei diritti di partecipazione il punto di tenuta dell'intero sistema dei diritti sociali, la condizione e il punto di arrivo degli stessi: ciò appare tanto più vero ove si ponga mente al fatto che la partecipazione ai processi decisionali, fornendo al decisore informazioni sui bisogni dei destinatari, può contribuire a sua volta a migliorare la qualità delle politiche pubbliche, e dunque delle prestazioni previste a tutela dei singoli diritti sociali. Tutto ciò dovrebbe portare a riconoscere l'esistenza di un diritto sociale fondamentale avente a oggetto la realizzazione di processi decisionali inclusivi, ossia l'apprestamento di strumenti e garanzie volti a consentire e promuovere il coinvolgimento dei soggetti privati nella creazione delle regole; e il punto nodale della distinzione fra diritti partecipativi classici (democrazia rappresentativa) e nuovi diritti sociali di partecipazione (democrazia partecipativa) dovrebbe ravvisarsi nell'obbligo di intervento positivo che i secondi postulano in virtù del loro collegamento con l'art. 3, comma 2, Cost.». Il diritto di partecipazione ha, infatti, le caratteristiche del diritto sociale «(sotto due profili: per un verso, è un diritto condizionato dal momento che [...] il suo esercizio dipende dall'apprestamento di soluzioni organizzative per rendere possibili i comportamenti che contraddistinguono il contenuto del diritto stesso; per un altro verso, l'esercizio di questo diritto consente un apporto per la realizzazione di condizioni sociali migliori e risulta anche funzionale all'implementazione degli altri diritti, poiché è in grado di incidere sugli interessi forti distribuendo opportunità di azione tra la pluralità dei partecipanti portatori di interessi differenziati)», cfr. M. PICCHI, *Il diritto di partecipazione: note preliminari (per l'effettività dei diritti sociali)*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2012, p. 22.

<sup>20</sup> Come affermato dalla recentissima pronuncia dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2020, «La stessa Corte costituzionale, ancor di recente (sent. n. 20 del 21 febbraio 2019), ha rimarcato che il diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione, sul modello del c.d. FOIA (*Freedom of information act*), risponde a principi di pubblicità e trasparenza, riferiti non solo, quale principio democratico (art. 1 Cost.), a tutti gli aspetti rilevanti dalla vita pubblica e istituzionale, ma anche, ai sensi dell'art. 97 Cost., al buon funzionamento della pubblica amministrazione (v. anche sentt. n. 69 e n. 177 del 2018 nonché sent. n. 212 del 2017)».

Nel nostro ordinamento esiste un diritto di accesso agli atti delle pubbliche amministrazioni declinato in varie forme, ed i principi di trasparenza dell'azione procedimentale ed imparzialità sono autonomamente riconosciuti indipendentemente dalla partecipazione (vedi art. 15 del Trattato UE; artt. 41 e 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; art. 22, comma 2, della legge n. 241/1990).

L'art. 10 del TUEL si occupa del diritto di accesso civico ai documenti degli enti locali e dispone al suo terzo comma che «al fine di rendere effettiva la partecipazione dei cittadini all'attività dell'amministrazione, gli enti locali assicurano l'accesso alle strutture ed ai servizi agli enti, alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni». Già qui vi è una traccia abbastanza evidente della volontà del legislatore di approntare tutti gli strumenti necessari per consentire agli enti associativi di partecipare all'attività e alle politiche pubbliche.

Per quanto concerne l'informazione ambientale, stabilisce l'art. 3, comma 1, del dlgs n. 195/2005, che «l'autorità pubblica rende disponibile, secondo le disposizioni del presente decreto, l'informazione ambientale detenuta a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse».

Ai sensi del secondo comma dell'art. 5 del dlgs n. 33/2013<sup>21</sup>, proprio «allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis»<sup>22</sup>.

I soggetti passivi del diritto di accesso sono le Pubbliche Amministrazioni, le aziende autonome e speciali, gli enti pubblici ed i gestori di pubblici servizi, ma anche i privati limitatamente alla loro attività di pubblico interesse (art. 22, comma 1, lett. e. della legge n. 241/1990; art. 2 del DPR n. 184/2006).

<sup>21</sup> Così come sostituito dall'art. 6, comma 1, del decreto legislativo n. 97/2016.

<sup>22</sup> Sulla differenza tra l'accesso agli atti "classico" di cui alla legge n. 241/1990 e l'accesso civico generalizzato, cui si riferisce il decreto legislativo n. 33/2013, occorre segnalare la pronuncia della recentissima adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2020, in base alla quale «il bilanciamento (degli interessi in gioco) è, infatti, ben diverso nel caso dell'accesso previsto dalla l. n. 241 del 1990, dove la tutela può consentire un accesso più in profondità a dati pertinenti, e nel caso dell'accesso generalizzato, dove le esigenze di controllo diffuso del cittadino devono consentire un accesso meno in profondità (se del caso, in relazione all'operatività dei limiti), ma più esteso, avendo presente che l'accesso in questo caso comporta, di fatto, una larga conoscibilità (e diffusione) di dati, documenti e informazioni».

Segnalate alcune delle norme che riconoscono il diritto di accesso ai dati delle pubbliche amministrazioni ed il diritto a partecipare al dibattito pubblico, occorre porsi la questione se i singoli possano effettivamente agire idealmente "tutti" ed in modo individuale vista la mole di dati e la loro complessità (il *deficit* informativo o asimmetria informativa dei cittadini è uno dei problemi fondamentali di ogni forma di partecipazione)<sup>23</sup>.

È dunque indispensabile che il cittadino venga informato e si attivi per accedere agli atti che lo interessano, ma il «controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e (il compito) di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico» (cfr. il suddetto art. 5 del dlgs n. 33/2013) appaiono più concretamente assicurabili dai cittadini organizzati in associazioni.

Molto spesso, infatti le questioni dibattute sono complesse e non di immediata comprensione e gli enti non provvedono sempre ad un'adeguata informazione semplificata.

Professionisti, esperti, scienziati, ma anche dipendenti pubblici, possono contribuire all'interno delle associazioni a presentare ai propri consociati ed eventualmente all'esterno – ma in rappresentanza dell'associazione cui appartengono – agli altri cittadini gli elementi principali del dibattito. Solo così potranno porsi le basi per un dibattito effettivo e potrà farsi riferimento ad un concetto di responsabilità collettiva<sup>24</sup>.

Da tale necessaria premessa, consegue l'essenzialità dell'intervento degli enti del Terzo Settore, prima, durante la fase di partecipazione alla decisione pubblica (ed anche dopo, in fase di controllo dell'operato della Pubblica Amministrazione).

### 2.3 La riorganizzazione del Terzo Settore

Se, ai sensi dell'art. 3 della nostra Costituzione, la Repubblica si adopera perché «i lavoratori possano partecipare effettivamente all'organizza-

<sup>23</sup> Sotto un altro aspetto, il coinvolgimento di "tutti" gli interessati non pare concretamente possibile, per cui, per alcuni, la determinazione di chiare procedure di selezione ispirate al criterio della «massima inclusività» si rappresenta come l'unica soluzione.

La legge regionale Toscana n. 46/2013 per esempio ha scelto di attribuire un ruolo fondamentale all'Autorità garante per la partecipazione anche in relazione alla correttezza della modalità di selezione degli interessi coinvolti.

La partecipazione alle decisioni pubbliche viene così a declinarsi quale diritto di carattere procedurale, che necessita di specifiche regole per il suo esercizio. Si veda V. MANZETTI, *Il dibattito pubblico nel nuovo codice dei contratti*, reperibile sul sito internet [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 28 febbraio 2018, p. 17.

<sup>24</sup> Il passaggio da una «responsabilità singola e/o individuale» a una «responsabilità collettiva» ha l'obiettivo di accompagnare le istituzioni e le organizzazioni (pubbliche e private; *profit* e *non profit*) in un percorso di costruzione condivisa in cui le istanze economiche vengano coniugate con le attenzioni sociali e ambientali nell'ottica di uno sviluppo sostenibile.

zione politica, economica e sociale del Paese», l'art. 2 attribuisce alle formazioni sociali l'attitudine a sviluppare la personalità degli individui.

Il Terzo Settore, nelle sue varie forme, ha dunque ragione di essere una delle più evidenti espressioni della capacità auto-organizzativa della società, che auspichi di partecipare alle decisioni delle politiche pubbliche e, di conseguenza, all'organizzazione politica, economica e sociale dell'Italia.

L'art. 1 della legge 6 giugno 2016 n. 106 (Delega al Governo per la riforma del Terzo Settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale) stabiliva: «al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione, il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di riforma del Terzo Settore.

Per Terzo Settore si intende il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi.

Non fanno parte del Terzo Settore le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche».

Peculiare espressione della società civile, gli enti senza fini di lucro, si sono moltiplicati sin dalla fine degli anni Settanta nella realizzazione di attività di utilità sociale, affiancando lo Stato nella crisi del *welfare state*.

Diversi interventi normativi, scoordinati e a volte disorganici, hanno iniziato a proliferare sin dagli anni Novanta, prevedendo benefici fiscali, contributi pubblici, possibilità di stipulare convenzioni con la Pubblica Amministrazione per la gestione di servizi di pubblico interesse ecc.

Nel campo delle attività di interesse generale, richiamate dall'art. 1 ed elencate all'art. 5 del successivo decreto legislativo 117/2017<sup>25</sup>, il ruolo

<sup>25</sup> Il Codice raggruppa in un solo testo tutte le tipologie di enti del Terzo Settore: organizzazioni di volontariato; associazioni di promozione sociale; imprese sociali di cui al decreto legislativo 112/2017; enti filantropici; reti associative; società di mutuo soccorso; altri enti (associazioni riconosciute e non, fondazioni, enti privati senza scopo di lucro diversi dalle società).

Il Codice medesimo prevede inoltre l'obbligo per gli Enti del Terzo Settore di iscriversi nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore presso il Ministero delle Politiche Sociali, presso il quale dovrà essere istituito altresì il Consiglio nazionale del Terzo Settore, con compiti consultivi per l'armonizzazione legislativa dell'intera materia degli ETS.

delle formazioni sociali senza scopo di lucro è essenziale, rivestendo l'intervento diretto di Stato ed enti locali un carattere residuale, in base al già citato principio di sussidiarietà orizzontale<sup>26</sup>.

Grazie al suo patrimonio di esperienza e competenza ed alla capacità, a sua volta, di coinvolgere nel dialogo con le istituzioni anche esperti di comprovata esperienza in tutti i settori del *welfare*, il c.d. Terzo Settore ha potenzialmente tutti gli strumenti necessari per rendere concreta ed attuale la partecipazione dei cittadini alle politiche pubbliche.

Come abbiamo detto, non esiste solo una solidarietà del "fare"; gli enti del Terzo Settore sono necessari alla Pubblica Amministrazione anche in termini di acquisizione di *elementi utili alla conoscenza e alla valutazione* delle fattispecie.

Ad esempio, di recente – è dello scorso gennaio 2020 – il nuovo art. 4 *ter* delle Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale prevede che, con riferimento ai casi sottoposti al vaglio della Corte costituzionale, «entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta»<sup>27</sup>.

La Consulta, in linea con la prassi di molte Corti Supreme e costituzionali di altri Paesi, si apre così all'ascolto degli *amici curiae*.

Dunque, a maggior ragione, le amministrazioni locali devono promuovere e valorizzare l'apporto partecipativo dei singoli e degli enti del Terzo Settore, in un confronto continuo che assicuri altresì la verifica dell'attendibilità e credibilità dei medesimi; la trasparenza dell'amministrazione e degli enti del Terzo Settore verso i cittadini appaiono il mezzo più efficace per incoraggiare i cittadini europei a partecipare più attivamente alla vita democratica.

### **3. La partecipazione: da procedimentale a democratica**

#### *3.1 La partecipazione procedimentale*

Se, come abbiamo visto, la partecipazione dei cittadini viene incoraggiata dalla trasparenza nell'azione amministrativa, l'accessibilità di docu-

Con l'iscrizione al Registro gli ETS saranno tenuti all'osservanza di vari obblighi di democrazia interna, tra i quali la trasparenza nei bilanci, i rapporti di lavoro e gli stipendi, l'assicurazione dei volontari e la destinazione degli eventuali utili.

<sup>26</sup> L'art. 2 del decreto legislativo 117/2017 stabilisce che «il valore e la funzione sociale degli enti del Terzo settore, dell'associazionismo, dell'attività di volontariato e della cultura e pratica del dono quali espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo».

<sup>27</sup> Corte cost., delibera 8 gennaio 2020, recante modificazioni alle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale», in *Guri* n. 17 del 22 gennaio 2020.

menti ed atti amministrativi rappresenta per i cittadini la base insostituibile per conoscere dall'interno l'attività amministrativa e verificare, meglio se con l'ausilio delle competenze messe a disposizione dagli enti associativi, il perseguimento delle finalità istituzionali ed il controllo diffuso sull'operato delle istituzioni<sup>28</sup>.

Tuttavia l'autonoma iniziativa dei cittadini non si esaurisce in un controllo dell'operato dell'Amministrazione o solo in un "fare", essa si esplica anche nel dare impulso a progettualità nuove, attraverso i meccanismi della partecipazione alle scelte pubbliche.

Venendo alle modalità normativamente previste di partecipazione alle decisioni pubbliche, si possono distinguere principalmente tre forme di partecipazione: la partecipazione difensiva, la partecipazione collaborativa ed infine la partecipazione diffusa (detta anche democratica).

Le prime due possono essere raggruppate sotto l'etichetta di partecipazione procedimentale, che si configura come strumento di dialogo diretto tra società civile e istituzioni, da svolgersi tuttavia secondo procedure predeterminate e tipizzate a livello normativo.

È una forma di partecipazione accessibile anche al singolo cittadino in forma diretta e quindi anche al singolo ente del Terzo Settore, perché si basa sul riconoscimento del diritto di partecipare al procedimento di formazione del provvedimento ai portatori di interessi (in forma individuale o collettiva) che potrebbero essere incisi dal medesimo.

Non è garantita a chiunque, ma solo ai portatori di interessi.

Più nota come "legge sul procedimento", la legge n. 241/1990 dedica alla partecipazione dei cittadini al procedimento amministrativo il suo Capo terzo (artt. 7-13): esso costituisce il vero e proprio nucleo della legge generale sul procedimento amministrativo (finalizzato alla formazione dei provvedimenti), nella misura in cui per la prima volta i diritti partecipativi dei singoli sono stati riconosciuti e consacrati in istituti di diritto positivo.

La partecipazione assume innanzitutto un significato di garanzia e di difesa della posizione dei soggetti coinvolti dall'attività della Pubblica Amministrazione, nel rapporto spesso conflittuale tra parte pubblica e parte privata.

Mi riferisco all'art. 7, che prevede la partecipazione obbligatoria dei soggetti «nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti» ed al successivo art. 9 che dà facoltà di intervenire nel procedimento ai «portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento».

È dunque un principio fondamentale del nostro ordinamento, anche alla luce dell'art. 41 della Carta di Nizza, che i destinatari di un provvedi-

<sup>28</sup> Si veda l'art. 5 del decreto legislativo n. 33/2013.

mento amministrativo siano messi dall'Amministrazione in condizione di esporre le proprie ragioni prima che il provvedimento medesimo venga emanato.

Accanto a tale dimensione difensiva del diritto partecipativo, dottrina e giurisprudenza ravvisano una dimensione collaborativa, utile e necessaria all'Amministrazione per acquisire elementi conoscitivi nuovi, indispensabili per arricchire le proprie conoscenze relativamente all'oggetto del procedimento in corso e assumere una decisione più ponderata.

Quanto più l'attività istruttoria è ampia, tanto maggiori saranno le *chances* di una migliore ponderazione degli interessi in gioco (sia pubblici sia privati).

Ciò vale in particolare a maggior ragione per le scelte discrezionali (e vieppiù di pianificazione) della Pubblica Amministrazione, laddove è indispensabile elaborare soluzioni anche diverse tra loro, per poi effettuare una scelta ponderata.

In altri termini, «l'essenza della discrezionalità (Giannini) risiede nella "ponderazione" comparativa dei vari interessi secondari in ordine all'interesse pubblico al fine di assumere la determinazione concreta (...) L'insieme delle soluzioni ipotizzabili come compatibili con il principio di congruità in un caso determinato definisce il merito amministrativo (...) attribuito alla scelta esclusiva dell'amministrazione, la quale tra una pluralità di scelte così individuate, preferirà quella ritenuta più opportuna»<sup>29</sup>.

Altrettanto importante è il tema della partecipazione all'attività amministrativa che si realizza e sfocia nella conclusione di accordi tra la pubblica amministrazione ed il privato, ai sensi dell'art. 11, che possono sia integrare, sia sostituire il provvedimento finale (assimilabili per alcuni versi al contratto di diritto pubblico previsto dalla legge tedesca sul procedimento amministrativo)<sup>30</sup>.

Sono legittimati ad intervenire nel procedimento di formazione dei provvedimenti amministrativi non solo i singoli (che possono subire un pregiudizio dal provvedimento, purché siano individuati o facilmente individuabili, artt. 7 e 9), ma anche i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati (art. 9).

Allorché gli interessi diffusi sono fatti valere da un ente esponenziale, essi si definiscono come *interessi collettivi*.

<sup>29</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, p. 357, p. 358.

<sup>30</sup> Si veda P. GRAUSO, *Gli orientamenti giurisprudenziali sulla partecipazione dei privati al governo del territorio*, reperibile sul sito internet *Giustamm.it*, n. 5/2016. Il tema è stato trattato dal Consigliere del TAR Toscana Pierpaolo Grauso anche nell'intervento al convegno dell'associazione AGATIF (Associazione Giudici Amministrativi Tedeschi, Italiani e Francesi) tenutosi in Firenze il 2 ottobre 2019.

Ai sensi dell'art. 8 del TUEL, «i comuni, anche su base di quartiere o di frazione, valorizzano le libere forme associative e promuovono organismi di partecipazione popolare all'amministrazione locale. I rapporti di tali forme associative sono disciplinati dallo statuto»; numerosi sono gli strumenti e istituti di partecipazione ulteriori: consultazione, istanze, petizioni, proposte, *referendum*, azioni popolari, diritto di accesso e di informazione dei cittadini.

L'art. 13 della legge sul procedimento stabilisce in generale che le norme sulla partecipazione non si applicano ai procedimenti finalizzati alla formazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione (anche degli atti tributari)<sup>31</sup>, benché ormai sia chiaro che la partecipazione non è utile solo allorché occorra tutelare i propri interessi: essa assolve anche all'importante funzione di arricchire il quadro di elementi di cui dispone il soggetto pubblico al momento della decisione.

Per contro, la partecipazione anche in ordine alla formazione di atti generali, di pianificazione e programmatori, è prevista in campo ambientale (con la legge n. 108/2001 si è data attuazione alla Convenzione di Aarhus<sup>32</sup>), dal Codice degli Appalti in materia di grandi opere e, dalle norme regionali, in tema di governo del territorio.

Ai fini di un coinvolgimento effettivo del Terzo Settore nei processi decisionali pubblici, si è resa invero necessaria un'evoluzione del modello classico di partecipazione al procedimento come previsto dalla legge n. 241/1990 verso nuove tecniche partecipative<sup>33</sup> in grado di assicurare un dialogo diretto tra società civile ed istituzioni, in forma di contraddittorio.

<sup>31</sup> Il Consiglio di Stato aveva individuato la *ratio* di tale scelta (ad. pl. n. 7/1989) nell'esigenza di sottrarre «atti di vasta portata e di applicazione generalizzata» all'ingerenza costituita dalla partecipazione di molteplici soggetti.

Alcuni tra i procedimenti sottratti alla partecipazione dall'art. 13 della legge sul procedimento contemplano infatti scelte in grado di coinvolgere interessi diffusi ed interessi collettivi, la cui introduzione nel procedimento è tuttavia possibile attraverso l'intervento previsto dall'art. 9, quasi a voler distrarre la considerazione degli interessi collettivi dagli atti generali, pianificatori e programmatori, a quelli relativi agli atti applicativi.

Ma, al momento della formazione degli atti applicativi, tutte le scelte più importanti sono già state effettuate.

<sup>32</sup> La Convenzione di Aarhus garantisce al pubblico il diritto di accesso alle informazioni ambientali, la partecipazione ai procedimenti (compresi quelli di formazione di atti pianificatori, programmatori e di atti e regolamenti generali), ma anche l'accesso a strumenti di tutela giurisdizionale.

<sup>33</sup> Nell'ambito della trasformazione delle procedure di partecipazione alle decisioni pubbliche da una democrazia meramente rappresentativa (dove gli spazi di intervento per i cittadini sono estremamente ridotti) ad una democrazia partecipativa, il dibattito pubblico ne costituisce la più evidente e significativa rappresentazione.

La situazione che ha determinato questo mutamento di prospettiva, il segno dei cambiamenti che hanno caratterizzato le società moderne, in cui istanze e interessi diversi si sono venuti a contrapporre sfociando spesso in vere e proprie situazioni di "conflittualità" sociale che la politica non è stata in grado di risolvere, alimentando così nei cittadini una profonda sfiducia nei confronti delle istituzioni.

### 3.2 *La partecipazione diffusa o democratica*

Le figure di «istruttoria pubblica» e «dibattito pubblico» costituiscono nuovi canali di comunicazione tra istituzioni e cittadini, in forma singola o associata, previsti e promossi dalle leggi regionali e dai regolamenti locali.

Tramite forme di istruttoria pubblica ed aperta a tutti gli interessati, l'amministrazione può acquisire gli elementi rilevanti, particolarmente utili allorquando si tratti di procedimenti che debbano sfociare in atti generali<sup>34</sup>.

In questo caso, la partecipazione non è limitata solo ai portatori di interessi ovvero di un interesse differenziato, concreto, specifico e diretto, ma è aperta a chiunque, senza che sia necessaria la prova di un collegamento con il procedimento deliberativo.

Ne è un esempio il percorso strutturato di discussione pubblica.

Tanto più l'apporto partecipativo si rivelerà ricco, creativo ed originale, tanto più le istituzioni non potranno non tenerne conto nelle decisioni finali che si troveranno ad assumere.

Per tutelare e valorizzare gli apporti partecipativi della società civile, la decisione finale che eventualmente si discosti dalle conclusioni raggiunte nel processo partecipativo deve essere adeguatamente motivata e resa pubblica.

Affinché la discussione pubblica sia efficace nel raggiungimento dei propri scopi, occorrono regole certe (c.d. patto preventivo) e l'estensione della medesima sino alla fase valutativa (non si limiti quindi alla sola fase consultiva), realizzando in questo modo una vera e propria tracciabilità della partecipazione.

#### 3.2.1 *La partecipazione nel Codice dell'Ambiente*

In tema di accesso all'informazione, partecipazione dei cittadini e accesso alla giustizia in materia ambientale, l'Italia ha ratificato la Convenzione di Aarhus del 25 giugno 1998 (legge n. 108/2001).

In sostanza si è venuto a delineare un "circuito a catena" ove la crisi del sistema politico ha portato con sé la crisi del modello tradizionale di amministrazione, espressione stessa della democrazia rappresentativa, conducendo all'affermazione crescente di modelli di amministrazione condivisa per rispondere all'esigenza di una migliore qualità delle decisioni pubbliche in termini partecipativi.

<sup>34</sup> Inizialmente prevista dal testo elaborato dalla Commissione Nigro, l'istruttoria pubblica è stata poi espunta dalla versione definitiva della legge n. 241/1990, che ha mantenuto l'esclusione dei procedimenti formativi di atti generali all'applicazione della disciplina sulla partecipazione.

La possibilità di indire una inchiesta pubblica è riconosciuta alla Regione dall'art. 139 del dlgo n. 42/2004, nei procedimenti di formazione degli elenchi di beni ambientali ai fini della dichiarazione di notevole interesse pubblico, e, con riferimento alla procedura di Valutazione di Impatto Ambientale, dal dlgo n. 152/2006.

L'art. 6 della Convenzione assicura appunto la partecipazione del pubblico ai processi decisionali in materia ambientale; in sua attuazione vi è tutta la disciplina dettata dal Codice dell'ambiente (decreto legislativo 152/2006) per le procedure di valutazione ambientale strategica, valutazione di impatto ambientale e autorizzazione integrata ambientale, che prevedono meccanismi di consultazione di tutti i soggetti interessati.

Il decreto legislativo 152/2006, ovvero il Codice dell'Ambiente, prevede una varietà di strumenti partecipativi, a partire dalla «consultazione» del pubblico su piani e programmi che possono avere impatti significativi sull'ambiente e sul patrimonio culturale; chiunque può prendere visione della proposta di piano o programma e del relativo rapporto ambientale e presentare proprie osservazioni in forma scritta (artt. 14 e 24).

Ai fini della valutazione di impatto ambientale, la consultazione può assumere la forma dell'«inchiesta pubblica» (di cui all'art. 24 *bis*, introdotto dall'art. 13, comma 2, decreto legislativo n. 104 del 2017). Gli oneri dell'inchiesta sono a carico del soggetto che propone il progetto da approvare, si svolge nel termine di novanta giorni e si conclude con una relazione sui lavori svolti ed un giudizio sui risultati emersi, predisposti dall'autorità competente.

Il rilascio delle autorizzazioni integrate ambientali per l'esercizio di impianti soggetti al rispetto della normativa europea IPPC (Integrated Pollution Prevention and Control) deve essere preceduto dalla consultazione del pubblico, mettendo a disposizione tutti i documenti e gli atti del procedimento, con facoltà di presentare osservazioni scritte<sup>35</sup>.

### 3.2.2 *La partecipazione nel governo del territorio*

Veniamo ora a trattare della dimensione democratica della partecipazione in materia urbanistica, alla quale di recente la giurisprudenza ha riconosciuto ruolo importantissimo, che eccede quello tradizionale di «*zoning*» ovvero di suddivisione del territorio in zone alle quali ricollegare destinazioni d'uso ed indici edificatori.

Nell'esercitare i poteri di governo del territorio, le amministrazioni devono infatti tenere conto delle esigenze abitative della comunità di riferimento e della concreta vocazione dei luoghi, nel rispetto dei valori ambientali e paesaggistici, delle esigenze di tutela della salute e quindi della

<sup>35</sup> Nella materia ambientale, l'inchiesta pubblica era stata prevista sin dal primo recepimento della normativa europea sulla valutazione di impatto ambientale nel 1986 (art. 6 della legge n. 349/1986, istitutiva del Ministero dell'ambiente), e il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 dicembre 1988 ne aveva dettato le regole di svolgimento nell'ambito della procedura di approvazione dei progetti di centrali termoelettriche e turbogas.

vita salubre della popolazione, ma anche delle esigenze economico-sociali della comunità radicata sul territorio. Nel complesso, si tratta quindi di scelte amministrative relative al modello di sviluppo che si intende imprimere a un determinato territorio.

Per elaborare tale modello di sviluppo, l'acquisizione delle conoscenze necessarie per il miglior assetto possibile del territorio passa attraverso la partecipazione di tutti i soggetti interessati (singoli, portatori di interessi individuali, diffusi, collettivi) alla redazione del piano. Così facendo, i provvedimenti finali, ricevono una più completa legittimazione democratica ed al tempo stesso sono più specifici, più attenti alla realtà socio-economica che vanno a governare.

La partecipazione, ai sensi delle differenti normative adottate a livello regionale, avviene quindi in funzione di ausilio della pubblica amministrazione (per accrescerne l'efficacia) e di coinvolgimento preventivo della comunità interessata, restando in secondo piano la partecipazione con finalità difensive di tutela degli interessi individuali incisi dalla pianificazione.

A differenza delle diverse legislazioni regionali, la legislazione statale non prevede forme di partecipazione democratica basate sulla consultazione del pubblico; la legge urbanistica fondamentale del 1942 consente invece a «chiunque» di presentare osservazioni scritte, ma ciò solo quando lo strumento di pianificazione o di governo del territorio è stato già adottato, per cui le stesse non svolgono quel ruolo propulsivo e di legittimazione democratica che la partecipazione pubblica nella fase programmatica delle azioni di governo del territorio può rivestire.

La finalità della partecipazione diffusa è proprio quella di coniugare una pluralità di interessi pubblici e privati e di realizzare valori costituzionalmente garantiti (quelli espressi dagli artt. 9, comma secondo, 32, 42, 44, 47, comma secondo, Cost.), anche con consistenti effetti preventivi circa il contenzioso.

Pertanto sono le legislazioni regionali a prevedere forme di partecipazione diffusa e democratica<sup>36</sup> con presentazione di osservazioni scritte da parte dei cittadini fin dalla fase iniziale di presentazione e formazione del piano da adottare, «udienze pubbliche» per illustrare alla cittadinanza il progetto del piano urbanistico comunale, «laboratori di partecipazione» (urbani, di quartiere, territoriali), che possono riguardare anche le opere

<sup>36</sup> Va ricordato che, in termini generali, la Corte costituzionale ha da tempo chiarito (sentenza n. 379/2004) come il ricorso a forme di consultazione del corpo sociale e dei suoi organismi rappresentativi (ad esempio associazioni di cittadini) non costituisca un ostacolo alla funzionalità delle istituzioni regionali e che il riconoscimento dell'autonomia degli organi rappresentativi non venga affatto negato da una disciplina trasparente dei rapporti fra le istituzioni rappresentative e frazioni della c.d. società civile.

pubbliche, oltre che i piani urbanistici, con la creazione di apposite strutture che fanno capo ai «garanti» dell'informazione e della comunicazione, figure istituite con il compito di assicurare appunto la conoscenza da parte dei cittadini dei contenuti dei piani territoriali da approvare e dei relativi effetti anche paesaggistici<sup>37</sup>.

In aggiunta alle previsioni partecipative contenute nella legge urbanistica e nelle disposizioni di legge sulla valutazione di impatto ambientale, dal 2007 la Regione Toscana si è dotata altresì di specifiche norme sulla promozione della partecipazione democratica dei cittadini ai processi decisionali (leggi n. 69/2007 e n. 46/2013)<sup>38</sup>.

### 3.2.3 *La partecipazione in tema di opere pubbliche*

Ma è in tema di opere pubbliche che l'istituto del dibattito pubblico trova una delle sue applicazioni più auspicabili, più precisamente nell'art. 22, primo comma del Codice dei Contratti Pubblici di cui al decreto legislativo 50/2016: «le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblicano, nel proprio profilo del committente, i progetti di fattibilità relativi alle *grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio*, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse. I contributi e i resoconti sono pubblicati, con pari evidenza, unitamente ai documenti predisposti dall'amministrazione e relativi agli stessi lavori»<sup>39</sup>.

Ispirandosi al modello del *debat public* francese, viene programmata già in fase progettuale una consultazione pubblica delle possibili istanze e

<sup>37</sup> Questo è il caso, ad esempio, della Regione Toscana (legge regionale n. 65/2014), che prevede l'istituzione di un «garante dell'informazione e della partecipazione», che non può essere un componente delle assemblee elettive della Regione o degli enti locali (consigliere regionale, provinciale o comunale), né il progettista del piano territoriale da approvare, e neppure il responsabile del procedimento di approvazione del piano.

<sup>38</sup> Il legislatore toscano riconosce il diritto di partecipare alle politiche regionali e locali, e lo riconosce non soltanto ai cittadini, ma anche agli stranieri residenti e comunque a tutte le persone che lavorano, studiano o soggiornano nel territorio le quali hanno interesse al territorio stesso o all'oggetto del processo partecipativo. È istituita un'Autorità indipendente per la garanzia e la promozione della partecipazione, con il compito, fra l'altro, di indire il dibattito pubblico sulle grandi opere di iniziativa pubblica o privata che interessano il territorio regionale. Il dibattito pubblico viene previsto nella legge regionale toscana n. 65/2014 quale processo di informazione, confronto pubblico e partecipazione su opere, progetti o interventi che assumono una particolare rilevanza per la comunità regionale, in materia ambientale, territoriale, paesaggistica, sociale, culturale ed economica.

La legge prevede peraltro che gruppi di cittadini, ma anche gli enti locali o le istituzioni scolastiche o le imprese, possano chiedere all'Autorità l'ammissione di progetti partecipativi diversi dal dibattito pubblico, sempre in relazione a opere, progetti o interventi da realizzare nel territorio di riferimento.

<sup>39</sup> Corsivo aggiunto.

delle osservazioni delle comunità locali dei territori interessati dalla realizzazione di opere infrastrutturali strategiche.

Nelle intenzioni del legislatore, il dibattito pubblico veniva introdotto non già solo per ragioni di trasparenza, informazione e partecipazione democratica ai processi decisionali, ma anche quale strumento di confronto da collocare in una fase preliminare, a monte e in vista dell'inizio lavori, quale strumento di prevenzione di forme di contrasto alla realizzazione di opere pubbliche e di deflazione del successivo contenzioso.

Se queste erano le intenzioni del legislatore, forse il dpcm n. 76 del 10 maggio 2018, (Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico) rappresenta un piccolo passo indietro; esso, infatti, rischia di compromettere l'effettiva operatività di tale modalità partecipativa, fissando elevate soglie dimensionali delle opere per la sua applicazione.

Eppure, rispetto a tale rischio, il Consiglio di Stato si era già espresso in sede di parere reso sullo schema di decreto (parere n. 359 del 12 febbraio 2018), affermando con chiarezza che le soglie economiche fissate erano «di importo così elevato da finire per rendere, nella pratica, minimale il ricorso a tale istituto».

#### 3.2.4 *L'accesso alla giustizia*

Alla luce delle precedenti considerazioni, possiamo dire che vi è una tendenziale estensione a chiunque della legittimazione a partecipare ai procedimenti decisionali pubblici.

Lo stesso non può tuttavia dirsi per la legittimazione processuale, potendo formarsi una frattura tra titolarità dei diritti (in senso lato) partecipativi e loro giustiziabilità, il che potrebbe privare tali diritti di buona parte della loro effettività.

I singoli cittadini possono ricorrere in giudizio contro una decisione o una omissione della pubblica autorità che leda un loro diritto o interesse legittimo<sup>40</sup>, ma la loro azione sarà dichiarata inammissibile per difetto di legittimazione a ricorrere se non forniscono «un serio principio di prova del *vulnus* specifico inferito dagli atti impugnati alla loro sfera giuridica», ovvero di una «lesione specifica e differenziata», diversa da «un pregiudizio assimilabile a quello che qualsiasi cittadino potrebbe lamentare»<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> «Tra i diritti che possono essere violati figurano i diritti procedurali delle persone fisiche derivanti dal diritto ambientale dell'Unione (ad esempio il diritto di partecipazione del pubblico) e i diritti sostanziali conferiti alle medesime (ad esempio il diritto alla protezione della salute umana e il diritto di proprietà)», cfr. Comunicazione della Commissione sull'accesso alla giustizia in materia ambientale, *cit. supra*, nota 16, punto 2.3.1.

<sup>41</sup> Cfr. sentenza del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, 3 dicembre 2019, n. 224;

In radice, resta quindi sottratta al singolo la possibilità di ricorrere per la tutela dei c.d. «interessi diffusi, ossia adespoti, non consentita in via teorica a causa della mancata sussistenza del requisito della differenziazione che tradizionalmente qualifica la posizione giuridica di interesse legittimo» (cfr. adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 6/2020).

Il cittadino potrà, per esempio, adire il Giudice Amministrativo ove sia stato leso nei suoi diritti di informazione e partecipazione alle decisioni pubbliche in materia ambientale, ma non potrà adire il medesimo giudice per chiedere l'annullamento di un provvedimento lesivo dell'interesse ambientale, non potendo in questo caso vantare un interesse legittimo proprio.

Tipici esempi di interessi diffusi sono infatti l'interesse ambientale, quello alla salute, l'interesse dei consumatori e così via, ovvero interessi riferiti a collettività non determinate o determinabili di cittadini, a posizioni giuridiche che eccedono la sfera del singolo e attengono invece a beni della vita a fruizione collettiva.

La protezione di tali interessi viene allora assicurata sin dagli anni Settanta «attraverso il riconoscimento dell'esistenza di un interesse legittimo di natura collettiva imputabile ad un ente che, in forza del possesso di alcuni requisiti giurisprudenzialmente individuati (effettiva rappresentatività, finalità statutaria, stabilità e non occasionalità, in taluni casi collegamento con il territorio) diviene idoneo ad assumerne la titolarità» (adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 6/2020, par. 2.1): è questo il caso degli enti associativi.

Il legislatore è intervenuto per attribuire una legittimazione attiva *ex lege* a talune organizzazioni rappresentative di interessi superindividuali<sup>42</sup>.

È dunque agli enti associativi che – in esito ad una verifica della loro rappresentatività (effettuata *ex lege* per le associazioni riconosciute a livello nazionale o dal giudice, caso per caso, per le altre organizzazioni rappresentative) – può essere riconosciuta la legittimazione ad agire per la protezione dei suddetti interessi superindividuali<sup>43</sup>.

v. il commento di M. DELSIGNORE, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni ambientali: questioni aperte*, in *Riv. giur. ambiente*, 2020, p. 179 ss.

<sup>42</sup> Per quanto concerne le associazioni a tutela del consumatore e degli utenti, il dlgs n. 206/2005 riconosce *ex lege* la legittimazione ad agire a tutela degli «interessi collettivi» a quelle iscritte in un apposito elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale, istituito presso il Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato.

In base all'art. 4 della legge n. 180/2011 (c.d. Statuto delle Imprese), le associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale, regionale e provinciale sono legittimate ad impugnare gli atti amministrativi lesivi degli interessi diffusi.

In campo ambientale, la legge n. 349/1986 assegna *ex lege* in via speciale la legittimazione attiva a ricorrere alle associazioni ambientaliste nazionali e a quelle presenti in almeno cinque regioni individuate secondo precisi criteri dettati dal suo art. 13.

<sup>43</sup> Allorché gli interessi diffusi sono fatti valere da un ente esponenziale, essi si definiscono come interessi collettivi, ovvero interessi superindividuali «che fanno capo ad un gruppo

«Il riconoscimento, a favore delle associazioni ambientaliste, della legittimazione attiva nei giudizi dinnanzi all'AGO ed ai Giudici amministrativi serve a tutelare finalità di protezione dell'ambiente e del paesaggio che sono proprie dell'Amministrazione dello Stato. Tali finalità rappresentano una delle modalità di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale recepito ex art. 118, u.c., Cost.» (Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, sentenza n. 224/2019).

In linea con il ruolo che l'art. 2 Cost. assegna alle formazioni sociali, i cittadini, organizzati in enti associativi, sono dunque legittimati in tale forma ad agire per la tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali.

#### 4. Conclusioni

Trattandosi di materia in divenire, occorrerà andare per gradi verso una disciplina normativa sempre più attenta agli interessi partecipativi (visti i sostanziali vantaggi che la partecipazione concreta reca con sé, anche in termini di coesione ed inclusione sociale), tenendo tuttavia presente le esigenze di semplificazione amministrativa alle quali il nostro ordinamento è ispirato<sup>44</sup>.

Collocato nella fase preliminare dei processi decisionali pubblici, il dibattito pubblico rappresenta pur sempre un aggravamento della procedura, che si pone in contrasto con le esigenze di semplificazione e riduzione dei tempi del procedimento.

È dunque necessario che partecipazione e semplificazione rispondano al principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa, bilanciando gli interessi partecipativi con le suddette esigenze di semplificazione, che comunque informano l'azione amministrativa.

Se vogliamo conciliare partecipazione e semplificazione, come sopra ipotizzato, è realistico sostenere che la rappresentazione strutturata degli interessi partecipativi dei cittadini nel dibattito pubblico da parte delle associazioni e degli enti del Terzo Settore sia la soluzione allo stato più ragionevole, anche sotto questo profilo.

organizzato, onde il carattere della personalità e della differenziazione, necessario per qualificarli come legittimi e per aprire la via alla tutela davanti al giudice amministrativo, potrebbe più facilmente essere rinvenuto, sostituendo al tradizionale soggetto atomisticamente inteso, il gruppo, soggetto al quale gli interessi sono comunque riferibili» (E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. supra, nota 29, p. 300).

<sup>44</sup> «D'altro lato, e allo stesso tempo, neppure può essere sopravvalutato il ruolo "democratico" degli organismi portatori di interessi collettivi, dovendosi sfuggire al rischio che, in definitiva, ad emergere non siano gli interessi meritevoli di maggiore tutela, ma quelli che presentano la più forte capacità aggregativa e organizzativa», cfr. P. GRAUSO, *Gli orientamenti giurisprudenziali sulla partecipazione dei privati al governo del territorio*, cit. supra, nota 30.

Detto questo, la motivazione della decisione finale da parte dell'amministrazione in relazione agli apporti partecipativi<sup>45</sup> ricevuti in sede di dibattito rivestirà anche l'ulteriore ed insostituibile funzione di dare atto di come sono state ponderate le suddette opposte esigenze di partecipazione e celerità del procedimento.

Se dunque la motivazione della decisione finale è il punto di arrivo di tutto il processo decisionale, un'ulteriore questione aperta resta quella concernente la tutela dei soggetti della procedura partecipativa avverso la mancata o inadeguata valutazione dei contributi forniti al dibattito pubblico.

Ad avviso di chi scrive, ci sono tutti i presupposti perché i partecipanti (singoli o in forma associata) possano adire il giudice amministrativo per ottenere l'annullamento di tutte le determinazioni finali che manchino di motivazione o contengano una motivazione comunque inadeguata con riferimento ai contributi di partecipazione ricevuti: il dibattito pubblico precede infatti decisioni pubbliche ad alta discrezionalità e non provvedimenti vincolati, ed è solo attraverso l'esame della motivazione che il Giudice può ricostruire l'*iter* logico-giuridico che ha portato ad una determinata decisione per valutarne la congruità e la logicità.

Anche sotto tale aspetto, la partecipazione al procedimento di cittadini organizzati in enti associativi del Terzo Settore fornisce un'ulteriore garanzia dell'effettività della tutela.

Come di recente ribadito dal Consiglio di Stato nell'adunanza plenaria n. 6/2020, «gli enti associativi esponenziali, iscritti nello speciale elenco delle associazioni di utenti o consumatori oppure in possesso dei requisiti individuati dalla giurisprudenza, sono legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, e in particolare l'azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, indipendentemente da un'espressa previsione di legge in tal senso»<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Gli apporti partecipativi di cittadini e associazioni possono essere lette come pareri obbligatori non vincolanti, per discostarsi dai quali occorre fornire una motivazione.

<sup>46</sup> Se così non fosse, l'esigenza di protezione giuridica degli interessi diffusi che rinvia le sue basi nella Costituzione (cfr. artt. 2 e 118) sarebbe contraddetta. La fonte della legittimazione ad esperire azioni a livello giurisdizionale da parte dell'associazione rappresentativa di categoria viene rinvenuta «in un giudizio di individuazione e selezione degli interessi da proteggere, nonché nella rigorosa verifica della rappresentatività del soggetto collettivo che ne promuove la tutela».

Ed ancora, «la cura dell'interesse pubblico, cui l'attribuzione del potere è strumentale (...) vale anche a dare rilievo, a prescindere da espliciti riferimenti normativi, a posizioni giuridiche che eccedono la sfera del singolo e attengono invece a beni della vita a fruizione collettiva della cui tutela un'associazione si faccia promotrice sulla base dei criteri giurisprudenziali della rappresentatività, del collegamento territoriale e della non occasionalità» (Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza n. 6 del 20 febbraio 2020).

La citata rappresentatività strutturata delle associazioni, intese come organizzazioni di cittadini, preferibilmente specializzate, è potenzialmente in grado di risolvere anche la questione sollevata circa la problematica della eccessiva "polverizzazione" del dibattito o di «ingestibilità dei lavori delle conferenze nelle sedi dove il dibattito va gestito» (da cui il Consiglio di Stato metteva in guardia il legislatore in punto di legittimazione a ricorrere da parte del singolo cittadino o dei «comitati-polvere» sorti *ad hoc* solo con riferimento all'intervento oggetto del dibattito pubblico)<sup>47</sup>.

Questo il quadro normativo in costruzione, che, pur muovendo in continuità con il passato, può essere azionato dagli enti del Terzo Settore per incrementare le occasioni di partecipazione democratica alle decisioni pubbliche, facendo leva sul proprio grado di rappresentatività, sul collegamento con il territorio e sulle previsioni statutarie che specificano adeguatamente le finalità di ciascun ente, per il quale tuttavia a sua volta la credibilità e la trasparenza saranno armi insostituibili per convincere i cittadini e le istituzioni.

**Patrizia Quaia\***

#### SINTESI

La partecipazione di cittadini ed associazioni all'elaborazione delle decisioni pubbliche, unitamente alla promozione delle iniziative dei medesimi per lo svolgimento di attività di interesse generale, rafforzano la coesione sociale e possono portare nuova linfa alla democrazia dello Stato, nel rispetto dei principi di semplificazione e buon andamento della Pubblica Amministrazione, in un quadro normativo coerente con i valori costituzionali nazionali ed europei ed in continua evoluzione.

#### ABSTRACT

*The participation of citizens and associations in the elaboration of public decisions, together with the promotion of their initiatives for carrying out activities of general interest, strengthens social cohesion and can bring new life to the democracy of the State, in compliance with the principles of simplification and good performance of the Public Administration, in a regulatory framework consistent with national and European constitutional values and in constant evolution.*

<sup>47</sup> Si veda parere reso dal Consiglio di Stato sullo schema del Codice dei Contratti Pubblici, n. 855/2016.

\* Avvocato / Foro di Milano



# GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

---

## I. SENTENZE E COMMENTI

**DIRITTO ALLA VITA FAMILIARE: LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SUL RICONGIUNGIMENTO FAMILIARE TRA UN CITTADINO DELL'UNIONE CHE NON HA MAI ESERCITATO LA PROPRIA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E UN CITTADINO DI UNO STATO TERZO E DICHIARA CHE GLI OBBLIGHI DERIVANTI DAL MATRIMONIO SECONDO IL DIRITTO DELLO STATO MEMBRO DI PROVENIENZA DEL CITTADINO DELL'UNIONE NON GIUSTIFICANO LA CONCESSIONE DI UN DIRITTO ACCESSORIO DI SOGGIORNO AL FAMILIARE STRANIERO**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18\***

Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 20 TFUE - Cittadinanza dell'Unione - Art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione - Diritto al rispetto della vita privata e familiare - Domanda di ricongiungimento familiare presentata da un cittadino di uno Stato terzo coniuge di un cittadino dello Stato membro che non si avvale**

\* EU:C:2020:119. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). In argomento v. *infra*, p. 245 ss., il commento di *FEDERICO FORNI*.

**della libertà di circolazione - Rigetto - Irrilevanza delle fonti delle risorse economiche - Obbligo di convivenza dei coniugi - Insussistenza di un rapporto di dipendenza.**

*1. L'art. 20 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a che uno Stato membro respinga una domanda di ricongiungimento familiare introdotta dal cittadino di uno Stato terzo, coniuge di un cittadino dell'Unione europea che possiede la cittadinanza di detto Stato membro e che non ha mai esercitato la sua libertà di circolazione, in base all'unico rilievo secondo cui detto cittadino dell'Unione non dispone, per se stesso e per il coniuge, di risorse sufficienti per non divenire un onere per il sistema nazionale di previdenza sociale, senza che si sia esaminato se sussiste, tra detto cittadino dell'Unione e il coniuge, un rapporto di dipendenza di natura tale che, in caso di diniego della concessione di un diritto di soggiorno derivato a quest'ultimo, lo stesso cittadino dell'Unione sarebbe costretto a lasciare il territorio dell'Unione europea complessivamente considerato e sarebbe in tal modo privato del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti conferiti dal suo status.*

*2. L'art. 20 TFUE deve essere interpretato nel senso che non sussiste un rapporto di dipendenza, tale da giustificare la concessione di un diritto di soggiorno derivato ai sensi di detto articolo, per la sola ragione che il cittadino di uno Stato membro, di maggiore età e che non abbia mai esercitato la propria libertà di circolazione, e il coniuge, di maggiore età e cittadino di un Paese terzo, sono tenuti alla convivenza, in forza degli obblighi derivanti dal matrimonio secondo il diritto dello Stato membro di provenienza del cittadino dell'Unione europea.*

## **L'OBBLIGO DI CONVIVENZA DERIVANTE DAL MATRIMONIO NON COSTITUISCE UN MOTIVO CHE GIUSTIFICHI LA CONCESSIONE DI UN DIRITTO DI SOGGIORNO DERIVATO AI SENSI DELL'ART. 20 TFUE\***

**Sommario:** *Introduzione - 1. I fatti del caso Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH (causa n. C-836/18) - 2. Le osservazioni preliminari sulla competenza della Corte - 3. Sull'insufficienza delle risorse economiche - 4. Sulla valutazione del rapporto di dipendenza - 5. Sull'obbligo di convivenza dei coniugi - 6. Conclusioni.*

### **Introduzione**

Sebbene il diritto alla vita familiare, contenuto in molte convenzioni internazionali<sup>1</sup> e regionali<sup>2</sup>, abbracci anche il diritto all'unità della fami-

\* Le opinioni espresse in questo commento sono da attribuire esclusivamente all'A. e non impegnano in alcun modo la responsabilità della Commissione europea.

<sup>1</sup> UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS, United Nations General Assembly Resolution 217 A (III), 10 December 1948, art. 16, par. 3: «The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State»; INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS, United Nations General Assembly Resolution 2200 A (XXI), 16 December 1966, art. 23, par. 1: «The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State».

<sup>2</sup> AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (Pact of San José), Organization of American States (OAS), Treaty Series No. 35, 22 November 1969, art. 17, par. 1: «The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State»; AFRICAN CHARTER ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS (Banjul Charter), 1<sup>st</sup> June 1981, 21 ILM 58, 1982, art. 18, par. 1: «The family shall be the natural unit and basis of society. It shall be protected by the State which shall take care of its physical and moral health»; EUROPEAN SOCIAL CHARTER (revised), ETS No. 163, 3 May 1996, art. 16: «With a view to ensuring the necessary conditions for the full development of the family, which is a fundamental unit of society, the Parties undertake to promote the economic, legal and social protection of family life by such means as social and family benefits, fiscal arrangements, provision of family housing, benefits for the newly married and other appropriate means».

glia<sup>3</sup>, non sempre è consentito all'immigrato di farsi accompagnare dai componenti del proprio nucleo familiare dal momento che le norme internazionali riconoscono agli Stati il controllo sull'ammissione e sulla permanenza degli stranieri nel loro territorio<sup>4</sup>. Quest'ultima precisazione riduce il ricongiungimento familiare ad una dichiarazione di principio ponendo in secondo piano le prerogative proprie di un diritto come sintetizzato dal titolo scelto da un commentatore per un paragrafo di un suo contributo («Family reunification in international law: a principle rather than a right»<sup>5</sup>).

Al momento della nascita della Comunità economica europea, ogni Stato aveva dunque il potere di attuare la politica sull'accesso e sul soggiorno sul proprio suolo di cittadini di altri Paesi che riteneva più consona agli interessi nazionali. Di conseguenza, le norme tendevano generalmente a limitare il flusso migratorio ai soli lavoratori indispensabili a sopperire ai bisogni del mondo produttivo consentendone il soggiorno per il periodo strettamente necessario a tale scopo. In altri termini, la manodopera immigrante era intesa come uno dei mezzi idonei a sviluppare e rafforzare il benessere della società nazionale<sup>6</sup>.

In tale contesto storico non sorprende che il Trattato costitutivo escludesse dal diritto di libera circolazione i cittadini degli Stati membri che non intendessero svolgere attività lavorative nel Paese ospitante<sup>7</sup>. Pochi

<sup>3</sup> UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE (HRC), CCPR General Comment No. 19 on Article 23 (The Family) Protection of the Family, the Right to Marriage and Equality of the Spouses, 27 July 1990, adopted at the Thirty-ninth session of the Human Rights Committee, on 27 July 1990, p. 2, par. 5, reperibile sul sito <https://www.refworld.org/docid/45139bd74.html>; INTERNATIONAL CONVENTION ON THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF ALL MIGRANT WORKERS AND MEMBERS OF THEIR FAMILIES, adopted by General Assembly resolution 45/158 of 18 December 1990, art. 44, par. 2; INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO), C143 - Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No. 143); COUNCIL OF EUROPE, European Convention on the Legal Status of Migrant Workers, ETS No. 93, Strasbourg, 24 November 1977, art. 12. In dottrina si veda *ex multis* K. JASTRAME - K. NEWLAND, *Family Unity and Refugee Protection*, in E. FELLER - V. TÜRCH e F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 556.

<sup>4</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Judgment 28 May 1985, *Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, Application No. 9474/81, par. 67: «the Court cannot ignore that the present case is concerned not only with family life but also with immigration and that, as a matter of well established international law and subject to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory».

<sup>5</sup> A. JOHN, *Family reunification for migrants and refugees: a forgotten human right*, M.A. Thesis. Human Rights Centre, University of Coimbra, p. 6, reperibile sul sito <http://www.igc.fd.uc.pt/data/fileBIB2017724164832.pdf>.

<sup>6</sup> A. P. VAN DER MEI, *Free Movement of Persons Within the European Community: Cross-border Access to Public Benefits*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2003, p. 10.

<sup>7</sup> Trattato che istituisce la Comunità economica europea, Roma, 25 marzo 1957, art. 48, par. 1: «La libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità è assicurata al più tardi al termine del periodo transitorio».

anni dopo, tuttavia, il Regolamento n. 15 del 1961<sup>8</sup> riconobbe il diritto di essere raggiunto dai propri congiunti al cittadino di uno Stato membro residente per motivi di lavoro in un secondo Stato membro identificando come fondamentale il ruolo svolto dalla famiglia nell'attuazione della libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'allora Comunità.

Il «regolamento mira[va] a favorire in primo luogo l'impiego (...) negli Stati membri aventi necessità insoddisfatte di manodopera» (*considerando* n. 7). Per raggiungere tale scopo, «[o]gni cittadino di uno Stato membro [...] fu] autorizzato ad occupare un impiego subordinato sul territorio di un altro Stato membro, qualora per il posto vacante non [...] fosse] disponibile nessun lavoratore idoneo tra la manodopera appartenente al mercato regolare del lavoro dell'altro Stato membro» (art. 1, par. 1). Appare dunque evidente che la decisione di consentire gli spostamenti intracomunitari anche al «coniuge e [a]i figli minori di ventun anni di un lavoratore cittadino di uno Stato membro» (art. 11, par. 1) fosse suggerita innanzitutto dalla necessità di realizzare il mercato unico<sup>9</sup> e non fosse dettata da ragioni umanitarie. In altre parole, la disposizione tendeva ad evitare che l'impossibilità di convivere in un secondo Stato membro con la propria famiglia dissuadesse il lavoratore dall'esercitare il diritto alla libertà di circolazione e costituisse, di riflesso, una sorta di freno allo sviluppo economico della nascente Comunità. L'obiettivo di accrescere il benessere negli Stati membri indusse a reputare i problemi demografici o abitativi connessi con la migrazione del nucleo familiare trascurabili rispetto alle conseguenze derivanti dal possibile ostacolo alla mobilità transfrontaliera della manodopera<sup>10</sup>. Il punto focale del ragionamento può essere ricondotto alla più recente osservazione secondo cui «la presenza della famiglia può aiutare un lavoratore ad inserirsi nello Stato ospitante e quindi contribuire ad affermare la libera circolazione»<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Regolamento n. 15 relativo ai primi provvedimenti per l'attuazione della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in *Guce* n. 57 del 26 agosto 1961, p. 1073 ss.

<sup>9</sup> C. BERNERI, *Family Reunification in the EU: The Movement and Residence Rights of Third Country National Family Members of EU Citizens*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2017, p. 7 e la bibliografia ivi presente.

<sup>10</sup> Si veda Com(60)85, Annex III: «However, serious the problems of family migration, resulting from the demographical or housing situation may be, they are certainly less serious than the disadvantages resulting from the separation of the family members», citato da K. GROENENDIJK, *Family Reunification as a Right in Community Law*, in *European Journal of Migration and Law*, vol. 8, 2006, p. 215.

<sup>11</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston presentate il 12 dicembre 2013 in causa n. C-456/12, *O. c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel e Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel c. B.*, punto 46, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2014, EU:C:2013:837.

Circa un decennio dopo, il Regolamento (Cee) n. 1612/68<sup>12</sup> esplicitava più chiaramente l'intento del ricongiungimento familiare ricordando che «il diritto di libera circolazione richiede [...] che siano eliminati gli ostacoli che si oppongono alla mobilità dei lavoratori, specie per quanto riguarda il diritto per il lavoratore di farsi raggiungere dalla famiglia» (*considerando* n. 5) includendo ancora nella nozione di lavoratore solo coloro che svolgevano un'attività subordinata (art. 1, par. 1). L'art. 10 di tale Regolamento, riprendendo l'art. 17 del Regolamento (Cee) n. 38/64<sup>13</sup>, consentiva, oltre al coniuge e ai figli minori di ventun anni, anche ai figli maggiorenni (par. 1, lett. *a.*), agli ascendenti (par. 1, lett. *b.*) ed a ogni altro membro della famiglia (par. 2), purché fosse a carico<sup>14</sup>, «di stabilirsi con il lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato sul territorio di un altro Stato membro». Affinché la famiglia potesse riunirsi sotto un unico tetto, entrambi i Regolamenti esigevano la disponibilità di un alloggio conforme agli *standard* di quelli occupati dai lavoratori nazionali<sup>15</sup> (par. 2) allo scopo di scongiurare l'insorgere di situazioni di disagio abitativo. Il Regolamento (Cee) n. 1612/68 intendeva, infatti, evitare che si creassero scenari caratterizzati da criticità sociali per la cui risoluzione lo Stato membro ospitante dovesse sobbarcarsi interventi economicamente onerosi.

<sup>12</sup> Regolamento (Cee) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in *Guce* n. L 257 del 19 ottobre 1968, p. 2 ss.

<sup>13</sup> Art. 17 del Regolamento (Cee) n. 38/64/Cee del Consiglio, del 25 marzo 1964, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, in *Guce* n. 62 del 17 aprile 1964, p. 965 ss.

<sup>14</sup> La nozione di «familiare a carico» è stata formulata nella sentenza della Corte di giustizia del 5 settembre 2012 in causa n. C-83/11, *Secretary of State for the Home Department c. Muhammad Sazzadur Rahman, Fazly Rabby Islam, Mohibullah Rahman*, punto 33, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2012, EU:C:2012:519 («La situazione di dipendenza deve invece sussistere, nel paese di provenienza del familiare interessato, nel momento in cui egli chiede di raggiungere il cittadino dell'Unione di cui è a carico»). Tuttavia, sebbene «la qualità di familiare "a carico" del titolare risulta da una situazione di fatto caratterizzata dalla circostanza che il sostegno materiale del familiare è garantito dal titolare del diritto di soggiorno», un «cittadino minorenni in tenera età di uno Stato membro coperto da un'adeguata assicurazione malattia ed a carico di un genitore [può godere di] un diritto di soggiorno a durata indeterminata sul territorio» dello Stato membro ospitante (sentenza della Corte di giustizia del 19 ottobre 2004 in causa n. C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu e Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, punti 43 e 47, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9925, EU:C:2004:639, annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 89).

<sup>15</sup> L'art. 10, par. 3, del Regolamento (Cee) n. 1612/68, richiedeva la disponibilità di «un alloggio che sia considerato normale per i lavoratori nazionali nella regione in cui è occupato». Il vago concetto di "normale" è stato concretizzato nella normativa italiana dall'art. 29, comma 3, lett. *a.*, del dlgs n. 286 del 25 luglio 1998, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, in *Guri* n. 191 del 18 agosto 1998, *suppl. ord.*, che attualmente richiede la disponibilità «di un alloggio conforme ai requisiti igienico-sanitari, nonché di idoneità abitativa, accertati dai competenti uffici comunali», come modificato dalla l. n. 94 del 15 luglio 2009.

Il Regolamento (Cee) n. 1251/70<sup>16</sup>, affermando che «il diritto di soggiorno acquisito dai lavoratori in attività ha per corollario il diritto riconosciuto dal trattato a detti lavoratori di rimanere sul territorio di uno Stato membro dopo avervi occupato un impiego» (*considerando* n. 1), ha assicurato anche ai familiari la possibilità di continuare a risiedervi stabilmente anche dopo che il loro congiunto avesse raggiunto l'età pensionabile, fosse stato dichiarato permanentemente inabile al lavoro o dopo il suo decesso (art. 3).

Il mutamento della sensibilità collettiva ha in seguito allargato il ricongiungimento, un tempo esclusivamente riservato ai membri della famiglia tradizionale (coniuge, figli e ascendenti del cittadino o del coniuge purché a carico), anche al «partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante»<sup>17</sup> recependo nell'ordinamento quanto auspicato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Grant*<sup>18</sup>.

I provvedimenti legislativi e giurisprudenziali hanno in pratica riconosciuto un diritto di natura funzionale il quale, sorto per facilitare la libera circolazione del lavoratore subordinato, è stato in un secondo tempo allargato ai cittadini degli Stati membri che intendessero esercitare un'attività autonoma in un secondo Paese dell'Unione<sup>19</sup>. Il legislatore europeo ha successivamente esteso tale diritto agli studenti<sup>20</sup>, alle persone che avevano

<sup>16</sup> Regolamento (Cee) n. 1251/70 della Commissione, del 29 giugno 1970, relativo al diritto dei lavoratori di rimanere sul territorio di uno Stato membro dopo aver occupato un impiego, in *Guce* n. L 142 del 30 giugno 1970, p. 24 ss.

<sup>17</sup> Direttiva n. 2004/38/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (Cee) n. 1612/68 ed abroga le direttive n. 64/221/Cee, n. 68/360/Cee, n. 72/194/Cee, n. 73/148/Cee, n. 75/34/Cee, n. 75/35/Cee, n. 90/364/Cee, n. 90/365/Cee e n. 93/96/Cee, in *Guce* n. L 158 del 30 aprile 2004, p. 77 ss. Sulla direttiva cfr. L. TRIFONE, *La libera circolazione dei lavoratori ed il limite dell'ordine pubblico nella nuova direttiva n. 2004/38*, in questa *Rivista*, 2005, p. 7 ss.

<sup>18</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 1998 in causa n. C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd.*, punto 48, in *Raccolta*, 1998, I, p. 638, EU:C:1998:63, con commenti di E. ADOBATI, *Non sono ammesse agevolazioni di viaggio a favore di conviventi dello stesso sesso*, in questa *Rivista*, 1998, p. 608, e di P. PALLARO, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, in questa *Rivista*, 1998, p. 609 ss.

<sup>19</sup> Direttiva n. 73/148/Cee del Consiglio, del 21 maggio 1973, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati Membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi, in *Guce* n. L 172 del 28 giugno 1973, p. 14 ss.

<sup>20</sup> Direttiva n. 93/96/Cee del Consiglio, del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti, in *Guce* n. L 317 del 18 dicembre 1993, p. 59 ss. L'art. 2, par. 2, di questo atto comunitario stabiliva che gli studenti potevano farsi accompagnare o raggiungere solo dal coniuge e dai figli a carico.

terminato la propria attività lavorativa<sup>21</sup> e a tutti coloro che non erano occupati<sup>22</sup>. Infine, l'introduzione della cittadinanza europea ad opera del Trattato di Maastricht ha definitivamente svincolato la libertà di movimento e soggiorno dall'impostazione economica originaria. L'insieme di questi provvedimenti, che ampliavano le categorie dei soggetti destinatari del diritto di soggiorno<sup>23</sup>, ha conseguentemente dilatato il numero delle persone ammesse al ricongiungimento familiare.

Tuttavia, il diritto comunitario non prevedeva ancora norme che consentissero il ricongiungimento familiare per i cittadini di Paesi terzi che non fossero familiari di un cittadino dell'Unione. La mancanza di una base giuridica finalizzata a tale scopo fu colmata con il Trattato di Amsterdam (entrato in vigore il 1° maggio 1999)<sup>24</sup> consentendo l'emanazione della direttiva n. 2003/86/Ce<sup>25</sup> che riconosce il diritto all'unità familiare nello Stato membro ospitante anche ai cittadini di Paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio dell'Unione escludendo, ovviamente, dall'ambito di applicazione i membri delle famiglie dei cittadini europei (art. 3, par. 3).

«Per superare [...] il] carattere settoriale e frammentario delle norme concernenti il diritto di libera circolazione e soggiorno» (*considerando* n. 4), la variegata normativa in materia relativa ai cittadini Ue è confluita nell'attuale direttiva n. 2004/38/Ce la quale conferisce pari dignità a tutte le categorie di persone (attivi, inattivi e pensionati)<sup>26</sup> assicurando, dopo aver «soggiornato legalmente ed in via continuativa per cinque anni nello Stato membro ospitante» (art. 16, par. 1), un diritto permanente a loro e ai loro familiari, indipendentemente dalla nazionalità di questi ultimi. La di-

<sup>21</sup> Direttiva n. 90/365/Cee del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale, in *Guce* n. L 180 del 13 luglio 1990, p. 28 ss.

<sup>22</sup> Direttiva n. 90/364/Cee del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno, in *Guce* n. L 180 del 13 luglio 1990, p. 26 ss.

<sup>23</sup> Sulla problematica degli individui che potevano invocare le libertà di movimento all'epoca delle tre direttive e dell'introduzione della cittadinanza dell'Unione si veda in dottrina L. S. ROSSI, *I beneficiari della libera circolazione delle persone nella giurisprudenza comunitaria*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 105 ss.

<sup>24</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comunitaria in materia di immigrazione, Com(2000)757 def., Bruxelles, 22 novembre 2000, p. 5, par. 1: «[c]on l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam si è chiaramente stabilita la competenza della Comunità in materie di immigrazione e asilo».

<sup>25</sup> Direttiva n. 2003/86/Ce del Consiglio del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, in *Gu-Ue* n. L 25 del 3 ottobre 2003, p. 12 ss.

<sup>26</sup> COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sul seguito riservato alle raccomandazioni del gruppo ad alto livello sulla libera circolazione delle persone, Bruxelles, 1° luglio 1998, Com(98)403 def., p. 2 («la Commissione ritiene che sia necessario ravvicinare lo *status* giuridico di tutti i cittadini comunitari negli Stati membri, indipendentemente dal fatto che essi esercitino o meno un'attività economica»).

sposizione non abolisce le condizioni di natura economica in quanto considerate funzionali ad «evitare che coloro che esercitano il loro diritto di soggiorno diventino un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante» (*considerando* n. 10). La conferma dei vincoli di origine mercantile sembra offuscare la portata del successivo *considerando* n. 11 secondo il quale «[i]l diritto fondamentale e personale di soggiornare in un altro Stato membro è conferito direttamente dal trattato ai cittadini dell'Unione»<sup>27</sup>.

Il collegamento con la cittadinanza europea svincola il ricongiungimento familiare dalla primitiva natura funzionale in quanto l'istituto in questo modo discende direttamente dal «diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri» sancito dall'art. 20, par. 2, lett. a., TFUE<sup>28</sup> nel caso in cui i familiari siano nazionali di uno Stato Ue, mentre genera «diritti derivati per cittadini di paesi terzi»<sup>29</sup>. Nello stesso tempo, la natura mercantile dell'istituto si smarrisce nel *considerando* n. 5 della direttiva n. 2004/38/Ce il quale afferma che «[i]l diritto di ciascun cittadino dell'Unione di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri presuppone, affinché possa essere esercitato in oggettive condizioni di libertà e di dignità, la concessione di un analogo diritto ai familiari, qualunque sia la loro cittadinanza».

In questo quadro, la connotazione di principio potrebbe apparire ormai relegata esclusivamente a situazioni che coinvolgono familiari, nazionali di Paesi terzi, di cittadini Ue che non abbiano mai esercitato il diritto di libera circolazione (in seguito "stanziali"), in quanto le situazioni loro attinenti, non rientrando nell'ambito di applicazione del diritto Ue, sono di stretta pertinenza degli Stati membri. Tale osservazione attribuisce al ricongiungimento familiare il significato di principio collegato al diritto internazionale per i cittadini "stanziali", mentre appare innalzarsi a livello di diritto, seppure sottoposto alle «limitazioni e [al]le condizioni previste dai Trattati e [al]le disposizioni adottate in applicazione dello stesso»<sup>30</sup>, per i

<sup>27</sup> Sul diritto di libera circolazione delle persone indigenti si veda F. FORNI, *Free movement of "needy" citizens after the binding Charter: Solidarity for all?*, in G. DI FEDERICO (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights: From declaration to binding instrument*, Springer, Dordrecht, 2011, p. 125 ss.

<sup>28</sup> Art. 20, par. 2, TFUE: «I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro: a. il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri».

<sup>29</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston presentate il 26 ottobre 2017 in causa n. C-82/16, *K.A. e a. c. Belgische Staat*, punto 40, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, maggio 2018, EU:C:2017:821.

<sup>30</sup> Come sancito dall'art. 21, par. 1, TFUE secondo il quale «[o]gni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi».

cittadini europei che dimorino o abbiano soggiornato nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di nazionalità. Di conseguenza, una normativa nazionale più restrittiva di quella Ue può creare nei riguardi dei cittadini "stanziali" Stato una situazione di discriminazione a rovescio<sup>31</sup>.

Tale disparità di trattamento sembrerebbe non sussistere nel caso oggetto di questo commento in quanto la prassi dello Stato membro applica la normativa Ue sul ricongiungimento familiare anche per il rilascio del permesso di soggiorno ai coniugi, nazionali di Paesi terzi, di cittadini nazionali che non abbiano mai esercitato il diritto alla libera circolazione. Nonostante l'argomento sembri esulare dalla competenza dell'Unione, l'applicazione nazionale del diritto Ue potrebbe aver indotto il giudice del rinvio ad acquisire il parere della Corte di giustizia intravedendo un potenziale contrasto con l'art. 20 TFUE nel rifiuto di rilasciare il permesso di soggiorno al coniuge, nazionale di un Paese terzo, di un cittadino europeo "stanziale". La sentenza oggetto di questo commento consente di sviluppare un esauriente e stimolante riepilogo della normativa e della giurisprudenza Ue sul ricongiungimento familiare e di interrogarsi sui riflessi dell'applicazione nazionale di una disposizione dell'Unione nei casi in cui la vertenza si collochi interamente all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato membro.

### **1. I fatti del caso *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH* (causa n. C-836/18)<sup>32</sup>**

Il signor RH, cittadino marocchino, aveva sposato nel 2015 in Spagna una cittadina europea di nazionalità iberica la quale non aveva mai esercitato il proprio diritto di libera circolazione. Dopo il matrimonio, sulla cui validità e

<sup>31</sup> In materia di discriminazioni a rovescio si veda in dottrina E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e «discriminazioni a rovescio»*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 351 ss.; E. AMBROSINI, *Reverse Discrimination in EU Law: An Internal Market Perspective*, in L. S. ROSSI e F. CASOLARI (eds.), *The Principle of Equality in EU Law*, Springer, Cham, 2017, p. 255 ss.; S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Purely Internal Situations and the Limits of EU Law: A Consolidated Case Law or a Notion to be Abandoned?*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, 2018, p. 7 ss.

<sup>32</sup> I fatti del caso sono ricavati dalla sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punti 11 ss., in *Raccolta digitale, Raccolta generale*, febbraio 2020, EU:C:2020:119, dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamäe presentate il 21 novembre 2019 nella medesima causa n. C-836/18, punti 10 ss., *ivi*, EU:C:2019:1004, nonché dal rinvio pregiudiziale contenuto nella Resolución N° 579/2018, Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso 2, Albacete, 30 de noviembre de 2018, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. Jose Pablo*, N° de Recurso 163/2017, ATSJ CLM 48/2018, ES:TSJCLM:2018:48, p. 2 ss.

legittimità le autorità dello Stato membro non hanno avanzato obiezioni, i coniugi stabilivano la propria residenza in Spagna presso il padre della sposa.

Pochi giorni dopo le nozze, il signor RH presentava domanda per ottenere il rilascio del permesso di soggiorno in qualità di familiare di un cittadino dell'Unione. La sua richiesta era respinta in base alla considerazione che la moglie non possedeva le risorse economiche necessarie al sostentamento del marito prescritte dall'art. 7, par. 1, lett. *b.*, del regio decreto n. 240/2007 (RD)<sup>33</sup> il quale recepisce nell'ordinamento spagnolo l'art. 7, par. 1, lett. *b.*, della direttiva n. 2004/38/Ce. La decisione dell'amministrazione nazionale, confermata dal *Subdelegado del Gobierno de Ciudad Real* (Subdelegazione del governo di Ciudad Real), non aveva tenuto in considerazione la disponibilità del padre della sposa di sobbarcarsi ogni onere economico derivante dalla permanenza del genero sul territorio spagnolo<sup>34</sup>.

Il signor RH adiva il *Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no 2 de Ciudad Real* (Tribunale amministrativo n. 2 di Ciudad Real) obiettando che l'art. 7, par. 1, lett. *b.*, RD non era applicabile al suo caso non avendo la consorte mai esercitato il diritto di libera di circolazione.

Dopo l'accoglimento di tale tesi da parte del *Juzgado de lo Contencioso*<sup>35</sup>, l'amministrazione nazionale si appellava al *Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha* (Tribunale superiore di giustizia di Castiglia-La Mancia) il quale sospendeva il procedimento in attesa di acquisire i chiarimenti della Corte di giustizia su due questioni pregiudiziali riguardanti l'eventuale violazione dell'art. 20 TFUE da parte dell'autorità nazionale.

Nella prima domanda, il *Tribunal Superior* interpellava i giudici di Lussemburgo sulla situazione di un cittadino spagnolo che, non avendo

<sup>33</sup> Real Decreto n. 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo del 16 febrero 2007, in *Boletín Oficial del Estado* n. 51, 28 de febrero 2007, p. 8558 («Artículo 7 – 1. Todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tiene derecho de residencia en el territorio del Estado Español por un período superior a tres meses si: (...) *b.* Dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España o (...) *d.* Es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras *a.*, *b.* o *c.*»).

<sup>34</sup> Resolución Nº 579/2018, Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso 2, Albacete, 30 noviembre 2018, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. Jose Pablo*, Nº de Recurso 163/2017, *cit. supra*, nota 32, p. 2, punto 6: «Entre otras cosas, (...) se excluyó el análisis de que el padre de la ciudadana española con quien convivía el matrimonio en el mismo domicilio, se comprometió a satisfacer los gastos de manutención, alojamiento y cualquier otro, que se derivaran de la residencia del Sr. José Pablo en España».

<sup>35</sup> *Ibidem*: «Concluye que el (...) art. 7 [del R.D. 240/2007] no es aplicable al español dentro de España, sino al ciudadano comunitario que se haya desplazado a España y pretenda reagrupar a familiares extracomunitarios».

mai esercitato il diritto di libera circolazione, fosse costretto ad abbandonare il territorio dell'Unione in seguito al rifiuto dello Stato membro di rilasciare il permesso di soggiorno al coniuge, cittadino di un Paese terzo, in considerazione del fatto che l'art. 68 del *Código Civil Español*<sup>36</sup> (Codice civile spagnolo) stabilisce l'obbligo della convivenza coniugale. In altri termini, il rigetto della domanda di permesso «di soggiorno al coniuge indurrebbe la necessità, per il cittadino spagnolo che non dispone dei mezzi di sussistenza imposti dall'articolo 7 del regio decreto 240/2007, di lasciare il territorio dell'Unione in quanto questo sarebbe l'unico modo di rispettare e di rendere effettivi il diritto e l'obbligo di vita comune statuito dal diritto spagnolo»<sup>37</sup>.

Con la seconda richiesta, la Corte nazionale era interessata a conoscere se una prassi nazionale contrasti con l'art. 20 TFUE qualora essa non valuti l'eventuale esistenza di un rapporto di dipendenza, che imponga l'abbandono del territorio Ue ad un cittadino dell'Unione, prima di rifiutare il permesso di soggiorno al consorte, cittadino di un Paese terzo.

## 2. Le osservazioni preliminari sulla competenza della Corte

La vicenda del signor RH presenta alcuni punti comuni con il caso *K.A. e a.*<sup>38</sup>. In entrambe le vertenze, infatti, la questione riguarda «i) un cittadino dell'Unione europea che non ha mai esercitato i suoi diritti di libera circolazione (...); ii) un cittadino di un paese terzo, riconosciuto ai sensi del diritto nazionale come un familiare del suddetto cittadino dell'Unione europea, che presenta una domanda di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare e iii) una situazione in cui tale domanda (...) non è stata presentata dall'esterno del territorio dell'Unione europea»<sup>39</sup>.

Dai fatti e dalle analogie con il caso *K.A. e a.*, l'episodio non sembra rientrare *prima facie* nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione in quanto il richiedente del permesso di soggiorno è coniuge di un cittadino

<sup>36</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, in *Gaceta de Madrid* núm. 206, de 25 de julio 1889, art. 68: «Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo», reperibile sul sito internet <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>.

<sup>37</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 24, *cit. supra*, nota 32.

<sup>38</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2018 in causa n. C-82/16, *K.A. e a. c. Belgische Staat*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, maggio 2018, EU:C:2018:308.

<sup>39</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston presentate il 26 ottobre 2017 in causa n. C-82/16, *K.A. e a. c. Belgische Staat*, punto 38, *cit. supra*, nota 29.

europeo che non ha mai esercitato il diritto di libera circolazione come riconosciuto da tutte le parti che hanno presentato le loro osservazioni alla Corte di giustizia<sup>40</sup>.

Come affermato nella sentenza qui commentata, «in una tale situazione, il coniuge, cittadino di un paese terzo, non può trarre un diritto di soggiorno derivato né dalla direttiva n. 2004/38/Ce né dall'articolo 21 TFUE»<sup>41</sup>. Infatti, la giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo ha da tempo stabilito che, «da un'interpretazione letterale, sistematica e teleologica, (...) la direttiva n. 2004/38/Ce (...) disciplina unicamente le condizioni di ingresso e di soggiorno di un cittadino dell'Unione negli Stati membri diversi da quello di cui egli ha la cittadinanza e (...) non consente di fondare un diritto di soggiorno derivato a favore dei cittadini di uno Stato terzo, familiari di un cittadino dell'Unione, nello Stato membro di cui tale cittadino possiede la cittadinanza»<sup>42</sup>. Tale precedente osservazione della Corte di giustizia è ripresa nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamäe nel momento in cui egli ricorda che «la direttiva n. 2004/38/Ce è destinata unicamente a disciplinare le condizioni di ingresso e di soggiorno di un cittadino dell'Unione negli Stati membri diversi da quello di cui egli ha la cittadinanza»<sup>43</sup>. La considerazione è conforme alla lettera dell'art. 3, par. 1, della direttiva n. 2004/38/Ce secondo il quale «[l]a (...) direttiva si applica a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza» e ai suoi familiari anche se «giunti nello Stato membro ospitante indipendentemente dal cittadino dell'Unione ed abbiano acquisito la qualità di suoi familiari ovvero abbiano intrapreso con tale cittadino una comunione di vita soltanto dopo il loro ingresso in detto Stato»<sup>44</sup>. Risulta quindi palese che la normativa dell'Unione non disciplina il rilascio del permesso di soggiorno ai cittadini

<sup>40</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 11, e conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamäe presentate il 21 novembre 2019 nella medesima causa n. C-836/18, punto 24, entrambe *cit. supra*, nota 32.

<sup>41</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 29, *loc. cit.*

<sup>42</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 novembre 2017 in causa n. C-165/16, *Toufik Lounes c. Secretary of State for the Home Department*, punto 33, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 2017, EU:C:2017:862. Si veda anche la sentenza del 12 marzo 2014 in causa n. C-456/12, *O. c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel e Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel c. B.*, punto 37, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, marzo 2014, EU:C:2014:135.

<sup>43</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamäe presentate il 21 novembre 2019 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 23, *cit. supra*, nota 32.

<sup>44</sup> Ordinanza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2008 in causa n. C-551/07, *Deniz Sahin c. Bundesminister für Inneres*, punto 33, in *Raccolta*, 2008, I, p. 10453, EU:C:2008:755.

di un Paese terzo, familiari di un cittadino dell'Unione nello Stato membro di nazionalità del loro congiunto "stanziale".

Dopo questa premessa, l'analisi dell'Avvocato Generale si sposta su un particolare in apparenza secondario della vicenda. Pikamäe focalizza la sua attenzione sul fatto che il giudice del rinvio ha dichiarato che, in ossequio alla giurisprudenza del *Tribunal Supremo*<sup>45</sup>, l'art. 7, par. 1, lett. b., RD e, di conseguenza, l'art. 7, par. 1, lett. b., della direttiva n. 2004/38/Ce – recepito integralmente dall'ordinamento nazionale – è applicato anche «a tutte le domande di ricongiungimento familiare presentate da un cittadino di un paese terzo familiare di un cittadino spagnolo che non si è mai avvalso della propria libertà di circolazione»<sup>46</sup>. In teoria, una tale prassi avrebbe il pregio di evitare discriminazioni a rovescio scongiurando di trattare una stessa situazione in modo diverso a seconda che un cittadino europeo abbia scelto di trattenersi sul suolo nazionale o di soggiornare in un secondo Stato membro.

Tuttavia, come accennato da Pikamäe<sup>47</sup>, la Corte ha più volte dichiarato di poter interpretare norme Ue in procedimenti che esulano dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione esclusivamente «quando tali disposizioni sono state rese applicabili a siffatte situazioni dal diritto nazionale in modo diretto e incondizionato»<sup>48</sup> dal momento che «sussiste un interesse certo dell'Unione a che, per evitare future divergenze d'interpretazione,

<sup>45</sup> «[I]l Tribunal Supremo (Corte suprema, Spagna) ha statuito, con sentenza del 1° giugno 2010, che il regio decreto 240/2007 si applica ai cittadini spagnoli, a prescindere dal fatto che essi abbiano o no esercitato la loro libertà di circolazione sul territorio dell'Unione, nonché ai loro familiari, cittadini di paesi terzi» (sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 18, *cit. supra*, nota 32).

<sup>46</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamäe presentate il 21 novembre 2019 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 26, *cit. supra*, nota 32. Si veda Resolución N° 579/2018, Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso 2, Albacete, 30 noviembre 2018, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. Jose Pablo*, N° de Recurso 163/2017, punto 1, p. 6, *cit. supra*, nota 32, secondo il quale «El Tribunal Supremo español en su sentencia de 1 de junio de 2.010 (N° de Recurso 114/2007) decidió aplicar a los españoles (hubieran o no circulado intracomunitariamente) y sus "familiares no comunitarios", el régimen del R.D. 240/2007 (norma que había dictado para trasponer la Directiva 2004/38/Ce)».

<sup>47</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamäe presentate il 21 novembre 2019 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 30, *loc. cit.*

<sup>48</sup> Si vedano *ex multis* le sentenze della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011 in causa n. C-482/10, *Teresa Cicala c. Regione Siciliana*, punto 19, in *Raccolta*, 2011, I, p. 14139, EU:C:2011:868; del 18 ottobre 2012 in causa C-583/10, *United States of America c. Christine Nolan*, punto 47, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 2012, EU:C:2012:638; del 7 novembre 2013 in causa n. C-313/12, *Giuseppa Romeo c. Regione Siciliana*, punto 33, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 2013, EU:C:2013:718; del 7 novembre 2018 in causa n. C-257/17, *C e A c. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, punto 33, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 2018, EU:C:2018:876, e del 14 febbraio 2019 in causa n. C-710/17, *CCC - Consorzio Cooperative Costruzioni Soc. Cooperativa c. Comune di Tarvisio*, punto 22, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, febbraio 2019, EU:C:2019:116.

le disposizioni riprese dallo stesso atto ricevano un'interpretazione uniforme»<sup>49</sup>. Continuando con le parole dei giudici di Lussemburgo in un diverso procedimento «[n]e consegue che, nel caso di rinvio ad un atto del diritto comunitario nella normativa nazionale, (...) la Corte è competente per interpretare tale atto»<sup>50</sup>. In altre parole, l'intervento della Corte di giustizia in casi prettamente nazionali si giustifica quando il legislatore dello Stato membro abbia esteso la disposizione Ue anche alle situazioni interne. In una simile circostanza, appare palese l'esigenza di equiparare il trattamento riservato a coloro che hanno esercitato il diritto di libera circolazione a quello dei cittadini "stanziali". Ciò premesso, l'Avvocato Generale esprime la propria perplessità sul fatto che una giurisprudenza, seppur consolidata, e una prassi possano costituire l'applicazione «in modo diretto e incondizionato» di una norma UE nel diritto nazionale<sup>51</sup>, pur osservando che l'ordinamento spagnolo ha recepito il dettato giurisprudenziale in un circolare ministeriale<sup>52</sup>. Di conseguenza, Pikamäe suggerisce alla

<sup>49</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2017 in causa n. C-298/15, *UAB "Borta" c. VI Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija*, punto 33, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, aprile 2017, EU:C:2017:266.

<sup>50</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2006 in causa n. C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio c. Compañía Española de Petróleos SA*, punto 22, in *Raccolta*, 2006, I, p. 11987, EU:C:2006:784, con commento di E. ADOBATI, in questa *Rivista*, 2007, p. 109 ss.

<sup>51</sup> Lo stesso giudice del rinvio si dimostra perplesso sull'estensione della direttiva n. 2004/38/Ce ai cittadini spagnoli che non abbiano esercitato il diritto di libera circolazione: «[a] nuestro juicio, en esa sentencia el Tribunal Supremo no apreció debidamente que del art. 3 de la Directiva y de la jurisprudencia del TJUE (s. 5 mayo 2.011 asunto C-434/09 [Sentenza della Corte del 5 maggio 2011 in causa C-434/09, *Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*, punto 30 ss., in *Raccolta*, 2011, I, p. 3375, EU:C:2011:277]) resulta que la Directiva solo es aplicable a nacionales de un Estado de la Unión que circulan a otro Estado de la Unión y nada tiene que decir respecto de los españoles que no han circulado, y que con la STS [Sentencia del Tribunal Supremo] citada pasaron a tener el mismo régimen para reagrupar a sus familiares no comunitarios que un ciudadano de la Unión que hubiera venido a España. El propio Tribunal Supremo ha venido a reconocer en sus posteriores sentencias de 18 de julio de 2.017 (cas. 298/2016) y 11 de junio 2.018 (cas. 1709/17) que la sentencia de 1 de junio de 2.010 no ponderó adecuadamente esta cuestión» Resolución N° 579/2018, Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso 2, Albacete, 30 noviembre 2018, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. Jose Pablo*, N° de Recurso 163/2017, *cit. supra*, nota 32, p. 6, punto 2. Il *Tribunal Superior* continua la sua disamina affermando che «tal extensión a los españoles según el Tribunal Supremo debe entenderse como disposición de estricto derecho interno ("con independencia y al margen de la Directiva - en cuanto disposición de Derecho interno", según dicen las SSTs [Sentencias del Tribunal Supremo] citadas)» (p. 7, punto 4).

<sup>52</sup> Orden PRE/1490/2012, por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, in *Boletín Oficial del Estado* n. 164 del 10 luglio 2012, p. 49603 ss., secondo il quale «a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto la sentencia de 1 de junio de 2010, por lo que el término familiar de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea incluye a los familiares de un ciudadano español que se reúnan o acompañen al mismo».

Corte di invitare il giudice nazionale a valutare se il diritto spagnolo operi il rinvio «diretto e incondizionato» all'art. 7, par. 1, lett. *b.*, della direttiva n. 2004/38/Ce come richiesto dalla Corte di giustizia al fine di valutare l'eventuale attinenza del caso del signor RH con il diritto Ue.

Alla luce di queste premesse, era difficile proseguire l'analisi senza dare l'impressione di voler interferire in una questione di diritto nazionale. Infatti, l'approfondimento dell'esame sarebbe stato interpretabile come il riconoscimento implicito dell'esistenza di un rinvio «diretto e incondizionato» all'art. 7, par. 1, lett. *b.*, della direttiva n. 2004/38/Ce, mentre la sua interruzione avrebbe potuto sottintendere il parere che giurisprudenza, prassi e circolare spagnola non operano un tale richiamo.

La prudenza era quanto mai opportuna trattandosi, come affermato dall'Avvocato Generale Maduro in un precedente procedimento, di un «problema [il diritto di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi, familiari di un cittadino dell'Unione "stanziale"] (...) delicato, in quanto obbliga ad effettuare una ripartizione tra ciò che ricade nelle norme relative alla libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione e ciò che concerne il controllo dell'immigrazione, materia nella quale gli Stati membri restano competenti fino a quando e nella parte in cui la [... Unione] non abbia raggiunto una completa armonizzazione»<sup>53</sup>.

Dopo aver riconosciuto la competenza esclusiva dei tribunali spagnoli in questo campo, l'Avvocato Generale ritiene opportuno procedere nella sua analisi subordinandone, tuttavia, la connessione con la vertenza in questione al fatto che, alla luce del diritto spagnolo, il giudice del rinvio individui un'applicazione diretta e incondizionata dell'art. 7, par. 1, lett. *b.*, della direttiva n. 2004/38/Ce nell'ordinamento nazionale<sup>54</sup>.

La Corte di giustizia, al contrario, pare ritenere superfluo ogni ulteriore approfondimento su tale questione osservando che «[l']applicazione delle condizioni di cui all'articolo 7 del regio decreto n. 240/2007, come modificato dalla legge del 20 aprile 2012, ai cittadini spagnoli che non avevano esercitato la loro libertà di circolazione è stata considerata, dalla giurisprudenza (...) del *Tribunal Supremo* [corsivo aggiunto] (...), come l'effetto di una disposizione di diritto interno, indipendente dalla direttiva

<sup>53</sup> Presa di posizione dell'Avvocato Generale Maduro presentata l'11 giugno 2008 in causa n. C-127/08, *Blaise Baheten Metock e altri c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, punto 1, in *Raccolta*, 2008, I, p. 6241, EU:C:2008:335; cfr. il commento di R. PALLADINO, *L'interpretazione della direttiva n. 2004/38/Ce sulla libertà di circolazione dei cittadini nell'Unione europea ad opera della Corte di giustizia ed i riflessi nell'ordinamento italiano: commento alla sentenza Metock*, in questa *Rivista*, 2009, p. 471 ss.

<sup>54</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamäe presentate il 21 novembre 2019 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 36, *cit. supra*, nota 32.

n. 2004/38/Ce»<sup>55</sup>. Alla luce di tale affermazione, appare una logica conseguenza il fatto che la Corte di giustizia abbia ribadito la non applicabilità del diritto dell'Unione ad un caso di ricongiungimento familiare di un cittadino di un Paese terzo con un nazionale "stanziale" di uno Stato membro<sup>56</sup>.

### 3. Sull'insufficienza delle risorse economiche

Al di fuori delle questioni pregiudiziali, il *Tribunal Superior* aveva accennato al fatto che unicamente le risorse personali della cittadina nazionale rientrassero tra i mezzi considerati dall'art. 7, par. 1, lett. b., RD in base ad un'interpretazione che escludeva dal computo gli eventuali proventi resi disponibili da terzi, anche nel caso in cui dette persone fossero legate all'interessata da vincoli familiari<sup>57</sup>.

Riprendendo le conclusioni dell'Avvocato Generale, i giudici di Lussemburgo hanno ricordato che la nozione di «risorse sufficienti» contenuta nell'art. 7 della direttiva n. 2004/38/Ce non racchiude nessuna indicazione atta a limitarne la provenienza<sup>58</sup>.

La recente sentenza *Bajratari*, ad esempio, aveva già stabilito che «il diritto dell'Unione non contiene (...) alcun requisito in merito alla provenienza di dette risorse»<sup>59</sup> considerando acquisito lo stato di indipendenza economica «anche quando tali risorse provengono dai redditi derivanti dall'attività lavorativa svolta da [... un] cittadino di uno Stato terzo che non dispone di un titolo di soggiorno e di un permesso di lavoro»<sup>60</sup>.

In precedenza, la Corte non aveva ravvisato alcun impedimento a reputare appropriate anche le risorse finanziarie provenienti da una persona non unita al beneficiario da rapporti giuridici<sup>61</sup>, respingendo il rilievo che la mancanza di un legame legalmente definito esponesse a un «rischio

<sup>55</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 21, *cit. supra*, nota 32.

<sup>56</sup> *Ivi*, punto 33.

<sup>57</sup> *Ivi*, punto 28, e conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamäe presentate il 21 novembre 2019 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 38, *cit. supra*, nota 32.

<sup>58</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 31, *loc. cit.*

<sup>59</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 2 ottobre 2019 in causa n. C-93/18, *Ermira Bajratari c. Secretary of State for the Home Department*, punto 30, *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 2019, EU:C:2019:809.

<sup>60</sup> *Ivi*, punto 53.

<sup>61</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2006 in causa n. C-408/03, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, punti 39 ss., in *Raccolta*, 2006, I, p. 2647, EU:C:2006:192, annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 329.

maggiore che tale cittadino divent[asse], dopo un certo tempo, un onere per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante»<sup>62</sup>. Tuttavia, l'apertura dei giudici di Lussemburgo non si è spinta fino al punto di accogliere l'opinione dell'Avvocato Generale Mengozzi nel caso *Alokpa*<sup>63</sup> secondo il quale «la condizione delle "risorse economiche sufficienti" po[teva] essere soddisfatta dalla prospettiva concreta di risorse future che deriverebbero da un'offerta di lavoro alla quale un cittadino dell'Unione o un suo familiare avrebbe risposto con successo»<sup>64</sup>.

Di conseguenza, la Corte di giustizia ha stabilito che la fonte delle risorse, pur irrilevante, deve essere effettiva e verificabile e non può riferirsi a circostanze aleatorie come la prospettiva di un'occupazione. In base a queste premesse, l'accertato impegno del padre della sposa di farsi carico dei bisogni economici del genero soddisfa il requisito di risorse sufficienti richiesto dall'art. 7, par. 1, lett. b., della direttiva n. 2004/38/Ce allo scopo di evitare che il migrante divenga un onere economico eccessivo per lo Stato membro ospitante come esplicitamente dichiarato dalla stessa disposizione.

In conclusione, il motivo dell'irrelevanza delle fonti dei mezzi finanziari appare racchiuso nella precedente considerazione dei giudici di Lussemburgo che «un requisito attinente alla provenienza delle risorse (...) rappresenterebbe un'ingerenza sproporzionata nell'esercizio del diritto fondamentale di libera circolazione e di soggiorno garantito dall'articolo 21 TFUE, in quanto esso non è necessario al raggiungimento dell'obiettivo perseguito, cioè la protezione delle finanze pubbliche degli Stati membri»<sup>65</sup>.

La disamina sembra aver risolto il problema dell'origine delle risorse in modo quasi incidentale in analogia con il comportamento del giudice del rinvio il quale non aveva sollevato esplicitamente l'argomento nelle due questioni pregiudiziali. La magistratura spagnola potrebbe aver sorvolato su questo punto in quanto l'irrelevanza delle fonti di sostegno appar-

<sup>62</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2006 in causa n. C-408/03, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, cit. supra, nota 61, punto 45.

<sup>63</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 ottobre 2013 in causa n. C-86/12, *Adzo Domenyo Alokpa e altri c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 2013, EU:C:2013:645.

<sup>64</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi presentate il 21 marzo 2013 in causa n. C-86/12, *Adzo Domenyo Alokpa e altri c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, punto 28, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 2013, EU:C:2013:197. Nel successivo par. 29, l'Avvocato Generale motiva il suo pensiero argomentando che «non si può ignorare la circostanza che [... la sig. Alokpa] abbia ricevuto un'offerta di lavoro dalla quale potrà ricavare redditi che le consentono di soddisfare la condizione sancita dall'art. 7, par. 1, lettera b., della direttiva n. 2004/38/Ce. Qualsiasi interpretazione contraria condurrebbe ad un trattamento iniquo delle situazioni individuali dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari che svuoterebbe del suo significato l'art. 8, par. 4, della direttiva in parola».

<sup>65</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2019 in causa C-302/18, *X c. Belgische Staat*, punto 33, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 2019, EU:C: 2019:830.

tiene alla giurisprudenza della Corte di giustizia fin dalla sentenza *Zhu e Chen*<sup>66</sup>. La scelta di accennare brevemente a questa questione potrebbe essere stata quindi dettata dalla convinzione che spostare la riflessione su questo particolare, la cui soluzione era del resto assodata, avrebbe potuto distogliere l'attenzione sulla legittimità della prassi dello Stato membro di negare il permesso di soggiorno in base alla mancanza di mezzi finanziari da parte del cittadino Ue senza aver esaminato il contesto generale.

Pertanto, il ragionamento non si focalizza sul fatto che l'autorità amministrativa nazionale non «aveva preso in considerazione il fatto che il padre della cittadina spagnola si fosse impegnato a far fronte alle spese risultanti dal soggiorno di RH in Spagna, benché fossero stati accertati l'offerta e il fondamento delle risorse finanziarie del padre della moglie di RH»<sup>67</sup> in quanto la questione pregiudiziale sembra considerare il disinteresse rivolto al quadro complessivo della vicenda come il problema da cui discendono per logica conseguenza il disinteresse per l'intervento economico del padre della sposa.

Basandosi su questa impostazione, l'indagine si sposta sull'eventuale violazione dell'art. 20 TFUE nel caso in cui il rifiuto del permesso di soggiorno ad un cittadino di un Paese terzo, familiare di un cittadino dell'Unione, sia stato deciso senza un approfondimento oggettivo della sua situazione personale<sup>68</sup>. D'altra parte, il fatto che «fossero stati accertati l'offerta e il fondamento delle risorse finanziarie del padre della moglie di RH»<sup>69</sup> consente di valutare verosimile che la situazione economica della famiglia della sposa fosse in grado di soddisfare i bisogni dei due coniugi e di escludere in un prossimo futuro il loro ricorso all'assistenza sociale dello Stato membro.

<sup>66</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 19 ottobre 2004 in causa n. C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu e Man Lavette Chen c. Secretary of State for the Home Department*, cit. *supra*, nota 14.

<sup>67</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 14, cit. *supra*, nota 32.

<sup>68</sup> *Ivi*, punto 34, e conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamäe presentate il 21 novembre 2019 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 19, cit. *supra*, nota 32. Si veda anche Resolución N° 579/18, Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso 2, Albacete, 30 noviembre 2018, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. Jose Pablo*, N° de Recurso 163/2017, cit. *supra*, nota 32, p. 11: «la práctica del Estado español, antes de denegar el derecho de residencia al ciudadano extracomunitario cónyuge de la española que no ha circulado, impide y rechaza la valoración de cualquier circunstancia concreta de los cónyuges que pueda determinar una relación de dependencia de tal naturaleza que hiciera salir del territorio de la Unión a la ciudadana española, acompañando a su cónyuge extracomunitario».

<sup>69</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 14, loc. cit.

#### 4. Sulla valutazione del rapporto di dipendenza

La disamina sembra poggiare sul presupposto che ogni cittadino dell'Unione ha «il diritto di dichiarare "*civis europeus sum*" e di invocare tale *status* per opporsi a qualunque violazione dei suoi diritti fondamentali»<sup>70</sup>, tra i quali rientra il diritto di libera circolazione e di soggiorno, indipendentemente dall'esercizio effettivo di tale diritto e anche nel caso in cui la violazione sia perpetrata dallo Stato membro di nazionalità. Tale considerazione è la logica conseguenza del fatto che la nozione di cittadinanza dell'Unione si è lentamente evoluta scivolando «von Europa der Wirtschaft zu einem Europa der Bürger»<sup>71</sup>. In altre parole, si è andato affermando nel tempo il principio che un cittadino europeo «la cui capacità di circolare all'interno dell'UE sia "ostacolata" o "resa meno interessante", anche dallo Stato membro di cui è cittadino, può invocare i diritti derivanti dal Trattato»<sup>72</sup>. Attraverso l'istituto della cittadinanza europea, la problematica è ricondotta nell'ambito del diritto Ue<sup>73</sup> sebbene l'Avvocato Generale Pikamäe manifesti ulteriormente le proprie perplessità sul fatto che l'art. 7, par. 1, lett. b., della direttiva n. 2004/38/Ce sia applicabile «in modo diretto e incondizionato» nell'ordinamento spagnolo<sup>74</sup>.

Non si può trascurare che sia ormai nozione acquisita il fatto che «le disposizioni che sanciscono un principio fondamentale, quale quello della libera circolazione delle persone, devono essere interpretate in modo

<sup>70</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs presentate il 9 dicembre 1992 in causa n. C-168/91, *Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteig, Standesamt e Landratsamt Calw, Ordnungsamt*, punto 46, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1191, EU:C:1992:504, con commento di E. ADOBATI, *Trascrizione nei registri di stato civile di un nome greco in caratteri latini*, in questa *Rivista*, 1994, p. 76 ss.

<sup>71</sup> S. MAGIERA, *Comment on Article 20*, in R. STREINZ (ed.), *Kommentar EUV/EGV*, München, C.H. Beck, 2003, p. 429, citato da V. TRSTENJAK, *Civis Europeus Sum - Union Citizenship and the Influence of the Court of Justice of the European Union*, in *European Review*, vol. 23, 2003, p. 72.

<sup>72</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston presentate il 30 settembre 2010 in causa n. C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, punto 72, in *Raccolta*, 2011, I, p. 1177, EU:C:2010:560.

<sup>73</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 36, *cit. supra*, nota 32 («La cittadinanza dell'Unione conferisce a ciascun cittadino dell'Unione il diritto fondamentale e individuale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal Trattato e le disposizioni adottate in applicazione dello stesso»).

<sup>74</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamäe presentate il 21 novembre 2019 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 48, *cit. supra*, nota 32 («Nell'ambito della presente causa, è pacifico che la situazione di RH e di sua moglie è disciplinata da una normativa che rientra a priori nella competenza del Regno di Spagna, vale a dire quella concernente il diritto di ingresso e di soggiorno dei cittadini dei paesi terzi che è al di fuori dell'ambito di applicazione delle disposizioni del diritto derivato dell'Unione»).

estensivo e non devono essere private della loro efficacia pratica»<sup>75</sup>. Quindi, avendo la Corte di giustizia sancito che la vita familiare costituisce un diritto fondamentale<sup>76</sup>, sugli Stati membri incombe il dovere di «esaminare tutte le circostanze (...) al fine di stabilire se, di fatto, le decisioni di diniego dei permessi di soggiorno (...) possano giungere a trascurare l'efficacia pratica della cittadinanza dell'Unione»<sup>77</sup>. Da queste considerazioni discende che la domanda di soggiorno di un familiare di un cittadino europeo non può essere rifiutata "automaticamente" in base al semplice fatto che quest'ultimo non possiede, ad esempio, risorse proprie o che non abbia esercitato il diritto di libera circolazione. Come osservato dalla Corte, il rifiuto del permesso di soggiorno potrebbe infatti mettere in discussione l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione nel caso in cui esistesse un rapporto di dipendenza tale da costringere il cittadino ad abbandonare il territorio degli Stati membri<sup>78</sup>.

La condizione di dipendenza è presente nei minori per i quali dev'essere valutata l'età, la situazione nello Stato membro interessato e il grado di dipendenza dal genitore<sup>79</sup>. In ogni caso è, tuttavia, difficilmente sostenibile che i minori possano trascorrere una vita autonoma ed avere un'esi-

<sup>75</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot presentate il 27 marzo 2012 in causa n. C-83/11, *Secretary of State for the Home Department c. Muhammad Sazzadur Rahman e altri*, punto 38, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2012, EU:C:2012:174.

<sup>76</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2002 in causa n. C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, punto 46, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6279, EU:C:2002:434, annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 528.

<sup>77</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2012 in cause riunite n. C-356/11 e n. C-357/11, *O. e S. c. Maahanmuuttovirasto e Maahanmuuttovirasto c. L.*, punto 53, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, dicembre 2012, EU:C:2012:776.

<sup>78</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 40, *cit. supra*, nota 32. Dello stesso avviso anche le sentenze della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011 in causa C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, punti 43 e 44, in *Raccolta*, 2011, I, p. 1177, EU:C:2011:124; del 15 novembre 2011 in causa n. C-256/11, *Murat Dereci e altri c. Bundesministerium für Inneres*, punti 66 e 67, in *Raccolta*, 2011, I, p. 11315, EU:C:2011:734, entrambe le sentenze con commento di E. PAGANO, *Ricongiungimento familiare, cittadinanza e residenza: dal caso Zambrano al caso Dereci*, in questa *Rivista*, 2012, p. 467 ss.; dell'8 novembre 2012 in causa n. C-40/11, *Yoshikazu Iida c. Stadt Ulm*, punto 71, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, novembre 2012, EU:C:2012:691; dell'8 maggio 2013 in causa n. C-87/12, *Kreshnik Ymeraga e altri c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, punto 36, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, maggio 2013, EU:C:2013:291; del 10 ottobre 2013 in causa n. C-86/12, *Adzo Domyeny Alokpa e altri c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, punto 32, *cit. supra*, nota 63; del 13 settembre 2016 in causa n. C-165/14, *Alfredo Rendón Marín c. Administración del Estado*, punto 74, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, 13 settembre 2016, EU:C:2016:675; del 13 settembre 2016 in causa n. C-304/14, *Secretary of State for the Home Department c. CS*, punto 29, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, settembre 2016, EU:C:2016:674, e dell'8 maggio 2018 in causa n. C-82/16, *K.A. e a. c. Belgische Staat*, punto 52, *cit. supra*, nota 38.

<sup>79</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2016 in causa n. C-304/14, *Secretary of State for the Home Department c. CS*, punto 49, *loc. cit.*

stenza affettiva soddisfacente in assenza dei genitori<sup>80</sup>. Di conseguenza, il rifiuto di rilasciare il permesso di soggiorno o l'allontanamento di cittadini di Paesi terzi sarebbe equivalente a costringere i figli minorenni ad abbandonare il territorio degli Stati membri negando loro, se cittadini dell'Unione, il godimento reale ed effettivo dei diritti derivanti dall'art. 20 TFUE.

Al contrario, nella realtà quotidiana un adulto è per definizione in grado di condurre una vita indipendente<sup>81</sup>. Per due familiari in età adulta, l'impossibilità oggettiva di vivere divisi può essere individuata solo in casi eccezionali «in cui, alla luce dell'insieme delle circostanze pertinenti, il soggetto interessato non può in alcun modo essere separato dal proprio familiare da cui dipende»<sup>82</sup>. Una «situazione molto particolare»<sup>83</sup> potrebbe intravedersi, ad esempio, in un nucleo familiare in cui un cittadino Ue affetto da disabilità sia bisognoso della presenza di un familiare di un Paese terzo non essendo disponibili altri parenti in grado di accudirlo nella quotidianità<sup>84</sup>.

Nel caso in questione, non traspare alcun elemento da cui emerga un rapporto di dipendenza della cittadina europea dal signor RH, ad esclusione del vincolo matrimoniale, tale da rendere impossibile lo svolgimento di un'esistenza autonoma in assenza del marito. Non esiste, infatti, una dipendenza di natura economica tra i coniugi essendosi il padre della cittadina dell'Unione dichiarato disponibile a farsi carico delle necessità economiche della coppia<sup>85</sup>. Di conseguenza, è logico pensare che egli sosterebbe finanziariamente la figlia qualora ella decidesse di restare in Spagna

<sup>80</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamäe presentate il 21 novembre 2019 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 57, *cit. supra*, nota 32.

<sup>81</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 56, *cit. supra*, nota 32.

<sup>82</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2018 in causa n. C-82/16, *K.A. e a. c. Belgische Staat*, punto 65, *cit. supra*, nota 38.

<sup>83</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 2017 in causa n. C-133/15, *Chavez-Vilchez e a. c.*, punto 63, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, maggio 2017, EU:C:2017:354.

<sup>84</sup> Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston presentate il 12 dicembre 2013 in causa n. C-456/12, *O. c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel e Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel c. B.*, punto 131, *cit. supra*, nota 11, si elabora l'ipotesi che «un cittadino tedesco, residente in Germania e sposato con una cittadina cinese che non ha ottenuto l'autorizzazione a risiedere in tale paese, si ammali e richieda delle cure a lungo termine. Egli decide, per ragioni mediche, di ricevere tali cure in Belgio. (...) Egli necessita, tuttavia, di assistenza per recarsi periodicamente in Belgio. Necessita, inoltre, di assistenza per gestire altre questioni, che non può più gestire personalmente. Diventa dipendente da una persona che gli presta assistenza. Comprensibilmente, vorrebbe che tale persona fosse la moglie cinese. Tale decisione rientra nella sfera della sua vita privata e familiare, ma al contempo, è legata alle condizioni alle quali egli esercita i diritti di libera circolazione».

<sup>85</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 28, e conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamäe presentate il 21 novembre 2019 nella medesima causa n. C-836/18, punti 70 e 71, entrambe *cit. supra*, nota 32.

senza il coniuge e, se del caso, potrebbe essere propenso ad aiutare anche il genero nel suo Paese d'origine.

Qualora fossero prospettate situazioni eccezionali, è indiscutibile il diritto dello Stato membro di esigere dal richiedente la prova dell'esistenza di tali circostanze<sup>86</sup> senza tuttavia sottoporlo ad estenuanti procedure burocratiche per l'acquisizione ed il deposito dei documenti e senza dilatare immotivatamente i tempi di valutazione<sup>87</sup>. Tali affermazioni sono coerenti con quanto in precedenza precisato dalla Corte di giustizia sulle tempistiche per il trattamento delle domande di visto nel passaggio in cui si riconosce «la necessità di compiere verifiche e controlli finalizzati a individuare frodi, abusi di diritto e casi di matrimoni fittizi [... data] l'esistenza (...) di reti criminali volte ad agevolare i matrimoni fittizi e società commerciali che facilitano l'entrata in [... uno Stato membro] di cittadini dell'Unione unicamente per creare in modo artificioso l'obbligo di conferire diritti sanciti dal diritto dell'Unione»<sup>88</sup>.

In conclusione, nella sentenza commentata la Corte stabilisce che il diniego del permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare non può basarsi sul solo aspetto relativo alla provenienza delle risorse economiche, del resto irrilevante, ma, per soddisfare l'art. 20 TFUE, deve operare una valutazione «degli elementi che il cittadino di un paese terzo e il cittadino dell'Unione interessati devono poterle liberamente apportare»<sup>89</sup>, al fine di stabilire l'eventuale esistenza di un rapporto di dipendenza tra il cittadino del Paese terzo e il cittadino europeo che costringa quest'ultimo a lasciare il territorio dell'Unione nel caso fosse negato il permesso di soggiorno al suo familiare<sup>90</sup>.

<sup>86</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 52, *cit. supra*, nota 32. In questo punto la Corte ha sancito che «le autorità nazionali non hanno l'obbligo di esaminare sistematicamente e di loro iniziativa l'esistenza di un rapporto di dipendenza (...) dato che la persona interessata deve fornire gli elementi che consentono di valutare se sono soddisfatti i requisiti per l'applicazione dell'articolo 20 TFUE».

<sup>87</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamäe presentate il 21 novembre 2019 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 64, *cit. supra*, nota 32.

<sup>88</sup> Ordinanza della Corte di giustizia del 10 gennaio 2019 in causa C-169/18, *Atif Mahmood e a. c. Minister for Justice, Equality and LawReform*, punto 10, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, gennaio 2019, EU:C:2019:5.

<sup>89</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 53, *cit. supra*, nota 32.

<sup>90</sup> *Ivi*, punto 54.

## 5. Sull'obbligo di convivenza dei coniugi

Infine, la Corte esamina il quesito in cui «il giudice del rinvio chiede[va], in sostanza, se l'articolo 20 TFUE deve essere interpretato nel senso che sussiste un rapporto di dipendenza, tale da giustificare la concessione di un diritto di soggiorno derivato ai sensi di detto articolo, per la sola ragione che il cittadino di uno Stato membro, di maggiore età e che non abbia mai esercitato la propria libertà di circolazione, e il coniuge, di maggiore età e cittadino di un paese terzo, sono tenuti alla convivenza, in forza degli obblighi derivanti dal matrimonio secondo il diritto dello Stato membro di provenienza del cittadino dell'Unione»<sup>91</sup>.

Secondo i giudici di Lussemburgo il semplice legame familiare, indipendentemente dalla sua natura biologica o giuridica, non è di per sé sufficiente ad instaurare un rapporto di dipendenza tra persone adulte<sup>92</sup>. L'esistenza di un vincolo matrimoniale o di un'unione di fatto tra un cittadino di un Paese terzo e uno europeo non è motivo sufficiente a dimostrare che la separazione della coppia obbligherebbe il cittadino Ue a lasciare il territorio dell'Unione violando i diritti sanciti dall'art. 20 TFUE.

Il fatto che l'art. 68 del codice civile spagnolo stabilisca un obbligo di convivenza non modifica questa considerazione. A supporto di tale affermazione, si deve considerare che, nonostante la disposizione nazionale reciti «[l]os cónyuges están obligados a vivir juntos», ognuno di loro è in realtà libero di stabilire una residenza anagrafica diversa.

Analoga disposizione è presente nell'ordinamento italiano dove l'art. 143, comma 2, c.c. impone ai coniugi l'obbligo della coabitazione<sup>93</sup>. Tuttavia, residenze diverse non sono automaticamente l'evidenza di un'assenza di unità familiare<sup>94</sup> in quanto, ad esempio, la mancanza di opportunità di lavoro può imporre ad uno dei coniugi di allontanarsi per assolvere ai suoi doveri di assistenza materiale nei confronti della famiglia sanciti dallo stesso articolo. Un'interpretazione opposta della norma avrebbe la conseguenza di considerare sanzionabile detto trasferimento imponendo al cittadino di farsi accompagnare dagli altri componenti del nucleo familiare sui

<sup>91</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 55, *cit. supra*, nota 32.

<sup>92</sup> *Ivi*, punto 58 dove i giudici di Lussemburgo richiamano la loro sentenza dell'8 maggio 2018 in causa n. C-82/16, *K.A. e a. c. Belgische Staat*, punto 75, *cit. supra*, nota 38.

<sup>93</sup> Art. 143, 2 c., c.c.: «Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione».

<sup>94</sup> In altre parole, «non è necessario che il coniuge del lavoratore migrante viva sotto lo stesso tetto di questo». Sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1985 in causa n. 267/83, *Aissatou Diatta c. Land Berlino*, punto b1., in *Raccolta*, 1985, p. 567, p. 584, EU:C:1985:87.

quali, secondo tale ragionamento, incomberebbe l'obbligo di seguirlo nel suo spostamento.

Da quanto sopra esposto, si comprende la considerazione della Corte secondo cui l'art. 68 del codice civile spagnolo non è una norma tanto cogente da costringere la consorte, cittadina europea, del signor RH a trasferirsi al seguito del marito abbandonando il suolo della Ue<sup>95</sup>. Di conseguenza, l'eventuale decisione di accompagnare il coniuge nel Paese di origine sarebbe il frutto di una sua libera scelta. In altre parole, non essendo ravvisabile alcuna imposizione dovuta alla normativa nazionale, la risoluzione di abbandonare il territorio europeo sarebbe l'indicazione della volontà del singolo di preservare l'unità familiare<sup>96</sup>, ma non può essere considerata una prova di una dipendenza tanto imperativa da non consentire altra soluzione<sup>97</sup>.

D'altra parte, la consorte del signor RH, in quanto cittadina iberica, non può essere allontanata dal territorio spagnolo. Infatti, nessuna disposizione nazionale può opporsi al principio di diritto internazionale, ribadito all'art. 3 del protocollo n. 4 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>98</sup> che vieta agli Stati membri di impedire ai propri cittadini l'accesso e il soggiorno sul territorio nazionale come ribadito dalla Corte di giustizia<sup>99</sup> ricordando la sentenza *Lounes*<sup>100</sup>.

## 6. Conclusioni

Una commentatrice ha osservato che, al momento dell'emanazione della direttiva n. 2004/38/Ce, gli Stati membri desideravano mantenere la

<sup>95</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 61, *cit. supra*, nota 32.

<sup>96</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2011 in causa n. C-256/11, *Murat Dereci e altri c. Bundesministerium für Inneres*, punto 68, *cit. supra*, nota 78.

<sup>97</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 63, *loc. cit.*

<sup>98</sup> Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto, ETS No.046, Strasbourg, 16 September 1963, Article 3, Article 3 (Prohibition of expulsion of nationals): «1. No one shall be expelled, by means either of an individual or of a collective measure, from the territory of the State of which he is a national. 2. No one shall be deprived of the right to enter the territory of the state of which he is a national».

<sup>99</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 59, *loc. ult. cit.*

<sup>100</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 novembre 2017 in causa n. C-165/16, *Toufik Lounes c. Secretary of State for the Home Department*, punto 37, *cit. supra*, nota 42.

competenza esclusiva in materia di ricongiungimento familiare dei propri nazionali portando a sostegno di tale tesi la formulazione dell'art. 3, par. 1, della direttiva che stabilisce l'impossibilità di invocare la disposizione contro lo Stato membro di nazionalità<sup>101</sup>. Dal momento che il diritto di farsi raggiungere dalla famiglia era stato introdotto per rimuovere gli ostacoli alla mobilità intracomunitaria, l'ipotesi potrebbe sottintendere la preoccupazione dei Paesi Ue di veder superata la concezione secondo cui «le disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione delle persone non possono essere applicate alle attività in cui tutti gli elementi siano circoscritti all'interno di un unico Stato membro»<sup>102</sup>. In altri termini, il ragionamento dottrinale potrebbe suggerire che i governi nazionali non fossero rassicurati dall'affermazione che «la cittadinanza dell'Unione (...) non ha lo scopo di ampliare la sfera di applicazione *ratione materiae* del Trattato anche a situazioni nazionali che non abbiano alcun collegamento con il diritto comunitario»<sup>103</sup>.

Questo timore, nel caso fosse all'epoca effettivamente presente, nascondeva probabilmente il presentimento che la giurisprudenza europea, nell'affrontare situazioni interne nei casi di ricongiungimento familiare, avrebbe aperto alla possibilità di invocare la cittadinanza Ue anche nei confronti del proprio Stato di nazionalità qualora una disposizione potesse in prospettiva costituire un ostacolo ingiustificato all'esercizio del diritto di libera circolazione. I giudici di Lussemburgo hanno individuato tale impedimento in uno stato di dipendenza tale da costringere un cittadino europeo ad abbandonare il territorio dell'Unione per seguire un proprio congiunto avente la nazionalità di un Paese terzo<sup>104</sup>. Il dettato della Corte di giustizia è stato successivamente traslato dall'Avvocato Generale Sharpston nel momento in cui ella ha ricordato che la libertà di circolazio-

<sup>101</sup> E. SPAVENTA, *Family rights for circular migrants and frontier workers: O and B, and S and G.*, *CMLR*, 2015, p. 753 ss.

<sup>102</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 16 febbraio 1995 in cause riunite n. C-29/94, n. C-30/94, n. C-31/94, n. C-32/94, n. C-33/94, n. C-34/94 e n. C-35/94, *Procedimenti penali contro Jean-Louis Aubertin e altri*, punto 9, in *Raccolta*, 1995, I, p. 301, EU:C:1995:39.

<sup>103</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 1997 in cause riunite n. C-64/96 e n. C-65/96, *Land Nordrhein-Westfalen c. Kari Uecker e Vera Jacquet c. Land Nordrhein-Westfalen*, punto 23, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3171, EU:C:1997:285; del 2 ottobre 2003 in causa C-148/02, *Carlos Garcia Avello c. Stato belga*, punto 26, in *Raccolta*, 2003, I, p. 11613, EU:C:2003:539, annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 58; e del 26 ottobre 2006 in causa n. C-192/05, *K. Tas-Hagen e R. A. Tas c. Raadskamer WUBO van de Pensioen- en Uitkeringsraad*, punto 23, in *Raccolta*, 2006, I, p. 10451, EU:C:2006:676.

<sup>104</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2011 in causa n. C-256/11, *Murat Dereci e altri c. Bundesministerium für Inneres*, punto 66, *cit. supra*, nota 78 («il criterio relativo alla privazione del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione si riferisce a ipotesi contrassegnate dalla circostanza che il cittadino dell'Unione si trova obbligato, di fatto, ad abbandonare il territorio non solo dello Stato membro di cui è cittadino, ma anche dell'Unione considerata nel suo complesso»).

ne comprende la «libertà di scegliere se spostarsi o non spostarsi [il corsivo nel testo]<sup>105</sup>» da cui deriva, come logica conseguenza, che ogni «provvedimento che impone uno spostamento limita tale scelta (...) in contrasto con l'art. 21, par. 1, TFUE»<sup>106</sup>.

La pronuncia qui commentata si incentra sul rifiuto del permesso di soggiorno a un cittadino di un Paese terzo che intendeva vivere nello Stato membro di cui era nazionale la consorte, cittadina europea che non aveva mai esercitato la libertà di circolazione. Dai fatti della controversia non emergono indizi di dipendenza economica o fisica o di qualsiasi altra natura che costringano la cittadina europea ad abbandonare la Ue per seguire il marito dal momento che entrambi i coniugi dipendono economicamente dal padre della sposa e non emergono prove che suggeriscano l'impossibilità (o la difficoltà) di condurre una vita autonoma da parte di uno di loro. Queste circostanze sono l'evidenza della mancanza di un qualunque collegamento con il diritto dell'Unione.

«Deve ritenersi che questa categoria [i cittadini europei che non hanno esercitato il diritto di libera circolazione] versi in una "situazione puramente interna" che esula dall'ambito di applicazione del diritto comunitario?»<sup>107</sup>. In questo caso, dunque, la risposta alla domanda dell'Avvocato Generale Sharpston non può che essere decisamente affermativa.

Tuttavia, gli elementi forniti dal giudice del rinvio evidenziano l'applicazione dell'art. 7, par. 1, lett. b., della direttiva n. 2004/38/Ce in base alla giurisprudenza del *Tribunal Supremo* «a tutte le domande di ricongiungimento familiare presentate da un cittadino di un paese terzo familiare di un cittadino spagnolo che non si è mai avvalso della propria libertà di circolazione»<sup>108</sup>, sebbene la situazione di un cittadino "stanziale" non rientri nel campo di applicazione del diritto Ue e l'art. 1 del Real Decreto (spagnolo) n. 240/2007 stabilisca che la disposizione regola «las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros (enfasi aggiunta) de la Unión Europea». Il contenuto della disposizione nazionale potrebbe

<sup>105</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston presentate il 12 dicembre 2013 in causa n. C-456/12, *O. c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel e Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel c. B.*, punto 134, *cit. supra*, nota 11.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston presentate il 28 giugno 2007 in causa n. C-212/06, *O. c. Governo della Communauté française e Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, punto 112, in *Raccolta*, 2008, I, p. 1683, EU:C:2007:398.

<sup>108</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Pikamäe presentate il 21 novembre 2019 in causa n. C-836/18, *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH*, punto 26, *cit. supra*, nota 32. Dello stesso tenore la sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2020 in causa n. C-836/18, punto 30, *ivi*.

giustificare lo scetticismo sul rinvio "diretto e incondizionato" della normativa spagnola alla direttiva n. 2004/38/Ce.

Vista la situazione d'incertezza, la Corte di giustizia e l'Avvocato Generale hanno risposto alle questioni pregiudiziali sottolineando nello stesso tempo la prerogativa del giudice nazionale sulla valutazione dell'esistenza di un rinvio nella normativa spagnola. Qualora mancasse un tale richiamo, l'interpretazione della Corte non avrebbe un impatto per la risoluzione del caso del signor RH. In pratica, i giudici di Lussemburgo si sarebbero limitati a ricordare che le fonti delle risorse economiche sono irrilevanti, mentre la mancanza di dipendenza dal marito della cittadina europea "stanziale" non avrebbe consentito il rilascio del permesso di soggiorno a quest'ultimo qualora la vertenza fosse inquadrabile all'interno del diritto dell'Unione<sup>109</sup>.

**Federico Forni\***

#### SINTESI

L'interpretazione della Corte di giustizia dell'art. 7, par. 1, lett. b., della direttiva n. 2004/38/Ce sul diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri nella sentenza *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real c. RH* (causa n. C-836/18) ha ribadito l'irrelevanza delle fonti delle risorse economiche. Tuttavia, tale pronuncia ha anche stabilito che l'art. 20 TFUE richiede la necessità di un rapporto di dipendenza tale da costringere un cittadino europeo "stanziale" ad abbandonare il territorio dell'Unione nel caso venisse negato il rilascio del permesso di soggiorno al coniuge nazionale di un Paese terzo. Infine, la sentenza stabilisce che la normativa di uno Stato membro che richiede l'obbligo di convivenza tra i coniugi non è una norma tanto cogente da costringere una cittadina europea ad abbandonare il territorio dell'Unione per trasferirsi nel Paese di origine del coniuge, cittadino di uno Stato terzo, a cui sia stato negato il permesso di soggiorno.

<sup>109</sup> Dopo la sentenza oggetto di questo commento, lo stesso Tribunale spagnolo ha ritirato una questione pregiudiziale (Auto del Presidente del Tribunal de Justicia del 30 aprile 2020 in causa n. C-525/19, *GF y Subdelegación del Gobierno en Toledo*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, aprile 2020, EU:C:2020:387) che aveva presentato alla Corte di giustizia sullo stesso problema, cioè per conoscere se il rifiuto del permesso di soggiorno al familiare di un cittadino Ue "stanziale" costituisse una violazione dell'art. 20 TFUE nel caso fosse stabilita in base all'art. 7, par. 1, lett. b., del RD senza un'indagine preliminare tesa a valutare se il rigetto costringesse il cittadino europeo ad abbandonare il territorio dell'Unione (Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha* (Spagna) il 9 luglio 2019 - *GF/Subdelegación del Gobierno en Toledo*, (causa n. C-525/19), in *Gu-Ue* n. C 432 del 23 dicembre 2019, p. 16).

\* Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna; Giurista / Commissione europea, Bruxelles

---

*ABSTRACT*

*The interpretation of the Court of Justice of Art. 7(1)(b) of Directive No. 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States in the judgment *Subdelegación del Gobierno en Ciudad Real vs. RH* (case No. C-836/18) established the irrelevance of the sources of economic resources. However, the judgment also pointed out that Art. 20 TFEU requires a relationship of dependency which would oblige the Union citizen who had never exercised his/her free movement rights to leave the EU territory in case of denial of a residence permit to the spouse who is a third-country national. Finally, the judgment affirmed that the national law of a Member State requiring the spouses to live together is not so legally compelling that the EU citizen would be obliged to leave the Union territory to follow in his/her country of origin the third-country national spouse whose residence permit was denied.*



**UNA RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA  
SULLE RESTRIZIONI PER OGGETTO ALLA LUCE  
DELLA SENTENZA DELLA CORTE UE *GENERICS C. GLAXO*  
(QUANDO LA LOGICA SI OPPONE AL FORMALISMO)**

**Sommario:** *Premessa - 1. Gli accordi di distribuzione - 2. Per se rule - 3. Il caso Expedia - 4. L'approccio formalistico - 5. L'approccio economico nell'art. 102 TFUE - 6. La sentenza Generics c. Glaxo - 7. L'influente opinion dell'Avvocato Generale Kokott - 8. Il supporto dell'Avvocato Generale Bobek e dell'Avvocato Generale Wathelet - 9. Conclusioni.*

**Premessa**

Gli accordi di distribuzione esclusiva, per il peccato originale di creare partizioni di territori nel Mercato Interno comunitario<sup>1</sup>, sono destinati a ri-

<sup>1</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966 in cause riunite n. 56 e n. 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione*, EU:C:1966:41.

La distribuzione esclusiva, spesso rafforzata dalla concessione di esclusive locali dei marchi, limita la competizione fra distributori della marca, consente l'uniformazione dei prezzi entro il territorio, reso impermeabile da quelli limitrofi. Tali caratteristiche hanno indotto la Commissione a ritenere tale forma distributiva restrittiva ai sensi del par. 1 dell'art. 101 TFUE; tuttavia in ragione delle efficienze apportate (si pensi alla qualificazione del prodotto e della Marca, agli incentivi agli investimenti, all'allestimento di servizi post-vendita) è stata ben presto destinataria di regolamenti di esenzione, emanati ai sensi del par. 3 della predetta norma. Afferma la Corte di giustizia nella sentenza del 4 ottobre 2011 in cause riunite n. C-403/08 e n. C-429/08, *Football Association Premier League Ltd e altri c. QC Leisure e altri*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 9083, che: «si deve tuttavia ricordare che, secondo la giurisprudenza

cadere nel par. 1 dell'art. 101 TFUE e ad essere "salvati" all'interno del par. 3 della stessa disposizione. Ha contribuito a questa tendenza l'estensiva formulazione della precitata norma<sup>2</sup> che, prendendo in considerazione, come restrizioni *alla concorrenza*, le restrizioni per oggetto e per effetto in via alternativa, consente interpretazioni formalistiche che si basano unicamente sulla tipologia degli accordi<sup>3</sup> e prescindono dalla misurazione

della Corte, un accordo volto a ristabilire la compartimentazione dei mercati nazionali può essere tale da impedire il perseguimento dell'obiettivo del Trattato diretto a realizzare l'integrazione dei mercati nazionali tramite la creazione di un mercato unico. In tal senso, contratti diretti a compartimentare i mercati nazionali secondo le frontiere nazionali ovvero rendendo più ardua l'integrazione dei mercati nazionali devono essere considerati, in linea di principio, quali accordi aventi ad oggetto la restrizione della concorrenza ai sensi dell'art. 101, n. 1, TFUE (v., per analogia, nel settore dei medicinali, sentenze 16 settembre 2008, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, Sot. *Lélos kai Sia e a.*, Racc. pag. I-7139, punto 65, nonché *GlaxoSmithKline Services e a./Commissione e a.*, cit., punti 59 e 61). Allo stato, l'unica forma distributiva che sfugge al par. 1 dell'art. 101 TFUE è la distribuzione selettiva qualitativa se attuata secondo lo schema *Metro* (cit. *infra*, nota 17), che prevede che la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi di indole qualitativa, riguardanti la qualificazione professionale del rivenditore, del suo personale e dei suoi impianti: requisiti da richiedere indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e vengano valutati in modo non discriminatorio. Si precisa nel *Commission Staff Working Document Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation*, Brussels, 2020, SWD(2020), 172 final, che: «the Commission is empowered to adopt block exemptions, especially as regards vertical agreements, by the Empowerment Regulation of 1965. This empowerment, however, is necessarily limited to those agreements falling within Article 101(1) of the Treaty for which it can be assumed with sufficient certainty that they satisfy the conditions of Article 101(3) of the Treaty». Se ne ricava che certe forme di distribuzione, come la distribuzione esclusiva, trovano legittimazione o in un regolamento di esenzione o in una valutazione positiva ai sensi del par. 3 dell'art. 101 TFUE. Non è chiaro come possa convivere questa concezione con il ricorrente assunto, formulato anche nel Regolamento (Ue) n. 330/2010 sulle restrizioni verticali, che, per la maggior parte dei casi, possono sorgere problemi sotto il profilo della concorrenza solo qualora la concorrenza sia insufficiente a uno o a più livelli della catena commerciale.

<sup>2</sup> Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 5 settembre 2019, nella causa n. C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt e altri*, EU:C:2019:678, si precisa che: «l'articolo 101, paragrafo 1, TFUE è formulato in termini molto ampi. Esso mira a colpire tutte le forme di collusione tra imprese (tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate), indipendentemente dallo scopo che perseguono e dal loro oggetto (che abbiano per oggetto o per effetto), che possano avere un impatto negativo sulla concorrenza nell'Unione europea (impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno)».

<sup>3</sup> Cfr. sentenza della Corte giustizia dell'8 luglio 1999 in causa n. C-49/92 P, *Anic Partecipazioni c. Commissione*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 4125, dove si afferma: «una pratica concordata rientra nell'art. 85, n. 1, CE anche in mancanza di effetti anticoncorrenziali sul mercato. Da un lato, dalla lettera stessa della detta norma deriva che, come nel caso degli accordi tra imprese e delle decisioni di associazioni di imprese, le pratiche concordate sono vietate, indipendentemente dai loro effetti, qualora abbiano un oggetto anticoncorrenziale. Dall'altro, benché la nozione stessa di pratica concordata presupponga un comportamento delle imprese partecipanti sul mercato, essa non implica necessariamente che tale comportamento abbia l'effetto concreto di restringere, impedire o falsare la concorrenza».

La Corte di giustizia nella sentenza dell'1 febbraio 1978 in causa n. 19/77, *Miller c. Commissione*, in *Raccolta*, 1978, p. 131, rileva che, in quel caso non è applicabile la giurisprudenza *Völk* perché non vi è prova dello scarso potere di mercato di *Miller*. Di conseguenza non è necessario indagare gli effetti perché l'art. 85, n. 1, del Trattato non prescrive che venga dimostrato che l'accordo ha determinato un pregiudizio rilevante, ma richiede solo che l'accordo sia atto a produrre questo effetto.

della loro offensività e degli effetti provocati dalla restrizione sui consumatori (essendo la concorrenza un valore astratto<sup>4</sup>). Nel momento in cui si accerta una restrizione grave per oggetto, non è più necessaria la valutazione degli effetti.

Per stabilire se un accordo leda la concorrenza (valore peraltro difficile da identificare) i giudici comunitari verificano se l'accordo limiti la libertà di una o più imprese di determinare autonomamente la propria politica di mercato e se siffatta limitazione conduca ad un'alterazione sostan-

Tenuti separati oggetto ed effetti, si può rilevare che identificare le restrizioni gravi per oggetto attraverso tipologie (ad esempio restrizioni sui prezzi, limitazione della produzione o partizione dei territori, scambio di informazioni rilevanti, ecc.) è un punto di forza per la Commissione, ma anche di estrema debolezza perché sono poco frequenti i casi in cui sia possibile prescindere dalle considerazioni sul modo di operare dell'impresa sul mercato e sulle motivazioni (giustificazioni) delle sue strategie. Al riguardo secondo un Autore le restrizioni per oggetto sono generalmente usate dalle imprese «to obtain negative effect only», L. PEEPERKORN, *Defining "by object" restrictions*, in *Concurrences*, n. 3/2015, p. 40. L'A. ricorda che nello Staff Working Document, *Guidance on restrictions of competition "by object"*, si precisa che un accordo contenente una grave restrizione per oggetto può essere esaminato all'interno del par. 3 dell'art. 101 TFUE seppure sia molto improbabile che superi tale esame. Riprende questo assunto l'Avvocato Generale Kokott nelle sue conclusioni nel caso *Expedia* (cit. *infra*, nota 27), ove afferma: «gli accordi aventi un oggetto anticoncorrenziale sono notoriamente nocivi sotto il profilo sociale. Difficilmente possono essere ritenute infrazioni bagatellari; al contrario, si deve partire dal presupposto che le imprese che concludono un accordo avente un oggetto anticoncorrenziale intendono sempre influenzare in modo sensibile la concorrenza mediante tale accordo, indipendentemente dall'entità delle rispettive quote di mercato e dal fatturato». Per un'ampia disamina degli elementi usati dalla Corte di giustizia per accertare la presenza di una restrizione per oggetto, cfr. O. KOLSTAD, *Object contra effects in Swedish and European Competition law*, Rapporto per l'Autorità svedese sulla concorrenza, 2009, reperibile al seguente indirizzo internet: <https://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/uppdraagsforskning/object-contra-effect-in-swedish-and-european-competition-law.pdf>. Si prendono in considerazione: la forma, l'obiettivo e gli effetti prodotti, l'analisi delle clausole dell'accordo; non è generalmente rilevante l'intento delle parti. V. anche, G. BRUZZONE, *Hardcore restrictions and restrictions by object: a policy perspective*, ASSONIME, 7/2019, reperibile sul sito internet [www.assonime.it](http://www.assonime.it). È importante notare che il par. 3 dell'art. 101 TFUE non distingue tra restrizioni per oggetto o per effetto.

<sup>4</sup> Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 19 marzo 2015 in causa n. C-286/13 P, *Dole Food Company, Inc. e Dole Fresh Fruit Europe, Dole Germany OHG c. Commissione*, EU:C:2015:184, ove la concertazione non aveva a riferimento la fissazione dei prezzi ai clienti finali. Di notevole interesse l'apporto del Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 4646 del 20 luglio 2020, che, a proposito della struttura dell'illecito di posizione dominante, afferma che: «il primo dubbio riguarda la nozione stessa di "sfruttamento abusivo", se cioè le condotte che lo inverano possano essere di per sé del tutto lecite ed essere qualificate "abusive" unicamente in ragione dell'effetto (potenzialmente) restrittivo ingenerato nel mercato di riferimento; oppure se le stesse condotte debbano essere necessariamente contrassegnate anche da una specifica componente di anti-giuridicità oggettiva. Alla luce della prima opzione ermeneutica – incentrata sull'uso "disfunzionale" di diritti e facoltà, e quindi similmente alla categoria dell'abuso del diritto – sarebbe dirimente, al fine di configurare l'abuso di posizione dominante, il mero discostamento rispetto al comportamento normalmente tenuto dai soggetti sottoposto a pressione concorrenziale: in concreto, una serie di comportamenti, perfettamente leciti se attuati da un'impresa in posizione concorrenziale, diverrebbero abusivi se posti in essere da un'impresa dominante allo scopo di rafforzare la sua posizione». Il Consiglio di Stato ha poi operato un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di giustizia.

ziale delle naturali condizioni di mercato<sup>5</sup>. È indubbio che la partizione dei territori altera il mercato comunitario perché riduce il numero dei distributori e favorisce la creazione di artificiali differenze di prezzo a danno dei consumatori.

È però anche vero che una parte della giurisprudenza ha individuato la necessità di effettuare, entro la medesima norma, un esame delle restrizioni nel contesto economico-giuridico (composto dal contenuto dell'accordo, dalla sua finalità, dall'ambiente in cui opera e dal sistema distributivo prescelto), al fine di valutare anche gli *effetti favorevoli*<sup>6</sup> o il *risultato legittimo*<sup>7</sup> o i *vantaggi*<sup>8</sup> perseguiti dalle parti con l'accordo, senza limitarsi ad un

<sup>5</sup> Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 4 settembre 2008 in causa n. C-209/07, *The Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd*, EU:C:2008:467. La Corte, nel caso *Lucentis/Avastin* (cit. *infra*, nota 43), afferma che la definizione di mercato rilevante ai fini della applicazione del par. 1 dell'art. 101 TFUE è intesa unicamente a determinare se l'accordo possa incidere sul commercio tra gli Stati membri o abbia per oggetto o effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza. Cita a supporto il caso *Gosselin* (sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2013 in causa C-429/11 P, *Gosselin Group NV c. Commissione*, EU:C:2013:463). Precisa poi che il mercato dei prodotti è costituito dai prodotti intercambiabili o sostituibili allorché ivi si registra un sufficiente grado di interscambiabilità tra gli stessi. L'accordo non deve, pertanto, modificare le condizioni di vendita dei prodotti facenti parte del mercato. Nel caso di specie si consideravano due prodotti sostituibili e la condotta del produttore di attenuare la pressione concorrenziale su quello che costava meno per un determinato uso. Questo comportamento è ritenuto *a priori* tale da alterare il mercato. Non viene effettuata alcuna valutazione degli effetti.

<sup>6</sup> La Corte di giustizia nella sentenza del 30 giugno 1966, *STM Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm GmbH* (M.B.U.) in causa n. 56/65, EU:C:1966:38, afferma: «il carattere non cumulativo, ma alternativo della presente condizione, sottolineato dalla congiunzione "o", implica innanzitutto la necessità di prendere in considerazione l'oggetto stesso dell'accordo, tenendo conto delle circostanze economiche in cui esso deve essere applicato (...). Nel caso in cui l'esame di dette clausole non riveli un *grado sufficiente di dannosità* per la concorrenza, si dovranno prendere in esame gli effetti dell'accordo, il quale sarà colpito dal divieto qualora emerga che il gioco della concorrenza è stato in concreto impedito, ristretto o falsato in modo sensibile» (corsivo aggiunto). Dunque, l'esame è molto schematico: si considera l'oggetto alla luce del contesto economico, si passa poi all'esame degli effetti (quindi, ad una valutazione empirica) se il grado di dannosità non è sufficiente. Non c'è ulteriore spazio, nella valutazione dell'oggetto, per un esame dei vantaggi arrecati. Questo esame schematico ricorda la «truncated effect analysis» dell'Avvocato Generale Wathelet nelle sue conclusioni in *Toshiba* (cit. *infra*, nota 63), ed in seguito esaminate (v. anche nota 94).

<sup>7</sup> Parla di risultato legittimo, a proposito della distribuzione selettiva, la Corte di giustizia nella sentenza del 13 ottobre 2011 in causa C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l'Autorité de la concurrence e Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi*, EU:C:2011:649. La Corte analizza la distribuzione selettiva e la ritiene un sistema distributivo restrittivo se non ricorrono determinate condizioni poste dalla giurisprudenza (cfr. *Metro*, cit. *infra*, nota 17). La restrizione del divieto di vendite *on line* non trova alcuna giustificazione e non arreca alcun vantaggio ai consumatori. Molto interessanti gli approdi di *Coty* (cit. *infra*, nota 44) rispetto a *Pierre Fabre*. In *Coty* la Corte prende atto che la concorrenza può svilupparsi oltre che sui prezzi anche sulle qualità del prodotto (di lusso/generico). Essa afferma che la concorrenza è funzionale al miglioramento delle condizioni del mercato; conseguentemente la distribuzione selettiva sfugge, a determinate condizioni, al par. 1 dell'art. 101 TFUE.

<sup>8</sup> Indugia sui vantaggi l'Avvocato Generale Kokott nelle conclusioni della causa avanti la Corte di giustizia *Generics (UK) Ltd, GlaxoSmithKline plc, Xellia Pharmaceuticals ApS, Alpharma, LLC, già Zoetis Products LLC, Actavis UK Ltd, Merck KGaA c. Competition and Markets Authority*, EU:C:2020:28.

esame puramente formale (tipologico). Questa corrente giurisprudenziale giustifica una sorta di *bilanciamento* degli *effetti positivi e negativi* della restrizione al fine di misurarne l'offensività, sul presupposto che una restrizione che non presenta tale carattere non deve ricadere nel par. 1 dell'art. 101 TFUE. Sostiene pertanto che sarebbe irrazionale ritenere anticompetitivo un accordo restrittivo per oggetto non in grado di esplicitare effetti negativi sul mercato rilevante<sup>9</sup>. Dunque, al formalismo oppone la logica.

## 1. Gli accordi di distribuzione

In conseguenza dello sfavore mostrato dalla Commissione verso questa forma distributiva (oltre che verso quella selettiva<sup>10</sup>) gli accordi di distribuzione esclusiva, per essere utilizzati, devono essere "esentati" sulla base o dell'autovalutazione prevista dal par. 3, dell'art. 101 TFUE o del Regolamento (Ue) n. 330/2010 sulle intese verticali<sup>11</sup>. Questo Regolamento prevede che la distribuzione esclusiva<sup>12</sup> può essere «esentata»<sup>13</sup> solo se

<sup>9</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1967 in causa n. 23/67, *Brasserie de Haecht c. Wilkin*, in *Raccolta*, 1967, p. 525. L'altra faccia dell'assunto secondo cui un accordo che ha scarsi effetti sul mercato non crea una restrizione sensibile è quella che prende atto, in base alla teoria economica, che una restrizione può presentare una efficienza sul mercato che, se andasse persa, danneggerebbe il consumatore. Il Regolamento (Ce) n. 2790/99 sulle intese verticali partecipa di questi assunti, creando quote di mercato per l'accesso e "autorizzando" accordi contenenti restrizioni verticali (di distribuzione esclusiva, selettiva, *franchising*).

<sup>10</sup> Sfavore probabilmente dettato dalla tendenziale preclusione al commercio parallelo e limitazione delle vendite *on line* dei sistemi esclusivo e selettivo, tanto che si è affermato che: «we acknowledged that in principle selective distribution agreements could somehow be used for anticompetitive purposes among upstream suppliers and that this could be a basis for a regulatory intervention», T. BUETTNER, *Selective distribution by luxury goods suppliers: a response to Kinsella et al.*, in *European Competition Journal*, 2019. Le vendite *on line* mettono infatti in crisi i due sistemi perché sono considerate legittime vendite passive provenienti da consumatori residenti in altri territori. Sul sistema distributivo selettivo, v. anche l'ormai celebre ordinanza del Tribunale di Milano, sez. XIV, del 3 luglio 2019, R.G. 50977/2018, nella causa *Amazon c. Sisley*, in sede di reclamo in fase cautelare.

<sup>11</sup> A. PAPPALARDO, *Il diritto della Concorrenza della Unione Europea*, Milano, Utet, 2018, afferma (p. 304): «ne è derivato, ad esempio, che la concessione al distributore dell'esclusiva territoriale è stata costantemente autorizzata in quanto assai utile alla costruzione di un efficace sistema distributivo». La necessità della autorizzazione la dice lunga sulla diffidenza della Commissione verso questa forma distributiva. L'A. ricorda che la Commissione, a fronte dell'eccessivo numero di notifiche degli accordi (obbligo imposto dal Regolamento n. 17/62) per ottenere l'esenzione ai sensi del par. 3 dell'art. 85 TCEE (ora 101 TFUE), aveva ritenuto che tale problema non fosse dovuto alle incertezze interpretative che inducevano a ritenere che gli accordi di esclusiva ricadessero tutti nel par. 1 dell'art. 85, quanto nell'utilizzo eccessivo della esenzione di cui al par. 3. È significativo di questo orientamento il fatto che uno dei primi regolamenti sulla distribuzione esclusiva, il Regolamento n. 1983/83, esentasse questa forma distributiva a patto che la clausola di esclusiva fosse presente nell'accordo. Si era così sicuri che il fornitore ricorresse al Regolamento, se aveva ancora dei dubbi ...

<sup>12</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione*, cit. *supra*, nota 1. È interessante notare

ammette le vendite passive: diversamente potrebbe ricadere nel par. 1 dell'art. 101 TFUE<sup>14</sup>. Sotto il profilo teorico non è però automatico<sup>15</sup> che un accordo che beneficia della esenzione per categoria sia un accordo restrittivo<sup>16</sup> ai sensi del paragrafo sopra detto (anche se, a stretto rigore, i Regolamenti di esenzione operano all'interno del par. 3, come indica il Regolamento n. 19/65/Cee del Consiglio, del 2 marzo 1965, relativo all'applicazione dell'art. 85, par. 3, del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate).

Ci si può allora chiedere se sia giustificato porre l'esame sui potenziali o reali effetti restrittivi sul mercato di un accordo di distribuzione esclusiva a livello del par. 3 dell'art. 101 TFUE oppure se questo esame (sull'oggetto e sugli effetti) possa essere preliminarmente effettuato già all'interno del par. 1.

che in questa causa il Governo tedesco aveva (a nostro avviso correttamente) sostenuto che mancando un esame sulla presenza nel mercato di prodotti sostituibili, non si poteva determinare il grado di offensività della intesa. La Commissione, al contrario, aveva sostenuto (irrealisticamente) che perché un accordo distributivo sia restrittivo è sufficiente che la restrizione si verifichi anche in una sola delle fasi distributive. Il formalismo raggiunge un livello difficilmente comprensibile. In linea di principio non si è mai sostenuto che la distribuzione esclusiva ricada automaticamente nel par. 1 dell'art. 101 TFUE (cfr. Tribunale della UE dell'8 giugno 1995 in causa n. T-7/93, *Langnese-Iglo GmbH c. Commissione*, EU:T:1995:98), ma è la stessa struttura dei Regolamenti di esenzione che sembra indurre a considerarli ipoteticamente restrittivi.

<sup>13</sup> Il termine «esentato» alla luce del Regolamento n. 1/2003 è atecnico, costituendo i Regolamenti di esenzione degli strumenti per valutare gli accordi entro un margine di sicurezza.

<sup>14</sup> V. anche G. PETROPOULOS, *Vertical restraints and e-commerce*, in *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, N° 1, 2018, p. 1, reperibile sul sito internet [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com), il quale rileva: «restrictions to active sales can be justified under provisions of art. 101 (3) TFUE or when the corresponding market shares do not exceed the threshold set by VBER».

<sup>15</sup> Il «safe harbour» offerto dal Regolamento di esenzione è solo formale, non esclude che la Commissione esamini l'accordo nel suo effettivo operare. (Regolamento n. 461/2010, *cit. infra*, nota 34). Il Tribunale nella sentenza dell'8 luglio 2004 in causa n. T-44/00, *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commissione*, EU:T:2004:218, al par. 173, afferma: «ne consegue che la legalità dei contratti in questione può essere valutata solo rispetto all'art. 81, n. 1, CE. Così, anche se fosse dimostrata, la circostanza secondo cui tali contratti soddisfacevano i requisiti di merito dell'art. 81, n. 3, CE, che disciplina la concessione di esenzioni, alla luce della politica della Commissione nonché come risulta dal regolamento della stessa n. 2790/1999, è irrilevante nel caso di specie. Al contrario, l'adozione di tale regolamento nel dicembre 1999 conferma che, secondo la Commissione, accordi di questo genere violano, in linea di principio, l'art. 81, n. 1, CE, dato che richiedono l'applicazione dell'art. 81, n. 3, CE. Di conseguenza, l'argomento della Mannesmann basato sul regolamento n. 2790/1999 deve essere respinto». V. anche la sentenza del Tribunale della Ue del 6 luglio 2000 in causa n. T-62/98, *Volkswagen c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, II, p. 2707, ove si precisa che le imprese, utilizzando il Regolamento di esenzione per categoria del settore automobilistico n. 123/1985, non possono tradire lo spirito che sottende il Regolamento ed il favore verso le importazioni parallele. L'art. 10 del Regolamento autorizza la Commissione a negare l'esenzione se sul mercato si verificano effetti incompatibili con quelli del par. 3 dell'art. 85. Questa decisione è indicata come punto di emersione della *per se rule* perché l'indagine della Commissione era stata molto superficiale e si era basata quasi esclusivamente sulla violazione delle importazioni parallele.

<sup>16</sup> Lo dimostra il caso di un accordo di distribuzione selettiva qualitativa che non contenga ulteriori clausole restrittive. Questa forma distributiva letta alla luce della giurisprudenza *Cartes Bancaires* (*cit. infra*, nota 30) non sarebbe restrittiva per oggetto.

Discorso diverso per la distribuzione selettiva la quale, pur ipoteticamente restrittiva (in relazione al divieto di vendere ai rivenditori indipendenti, alla tendenza a mantenere i prezzi al cliente finale entro una banda di oscillazione molto stretta), appare protesa a raggiungere un *risultato legittimo* sotto il profilo della concorrenza e, pertanto, non costituisce una restrizione per oggetto se i criteri selettivi non vanno *oltre il necessario*<sup>17</sup>: tale valutazione può avvenire all'interno del par. 1 dell'art. 101 TFUE.

È comunque indubbio che la Commissione tende, allorché deve considerare gli effetti favorevoli di un'intesa restrittiva, bilanciandoli, ad applicare il par. 3 dell'art. 101 TFUE<sup>18</sup>, ancora memore dei procedimenti di autorizzazione preventiva che effettuava prima del Regolamento (Ce) n. 1/2003<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. sentenza del Tribunale della Ue del 12 dicembre 1996 in causa n. T-88/92, *Groupement d'achat Édouard Leclerc c. Commissione*, EU:T:1996:192; decisione della Commissione dell'1 luglio 2016, *Biagioli c. Volkswagen*, COMP 39828/2016. La Corte di giustizia nella sentenza del 13 ottobre 2011 in causa n. C-439/09, *Pierre Fabre*, cit. *supra*, nota 7, afferma: «in materia di accordi istitutivi di un sistema di distribuzione selettiva, la Corte ha già rilevato che siffatti accordi influiscono *necessariamente* sulla concorrenza nel mercato comune (...). Tali accordi, in assenza di un'oggettiva giustificazione, devono essere considerati restrizioni per oggetto. La giurisprudenza della Corte ha, tuttavia, riconosciuto che esistono *esigenze legittime*, come la salvaguardia di un commercio specializzato, in grado di fornire prestazioni specifiche per prodotti di alto livello qualitativo e tecnologico, che giustificano la limitazione della concorrenza sui prezzi a vantaggio della concorrenza riguardante fattori diversi dai prezzi. Dal momento che mirano a raggiungere un *risultato legittimo*, che può contribuire a migliorare la concorrenza quando questa non si esplica unicamente sui prezzi, i sistemi di distribuzione selettiva costituiscono quindi un fattore di concorrenza conforme all'art. 101, n. 1, TFUE (...)» (corsivo aggiunto).

Nella sentenza della Corte di giustizia del 25 ottobre 1977 in causa n. 26/76, *Metro SB c. Commissione*, in *Raccolta*, 1977, p. 1875, si afferma che: «qualsiasi sistema di vendita fondato sulla selezione dei punti di distribuzione implica inevitabilmente l'obbligo, per i grossisti che fanno parte della rete, di rifornire solo i rivenditori autorizzati e – quindi – la possibilità per il produttore interessato di controllare l'osservanza di detto obbligo». Altri vincoli invece, cadono sotto il divieto di cui all'art. 85, n. 1, salvo che fruiscono, se del caso, unitamente all'obbligo principale cui sono annessi, dell'esenzione di cui all'art. 85, n. 3. La Corte di giustizia nella sentenza del 25 ottobre 1983 in causa 107/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG c. Commissione*, in *Raccolta*, 1983, p. 3151, afferma che l'attuazione di un sistema di distribuzione selettiva fondato su criteri diversi da quelli indicati dalla giurisprudenza costituisce trasgressione dell'art. 85, n. 1. Lo stesso vale nel caso in cui un sistema in linea di principio conforme al diritto comunitario venga applicato in pratica in modo incompatibile con esso.

<sup>18</sup> Il Tribunale di primo grado nella sentenza del 23 ottobre 2003 in causa n. T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd c. Commissione*, EU:T:2003:281, afferma: «l'art. 85 del Trattato prevede esplicitamente, al n. 3, la possibilità di esentare accordi restrittivi in materia di concorrenza qualora questi ultimi soddisfino un determinato numero di condizioni, in particolare allorché sono indispensabili alla realizzazione di taluni obiettivi e non danno alle imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti in esame. Solo nel preciso ambito di tale disposizione può intervenire una ponderazione degli aspetti pro concorrenziali e anticoncorrenziali di una restrizione».

<sup>19</sup> Regolamento (Ce) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, in *Guce* n. L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1 ss.

Per trovare una risposta al quesito dobbiamo indagare sull'articolata norma dell'art. 101 TFUE, norma che presenta, ancora oggi, diversità di interpretazioni<sup>20</sup>.

Va altresì ricordato che prima del Regolamento (Ce) n. 1/2003<sup>21</sup> la Commissione era chiamata a concedere le esenzioni sugli accordi restrittivi ai sensi del par. 1. In tale veste aveva negato agli accordi di distribuzione esclusiva di *Grundig* l'esenzione (dal che era nata la nota controversia<sup>22</sup>) ai sensi del par. 3, tanto che l'azienda aveva dovuto cambiare sistema distributivo, optare per il sistema selettivo qualitativo e nuovamente richiedere l'esenzione alla Commissione, questa volta concessa<sup>23</sup>.

Con i Regolamenti di esenzione il procedimento autorizzativo è stato semplificato, tuttavia la valutazione cui è chiamata l'impresa avviene nell'area del par. 3 dell'art. 101 TFUE. Afferma la Corte di giustizia nel caso *Repubblica italiana*<sup>24</sup> che «mentre la concessione del beneficio dell'artico-

<sup>20</sup> Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek nella causa *Gazdasági Versenyhivatal, Budapest Bank Nyrt e altri*, cit. supra, nota 2.

<sup>21</sup> Cit. supra, nota 19.

<sup>22</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione*, cit. supra, nota 1.

<sup>23</sup> Cfr. decisione della Commissione del 21 dicembre 1993, *Sistema distributivo Grundig*, IV/29.420, in *Guce* n. L 20 del 25 gennaio 1994, p. 15. È interessante notare che il sistema distributivo esclusivo venne ritenuto rientrante nel par. 1 dell'art. 101 TFUE (allora art. 81 TCE) in quanto conteneva restrizioni che andavano oltre le finalità del sistema medesimo, quali l'obbligo per i dettaglianti di tenere sia un assortimento di prodotti Grundig completo sia una gamma di prodotti conforme al programma di vendita della Grundig. Era pertanto esentato ai sensi del par. 3 dell'art. 101 TFUE.

<sup>24</sup> Cfr. sentenza della Corte giustizia del 13 luglio 1966 in causa n. 32/65, *Repubblica italiana c. Consiglio della Comunità economica europea e Commissione*, EU:C:1966:42. Quanto, invece, alla relazione fra i Regolamenti di esenzione e il par. 3 dell'art. 101 TFUE, va detto che essa è simbiotica. In primo luogo quando un accordo beneficia dell'esenzione di un regolamento o supera l'analisi del par. 3, rimane esclusa l'applicabilità del par. 1, cfr. sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2011 in cause riunite n. C-403/08 e n. C-429/08, *Football Association Premier League Ltd e altri c. QC Leisure e altri*, cit. supra, nota 1. Secondo le *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, par. 3, del Trattato*, in *Gu-Ue* n. C 101 del 27 aprile 2004 (c.d. *General Guidelines*), il fatto che, a causa delle quote di mercato detenute dalle parti, un accordo non rientri nella zona protetta di un Regolamento di esenzione per categoria, non permette, di per sé, di concludere che esso rientri nel campo d'applicazione dell'art. 81, par. 1, o che non soddisfi le condizioni di cui all'art. 81, par. 3. È necessario procedere ad una valutazione individuale degli effetti che può verosimilmente produrre l'accordo. L'applicazione dell'art. 81, par. 3 a determinate categorie di accordi in virtù di Regolamenti di esenzione per categoria si basa sulla presunzione che gli accordi restrittivi che rientrano nel loro campo di applicazione soddisfano ognuna delle quattro condizioni di cui all'art. 81, par. 3. Al punto 46 si afferma poi: «in linea di principio, tutti gli accordi restrittivi che soddisfano le quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3 possono beneficiare della deroga. Le restrizioni gravi della concorrenza, tuttavia, non possono verosimilmente soddisfare le quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Tali restrizioni figurano solitamente nella lista nera dei regolamenti di esenzione per categoria o sono individuate come restrizioni fondamentali nelle linee direttrici e nelle comunicazioni della Commissione. In genere gli accordi di questa natura non soddisfano (almeno) le prime due condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3. Essi non creano benefici economici oggettivi e non determinano benefici per gli utilizzatori. Ad esempio, un accordo orizzontale per la fissazione dei prezzi determina una limitazione del-

lo 85, par. 3, a un determinato accordo presuppone che questo sia stato previamente riconosciuto soggetto al divieto dell'art. 85, par. 1, la possibilità prevista dal par. 3 di concedere lo stesso beneficio per categorie non implica che un accordo determinato, appartenente ad una di queste catego-

la produzione ed una cattiva allocazione delle risorse. Esso trasferisce inoltre valore dagli utilizzatori ai produttori, in quanto conduce a prezzi più elevati senza generare una compensazione per gli utilizzatori all'interno del mercato rilevante. Di norma, inoltre, questi tipi di accordi non soddisfano il criterio del carattere di indispensabilità di cui alla terza condizione».

Al punto 47 degli *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, in *Gu-Ue* n. C 130 del 19 maggio 2010, p. 1 ss., si precisa che: «se un accordo contiene una restrizione fondamentale di questo tipo, ciò fa presumere che l'accordo rientri nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1. Si presume inoltre che sia improbabile che l'accordo soddisfi le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3, per cui l'esenzione per categoria non si applica. Le imprese hanno tuttavia la possibilità di dimostrare l'esistenza di effetti favorevoli alla concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, in un caso individuale. Qualora le imprese provino che dall'inclusione nell'accordo della restrizione fondamentale derivino probabili efficienze e che in generale tutte le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3, sono soddisfatte, la Commissione dovrà valutare effettivamente il probabile impatto negativo sulla concorrenza prima di decidere in via definitiva se le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3, sono soddisfatte». In linea teorica qualsiasi restrizione è recuperabile.

Nelle proprie conclusioni del 3 marzo 2011, nella causa n. C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l'Autorité de la concurrence and Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi*, EU:C:2011:113, l'Avvocato Generale Mazák rileva che non esiste una corrispondenza tra restrizioni per oggetto o restrizioni gravi (*hardcore restrictions*). Precisa che: «la nozione di restrizione grave non risulta dal Trattato CE né, di fatto, dalla normativa comunitaria, ma vi viene fatto riferimento nelle linee direttrici della Commissione sulle restrizioni verticali che, al paragrafo 46, statuiscono che il regolamento n. 2790/1999 contiene, all'articolo 4, una lista di restrizioni gravi che comportano l'esclusione dell'accordo verticale nella sua totalità dal campo d'applicazione di detto regolamento (...). A mio parere, sebbene l'inclusione di siffatte restrizioni in un accordo darebbe luogo a timori quanto alla conformità di tale accordo con l'art. 81, n. 1, CE e potrebbe, di fatto, dopo l'esame, tra l'altro, dell'accordo specifico e del contesto economico e giuridico del quale fa parte, far concludere, in effetti, nel senso di una restrizione per oggetto, non esiste una presunzione legale che l'accordo violi l'art. 81, n. 1, CE. A tale riguardo, la Corte ha recentemente riaffermato, nella sentenza *Pedro IV Servicios*, le modalità di applicazione dei distinti paragrafi dell'art. 81, n. 1, CE. Pertanto, "qualora un accordo non soddisfi tutte le condizioni previste da un regolamento di esenzione, esso ricade nel divieto di cui all'art. 81, n. 1, CE solo se ha per oggetto o per effetto di restringere sensibilmente la concorrenza all'interno del mercato comune e se può pregiudicare il commercio tra gli Stati membri. In quest'ultimo caso, e in mancanza di esenzione individuale ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE, tale accordo sarebbe nullo di pieno diritto, conformemente al n. 2 dello stesso articolo". A mio parere, il passo citato sottolinea il fatto che un accordo che non soddisfa tutte le condizioni previste da un regolamento di esenzione non ha, necessariamente, per oggetto o effetto di restringere la concorrenza ai sensi dell'art. 81 CE». Quand'anche si possa ritenere che un accordo che non soddisfa le condizioni del Regolamento possa non ricadere nel par. 1 dell'art. 101 TFUE, rimane però il fatto che questa ipotetica legittimazione delle restrizioni gravi dovrebbe derivare dal par. 3 dell'art. 101 TFUE, come ci spiega il Regolamento (Ue) n. 330/2010.

Nel caso *Lucentis/Avastin* (*cit. infra*, nota 43), si arriva però alla conclusione che se una intesa non si può giovare della «esenzione» del par. 3 dell'art. 101 TFUE non può nemmeno giovare di un Regolamento di esenzione. Non superando tale esame dovrebbe poi essere esaminata alla luce del par. 1. B. CALABRESE, *Medicinali off-label, informazioni di farmacovigilanza e nuove frontiere della concorrenza basata sui meriti*, in *Giur. Comm.*, 2019, II, p. 996, mostra perplessità sull'approccio della Corte che prima ritiene contraria al par. 3 dell'art. 101 TFUE la restrizione per oggetto (perché non soddisfa i requisiti ivi indicati ed, in particolare, la quarta eccezione della indispensabilità) e poi ritiene inapplicabile il Regolamento di esenzione. Lo stesso ragionamento viene effettuato dalla Commissione nel caso *Nike*, *cit. infra*, nota 47.

rie, abbia necessariamente i presupposti per ricadere nella previsione del par. 1. Attribuendo al Consiglio il potere di autorizzare esenzioni per categoria, l'articolo 85, par. 3, gli ha imposto di esercitare detto potere solo nei confronti delle categorie di accordi che possono rientrare nelle previsioni del par. 1. Il Regolamento del Consiglio sarebbe infatti inutile se gli accordi delle categorie in esso indicate non potessero soddisfare dette condizioni. Tuttavia la definizione di una categoria delimita soltanto un certo ambito e non significa affatto che gli accordi in esso compresi siano tutti soggetti al divieto; non è detto nemmeno che un accordo compreso nella categoria esentata, ma che non risponda a tutte le previsioni di detta definizione, ricada necessariamente sotto il divieto. La concessione di un'esenzione per categoria non può quindi affatto pregiudicare, nemmeno implicitamente, un accordo individualmente considerato». Nella pratica però l'impresa, disponendo di un Regolamento di esenzione, vi farà ricorso senza effettuare il complesso ragionamento della Corte, partendo dall'ovvia considerazione che è molto probabile che un sistema distributivo esclusivo o selettivo ricada nel par. 1 dell'art. 101 TFUE.

## 2. *Per se rule*

La formula «*restrizioni per oggetto*» ha finito per focalizzare l'analisi sotto un profilo formale, facendo perdere alla Commissione quella propensione all'esame economico tipica del sistema americano che, accanto alla *per se rule*, ha posto l'argine della *rule of reason*. La Corte di giustizia ha assecondato questo approccio. Malgrado la ricorrente affermazione che «non vi può essere, in via di principio, una pratica anticoncorrenziale la quale, quale che sia l'intensità dei suoi effetti su un determinato mercato, non possa essere esentata, qualora siano cumulativamente soddisfatte le condizioni stabilite dall' art. 85, n. 3, del Trattato, e sempre che la pratica di cui trattasi sia stata regolarmente notificata alla Commissione<sup>25</sup>», la Corte è incline a giudizi formali nel momento in cui afferma che le regole della concorrenza devono proteggere la concorrenza e non i consumatori<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Cfr. sentenza del Tribunale della Ue del 15 luglio 1994 in causa n. T-17/93, *Matra Hachette c. Commissione*, in *Raccolta*, 1994, II, p. 595. Da questo assunto si è tratta la conclusione che – in linea di ipotesi – anche le *hardcore restrictions* dell'art. 4 del Regolamento (Ue) n. 330/2010 possano essere esentate ai sensi del par. 3 dell'art. 101 TFUE. Rimane però tema attuale e controverso la diversa relazione, a monte, tra le restrizioni per oggetto e le *hardcore restrictions*: v., G. BRUZZONE - S. CAPOZZI, *Revisione della disciplina europea delle intese verticali*, ASSONIME, 6/2020; *Commission Staff Working Document Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation*, cit. *supra*, nota 1.

<sup>26</sup> La Corte di giustizia nella sentenza del 19 marzo 2015 in causa C-286/13 P, *Dole Food Company, Inc. e Dole Fresh Fruit Europe, Dole Germany OHG c. Commissione*, cit. *supra*,

e che la dannosità (effetti) si può misurare anche solo a livello potenziale (nota 3).

L'esame della giurisprudenza della Corte di giustizia sul par. 1 dell'art. 101 TFUE ci mostra la contemporanea presenza di due tesi (apparentemente) opposte. Una, molto restrittiva, rappresentata dalla giurisprudenza *Expedia*<sup>27</sup> (risalente a *Grundig*<sup>28</sup>) che usa un approccio formalistico nel valutare l'oggetto dell'intesa<sup>29</sup> ed una, maggiormente propensa ad esaminare come la restrizione effettivamente opera nel contesto economico giu-

nota 4, precisa: «in ogni caso, l'articolo 81 CE, come le altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi immediati di singoli concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la *concorrenza in quanto tale*. Pertanto, l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di una pratica concordata non può essere subordinato all'accertamento di un legame diretto di quest'ultima con i prezzi al dettaglio» (corsivo aggiunto). Notano A. CATRICALÀ - E. GABRIELLI, *I contratti della concorrenza*, Torino, Utet, 2011, p. 430, che l'Avvocato Generale Trstenjak nella causa *Glaxo* (cit. *infra*, nota 49) relega la valutazione del danno ai consumatori al par. 3 dell'art. 101 e la ritiene irrilevante nel par. 1; in questo modo si perviene ad una valutazione della restrizione per oggetto anche solo con un grado di offensività meramente *potenziale*. L'allegazione della assenza del danno potrebbe eventualmente mettere in dubbio la restrizione per oggetto in presenza di valutazioni molto solide. Questa rigida impostazione risente delle teorie ordoliberali che consideravano la concorrenza come Istituzione, teorie che sembrano inadeguate ad una moderna concezione della concorrenza. Si pone il problema se gli artt. 101 e 102 TFUE proteggano la concorrenza o il benessere dei consumatori, Cons. Stato, 20 luglio 2020, n. 4646, cit. *supra*, nota 4.

<sup>27</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2012 in causa n. C-226/11, *Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence e altri*, EU:C:2012:795.

<sup>28</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966, *Etablissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione*, cit. *supra*, nota 1.

<sup>29</sup> Questa giurisprudenza utilizza la deterrenza delle norme sulla concorrenza. Essa si esprime sia nel poco rigore nella valutazione delle restrizioni per oggetto sia nell'*enforcement* delle norme sulla concorrenza. Sotto il primo profilo la politica della Commissione si discosta notevolmente dalle scuole economiche che ritengono che le norme sulla concorrenza si dimostrano efficienti nel momento in cui l'impresa non è frenata, nella ricerca di accordi innovativi, dalla elevata probabilità di essere sanzionata dalla Autorità. Sotto il secondo profilo, v. *Comunicazione della Commissione relativa alla quantificazione del danno nelle azioni di risarcimento fondate sulla violazione dell'articolo 101 o 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea* (in *Gu-Ue* n. C 167 del 13 giugno 2013, p. 19 ss.), ove, al par. 1 si afferma: «le violazioni degli articoli 101 o 102 del Trattato (...) danneggiano fortemente l'economia nel suo insieme e ostacolano il buon funzionamento del mercato interno. Per evitare questi danni la Commissione ha il potere di sanzionare le violazioni delle norme UE sulla concorrenza compiute da imprese ed associazioni di imprese, irrogando loro ammende. Scopo di tali ammende è ottenere un effetto dissuasivo». Va precisato che le norme sulla concorrenza (artt. 101 e 102 TFUE) sono ritenute norme di applicazione diretta di ordine pubblico, v. par. 67 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed del 19 gennaio 2006, nella causa n. C-301/04 P, *Carbon c. Commissione*, EU:C:2006:53 nonché sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2006 in cause riunite da n. C-295/04 a n. C-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni ed altri*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 6619, annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 532.

Nel caso *Yamaha* (decisione della Commissione europea del 16 luglio 2003, AT 37975), il costruttore si è impegnato a modificare un accordo di distribuzione che in alcuni isolati casi era stato interpretato come volto alla fissazione dei prezzi. Dunque era sicuramente privo di effetti dannosi.

ridico in cui manifesta i suoi effetti, rappresentata, nei tempi più recenti, da *Cartes Bancaires*<sup>30</sup>.

Queste tesi sono generalmente individuate in base all'approccio che hanno: formalistico o economico, ma la loro fondamentale differenza risiede nel fatto che lo *standard* per valutare la restrizione per oggetto (ed omettere l'esame sugli effetti) è molto più elevato e rigoroso nell'approccio economico. In *Cartes Bancaires* si richiede un *sufficiente grado di dannosità* da provare in base al contenuto o al tenore delle disposizioni, degli obiettivi e del contesto economico. In *T-Mobile*<sup>31</sup> la Corte ne utilizza uno minore: «per quanto riguarda la valutazione del carattere anticoncorrenziale di una pratica concordata come quella di cui trattasi nella causa principale, occorre ricordare che (...) affinché vi sia un oggetto anticon-

<sup>30</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2014 in causa n. C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires (CB) c. Commissione*, EU:C:2014:2204. Il percorso argomentativo è quello di *STM* (cit. supra, nota 6) secondo cui: «nel caso in cui l'esame di dette clausole non riveli un *grado sufficiente di dannosità per la concorrenza*, si dovranno prendere in esame gli effetti dell'accordo, il quale sarà colpito dal divieto qualora emerga che il gioco della concorrenza è stato in concreto impedito, ristretto o falsato in modo sensibile. Per questo scopo occorre considerare come senza l'accordo in questione la concorrenza avrebbe operato nell'ambito del mercato di cui si tratta; l'alterazione della concorrenza può non sussistere qualora l'accordo *appaia necessario* appunto per la penetrazione di un'impresa in una zona in cui non operava. Per stabilire quindi se un contratto contenente una clausola "che concede un diritto esclusivo di vendita" debba considerarsi vietato in ragione del suo oggetto o del suo effetto, si devono considerare in specie la natura e la quantità limitata o meno di prodotti che costituiscono oggetto dell'accordo; la posizione e l'importanza del concedente e quella del concessionario sul mercato dei prodotti di cui trattasi; il carattere isolato dell'accordo litigioso o, al contrario, la sua posizione in un complesso di accordi; il rigore delle clausole destinate a garantire l'esclusiva o, al contrario, le possibilità lasciate ad altre correnti commerciali degli stessi prodotti, attraverso riesportazioni ed importazioni parallele». L'eco della sentenza *Groupement des cartes bancaires (CB)* è stato notevole. Essa è ripresa da Cons. Stato, 23 dicembre 2019, n. 8695, che, a proposito delle restrizioni per oggetto, dopo aver ricordato che esse si presentano come condotte vietate in ragione della loro stessa natura, rileva che è convincimento del Collegio che anche questa nozione debba poi essere calata nel quadro dei principi generali che presidono al diritto sanzionatorio, primo fra tutti quello dell'onere probatorio che grava su chi accusa. La necessità di un'analisi del contesto fattuale e del funzionamento del mercato, se del caso attraverso il ricorso al metodo controfattuale, emerge nella sentenza della Corte di giustizia del 11 settembre 2014 in causa n. C-382/12 P, *MasterCard Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2014:2201. Si è rilevato che questa analisi tende a spostarsi nel par. 1 dell'art. 101 TFUE dal par. 3, v. F. PRADELLES - A. SCORDAMAGLIA-TOUSIS, *Two sides of Cartes bancaires Ruling*, in *Competition Policy International*, 2014, n. 2, p. 139 ss.

<sup>31</sup> Cit. infra, nota 38. Nella causa n. C-8/08, *T-Mobile*, lo *standard* della giurisprudenza (sufficiente grado di dannosità) si liquefa in una mera ... potenzialità degli effetti per la concorrenza; v. sul punto, ASSONIME, *Le pronunce della Corte di giustizia sulle restrizioni della concorrenza per oggetto dopo la sentenza Cartes Bancaires*, in *Note e studi e approfondimenti*, n. 5/2016, reperibile al seguente indirizzo internet: <http://www.assonime.it/attivita-editoriale/studi/Pagine/266118.aspx>. È interessante notare come nelle cause riunite n. C-56 e 58/64, *Grundig*, cit. supra, nota 1, ci si limita all'affermazione che: «ai fini dell'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1, è superfluo prendere in considerazione gli effetti concreti di un accordo, ove risulti che esso ha per oggetto di restringere, impedire o falsare il gioco della concorrenza», mancano totalmente indicazioni di quando un accordo sia restrittivo per oggetto, v., *amplius*, S. KING, *Agreements that restrict competition by object under Article 101 (1) TFUE: past, present and future*, PhD thesis, reperibile al seguente indirizzo internet: <http://etheses.lse.ac.uk/3068/>, London School of Economics, Londra, 2015.

correnziale, è sufficiente che la pratica concordata sia tale da produrre effetti dannosi per la concorrenza. In altri termini, tale pratica concordata deve *semplicemente essere idonea in concreto*, tenuto conto del contesto giuridico ed economico nel quale si inserisce, ad impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune». Lo *standard* espresso dalla Corte di giustizia nel caso *Expedia* è sostanzialmente simile. Questo approccio sembra totalmente scollegare la restrizione dal mercato<sup>32</sup>.

A metà di queste due tesi (apparentemente) estreme<sup>33</sup> si colloca quella giurisprudenza che ritiene che le imprese con scarso potere di mercato sono tendenzialmente incapaci di creare intese restrittive che ricadano nel par. 1 dell'art. 101 TFUE. Punto di emersione di questa giurisprudenza è la sentenza *Völk*<sup>34</sup> che assume che «un accordo di esclusiva, sia pure asso-

<sup>32</sup> Il Tribunale della Ue nella sentenza del 25 febbraio 2005 in causa n. T-38/02, *Danone c. Commissione*, in *Raccolta*, 2005, II, p. 4407, afferma che «per quanto riguarda il criterio dell'impatto dell'intesa, si deve constatare che, sebbene la Commissione, nella decisione impugnata, abbia rilevato che determinati aspetti non sono stati applicati, o lo sono stati solo in parte, essa, tuttavia, ha osservato che non si può concludere nel senso che il cartello non ha avuto alcuna incidenza o ha avuto un'incidenza limitata sul mercato».

<sup>33</sup> Autorevole dottrina (G. BRUZZONE, *Le restrizioni per oggetto nella giurisprudenza della Corte di giustizia alla ricerca di un approccio sistematico*, Atti del Convegno di Trento del 17 aprile 2015) propone una lettura del caso *Expedia* meno "estremista" e ipotizza che questa decisione non sia in discontinuità con il caso *Völk* (*cit. infra*, nota 34), ma individui solo la necessità che non si analizzi più un'intesa definita restrittiva attraverso un'ulteriore analisi del mercato. *Expedia* non trascurerebbe *a priori*, nella valutazione della restrizione per oggetto, una spiegazione alternativa, ancorché di natura economica, quale la debole posizione delle parti sul mercato. Se si esamina la posizione dell'Avvocato Generale Kokott, ispiratrice della sentenza, in *Generics* (*cit. supra*, nota 8), sembra che effettivamente la distanza tra le decisioni *Expedia* e *Völk* non sia eccessiva e che l'Avvocato Generale ritenga che la valutazione della restrizione per oggetto possa rimanere astratta solo se il dato formale (confermato dall'esperienza) risulti decisivo. E la distanza non sarebbe nemmeno eccessiva da *STM* (*cit. supra*, nota 6). La questione pare allora che si riduca alla constatazione della maggior o minor gravità della restrizione per oggetto. Nel primo caso essa è irrimediabilmente illecita e non è salvabile nemmeno attraverso la Comunicazione "de minimis". Sul punto, Cons. Stato, 13 giugno 2014, n. 3032. Non si dovrebbe pertanto nemmeno parlare di presunzione di illiceità: v. conclusioni dell'Avvocato Generale J. Kokott del 19 febbraio 2009 nella causa n. C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV e altri c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 4529, al punto 45.

<sup>34</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 9 luglio 1969 in causa n. 5/69, *Franz Völk c. J. Vervaecke s.p.a.*, EU:C:1969:35; nello stesso senso, Corte di giustizia del 21 gennaio 1999 in cause riunite n. C-215/96 e n. C-216/96, *Carlo Bagnasco e altri c. Banca Popolare di Novara*, EU:C:1999:12, annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 75, ove si afferma: «un accordo non ricade sotto il divieto dell'art. 85 qualora esso pregiudichi il mercato in misura irrilevante». Nello stesso senso, sentenza della Corte di giustizia del 6 maggio 1971 in causa n. 1/71, *Cadillon c. Höss*, in *Raccolta*, 1971, p. 351. Nella *Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea* (Comunicazione "de minimis") (in *Guce* n. C 368 del 22 dicembre 2001, p. 13 ss.), non più in vigore, si affermava che: «l'articolo 81, paragrafo 1, vieta tutti gli accordi fra imprese che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune. La Corte di giustizia delle Comunità europee ha chiarito che tale divieto non si applica agli accordi la cui incidenza sul commercio fra Stati membri o sulla concorrenza è trascurabile». E allineato a questa posizione il Regolamento (Ue) n. 461/2010 sugli accordi verticali e le pratiche concordate

luta [nel quale non sono ammesse le c.d. vendite passive], può non ricadere sotto il divieto di cui all'art. 85, n. 1, in ragione della debole posizione dei partecipanti sul mercato del prodotto di cui trattasi nella zona protetta». La Corte, pur prendendo atto che, già allora, esisteva una consolidata giurisprudenza che riteneva superfluo esaminare gli effetti di una intesa in presenza di un oggetto restrittivo, rileva che l'art. 85, par. 1, TCE (ora 101 TFUE), non è insensibile al modo di operare della intesa sul mercato. Ritiene pertanto necessario esaminare la struttura del mercato e la natura e qualità dei prodotti nonché la posizione dei contraenti. L'intuizione di *Völk* (di due anni successiva a *Brasserie de Haecht*) sta nel rendersi conto che il par. 1 dell'art. 85 TCE non è utile se l'intesa non esplica effetti dannosi sul mercato (ad esempio perché ha scarso potere di mercato)<sup>35</sup>; tale

nel settore automobilistico ove, al *considerando* 8, afferma: «la probabilità che tali incrementi di efficienza controbilancino gli eventuali effetti anticoncorrenziali, derivanti dalle restrizioni contenute negli accordi verticali dipende dal grado di potere di mercato delle parti dell'accordo».

<sup>35</sup> Era tradizionale ritenere che all'interno del par. 1 dell'art. 101 TFUE le restrizioni al commercio fossero calmierate dalle limitazioni quantitative previste dalle *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato* mentre quelle alla concorrenza (restrizioni per oggetto o per effetto) nella Comunicazione "*de minimis*", *cit. supra*, nota 34. Ciò al fine di evitare che fossero esaminate dalla Commissione restrizioni scarsamente rilevanti. Il caso *Expedia* modifica il modo di interpretare gli accordi di importanza minore, ritenendo che una Comunicazione non possa autorizzare un accordo contenente una restrizione grave per oggetto. Il problema delle restrizioni gravi è quello di stabilire se esse rilevano *ex se* anche in un accordo scarsamente offensivo perché, ad esempio, intercorrente tra imprese con limitato potere di mercato. La giurisprudenza di *Expedia* (*cit. supra*, nota 27) e *Völk* (*cit. supra*, nota 34) sono apparentemente opposte. In realtà la prima richiama *Völk*, *Asnef* (Corte di giustizia del 23 novembre 2006, in causa C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL, c. Administración del Estado*, EU:C:2006:734) e *John Deere* (Corte di giustizia del 28 maggio 1998, *John Deere c. Commissione*, in causa C-7/95, in *Raccolta*, 1998), affermando che, secondo una consolidata giurisprudenza, un accordo tra imprese sfugge al divieto enunciato dalla norma suddetta nel caso in cui esso incida sul mercato soltanto in misura insignificante. Il riferimento ci sembra rivolto agli *effetti* dell'accordo. Nella sentenza *Völk* il passaggio chiave prende in considerazione oggetto ed effetti («il divieto dell'articolo 85, n. 1, si applica solo a condizione che l'accordo abbia l'oggetto o l'effetto d'impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune»; nella sentenza *John Deere* gli effetti («l'art. 85, n. 1, non limita siffatta valutazione ai soli effetti attuali, ma quest'ultima deve anche tener conto degli effetti potenziali dell'accordo sulla concorrenza nel mercato comune (...). Come il Tribunale ha esattamente ricordato, un accordo non ricade sotto il divieto dell'art. 85 qualora esso pregiudichi il mercato in misura irrilevante»); nella sentenza *Asnef* anche («sebbene l'art. 81, n. 1, CE non limiti tale valutazione ai soli effetti attuali, poiché la stessa deve tenere conto anche degli effetti potenziali dell'accordo o della pratica in questione sulla concorrenza nel mercato comune, un accordo si sottrae tuttavia al divieto di cui all'art. 81 CE qualora esso pregiudichi il mercato in misura irrilevante»). Si potrebbe ulteriormente citare la sentenza del Tribunale della Ue del 16 giugno 2011 in causa n. T-199/08, *Ziegler SA c. Commissione*, EU:T:2011:285, dove si afferma: «di conseguenza, l'obbligo di delimitare il mercato in una Decisione adottata ai sensi dell'art. 81 CE si impone alla Commissione quando, senza siffatta delimitazione, non è possibile stabilire se l'accordo o la pratica concordata di cui è causa siano idonei a incidere sugli scambi tra Stati membri ed abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza (sentenza del Tribunale 6 luglio 2000, causa T-62/98, *Volkswagen/Commissione*, Racc. pag. II-2707, punto 230)». La sentenza *Expedia* dice però un'altra cosa nel celebre punto 37 («occorre dunque affermare che un accordo idoneo a pregiudicare il com-

intuizione sarà completata, magistralmente, dell'Avvocato Generale Bobek in *Budapest Bank*<sup>36</sup> che apporterà ulteriori elementi di valutazione e non si limiterà alla valutazione delle intese di imprese che hanno scarso potere di mercato. Non si vede infatti quale differenza possa esservi tra un'intesa inoffensiva in quanto posta in essere da una impresa con scarso potere di mercato e un'intesa inoffensiva perché, di fatto, non è in grado di esplicare effetti negativi sul mercato, in base ad altra spiegazione razionale.

Va ricordato che anche in *STM*<sup>37</sup> (che aveva già adottato lo *standard* del «grado sufficiente di dannosità per la concorrenza») si esclude che, *a priori*, un accordo di esclusiva ricada nel par. 1 dell'art. 101 TFUE se non avviene un esame delle sue clausole, della natura e della quantità dei prodotti e della posizione delle parti, salvo il caso in cui la clausola sia manifestamente restrittiva per oggetto. Manca però una chiara distinzione tra quelle intese che possono ritenersi (già) restrittive per oggetto in quanto gravi e quelle intese che devono essere indagate nella loro realtà economica.

Secondo il primo filone giurisprudenziale (formalistico) se l'accordo è gravemente restrittivo per oggetto non è necessario esaminare gli effetti<sup>38</sup>. Si parla al proposito di restrizioni *ex se* o *per se* (lo stesso termine è usato nel diritto della concorrenza americano), perché è già sufficiente rintracciare questa offensività tipologica (anche potenziale) per ritenere illecito l'accordo. La fattispecie dell'illecito per oggetto è così assimilabile a quella di *illecito di pericolo astratto*. Ragionando in tal modo è difficile contestare che un accordo di esclusiva territoriale non realizzi, almeno in poten-

mercio tra Stati membri e avente un oggetto anticoncorrenziale costituisce, per sua natura e indipendentemente da qualsiasi suo effetto concreto, una restrizione sensibile del gioco della concorrenza»). La gravità ontologica della restrizione per oggetto rimane a questo livello. E qui, purtroppo, il discorso si ferma. Segna un punto fermo: né la presenza di effetti favorevoli né la percepibile non apprezzabilità degli effetti fanno immediatamente diventare non restrittiva una intesa restrittiva per oggetto. Sarà *Generics* a spiegarci che la valutazione del contesto economico giuridico lascia (effettivamente) inalterata la restrizione, può però incidere sulla validità della teoria utilizzata, imponendo un rigoroso esame sugli effetti.

<sup>36</sup> Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 5 settembre 2019, nella causa n. C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt e altri*, cit. *supra*, nota 2.

<sup>37</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 1966, *STM, Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, cit. *supra*, nota 6. Secondo questa decisione occorre considerare come senza l'accordo in questione la concorrenza avrebbe operato nell'ambito del mercato di cui si tratta. L'alterazione della concorrenza può non sussistere qualora l'accordo appaia necessario appunto per la penetrazione di un'impresa in una zona in cui non operava.

<sup>38</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2009 in causa n. C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV e Vodafone Libertel NV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, EU:C:2009:343. La restrizione per oggetto si differenzia così dalla restrizione per effetto in ragione del fatto che la prima presenta un elevato grado di nocività, desunto dall'esperienza o dalla scienza economica e l'esame si completa con questa verifica formale. Si suole dire che le restrizioni per oggetto sono le più gravi (*sufficiently deleterious*) e rilevanti *ex se* (*by very nature*).

za, una restrizione. Questa tesi non si differenzia da quella economica per l'affermazione che vi sono restrizioni talmente gravi da arrestare ogni successiva valutazione, quanto per il fatto che questa valutazione non accetta un ulteriore esame dell'efficienza della restrizione attraverso l'analisi del mercato e delle ragioni giustificatrici addotte dall'impresa<sup>39</sup>.

### 3. Il caso *Expedia*

Il caso *Expedia*<sup>40</sup> ha avuto molta eco, tanto che la Commissione, alla luce dei principi *ivi* fissati, ha (purtroppo) immediatamente emanato (nel 2014) sia una nuova edizione della *Comunicazione "de minimis"* (v. *supra*, nota 35), sia nuove Linee guida (Staff Working Document, *Guidance on restrictions of competition "By object"*, pubblicato nelle edizioni 2014 e 2015). Quest'ultimo documento identifica, sotto un profilo tipologico, alcune fattispecie come restrizioni per oggetto. Dubbia l'utilità dell'operazione tas-

<sup>39</sup> Posta una restrizione grave per oggetto, si può ritenere conclusa l'analisi, che potrà proseguire all'interno del par. 3 dell'art. 101 TFUE, cfr. sentenza del Tribunale di primo grado del 15 luglio 1994, *Matra Hachette SA c. Commissione*, cit. *supra*, nota 25.

<sup>40</sup> La giurisprudenza *Expedia* (cit. *supra*, nota 27) risente di una notevole imprecisione formale che le ha fatto dire di più di quanto probabilmente avrebbe voluto effettivamente dire. È infatti incoerente assumere (v. punto 37 della decisione) che qualsiasi accordo restrittivo per oggetto è illecito indipendentemente dagli effetti concreti espliciti, perché è evidente che se vi fosse in atti la prova dell'assenza degli effetti rimarrebbe accertato che la restrizione opera solo su un piano formale ed è inoffensiva. Inoltre le restrizioni per oggetto possono valere come restrizioni *ex se* nel momento in cui la loro forza esplicativa supera la difesa dell'impresa circa la vantaggiosità dell'intesa. Se l'impresa riesce a spiegare che la restrizione è vantaggiosa, la proposizione accusatoria rimane solo formale e deve essere rivista. Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák del 3 marzo 2011 nella causa *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l'Autorité de la concurrence*, cit. *supra*, nota 42, si afferma: «anche se talune forme di un accordo sembrerebbero, dall'esperienza passata, infrazioni *prima facie* per oggetto, ciò non solleva la Commissione o una Autorità nazionale garante della concorrenza dall'obbligo di effettuare una valutazione individuale di un accordo. Ritengo che tale valutazione possa essere ridotta in taluni casi, ad esempio, qualora sia dimostrata in modo inequivocabile l'esistenza di intese orizzontali volte a controllare la produzione al fine di mantenere i prezzi, ma non può essere soppressa del tutto».

Mi pare sulle stesse posizioni la sentenza della Corte di giustizia del 2 aprile 2020 in causa n. C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt e altri*, cit. *supra*, nota 5, quando precisa che se non vi è «esperienza sufficientemente solida e affidabile affinché si possa ritenere che tale accordo sia per la sua stessa natura, dannoso per il buon funzionamento del gioco della concorrenza», si deve passare all'esame sugli effetti. Il punto sta nel come ritenere affidabile la valutazione della restrizione grave.

Si avvicina, invece, alle tesi della giurisprudenza *Expedia* il par. 96 degli *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, cit. *supra*, nota 24, che afferma «a condizione che non contengano restrizioni della concorrenza per oggetto e, in particolare, restrizioni fondamentali della concorrenza, non si può presumere che gli accordi verticali che non beneficiano del regolamento di esenzione per categoria a causa del superamento della soglia di mercato rientrino nell'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, o non soddisfino le condizioni dell'articolo 101, paragrafo 3. È necessaria a tal fine una valutazione individuale dei probabili effetti dell'accordo» (corsivo aggiunto). L'assunto sembrerebbe esprimere l'impossibilità di recupero di una restrizione per oggetto.

sonomica<sup>41</sup>. Dubbia anche l'utilità della *Comunicazione "de minimis"* in quanto, non "coprendo" le restrizioni gravi per oggetto, viene ad avere uno spazio molto modesto di utilizzo.

Tradizionalmente si considerano restrizioni per oggetto quelle previste dal par. 1 dell'art. 101 TFUE, quelle indicate come *hardcore restrictions* nei Regolamenti di esenzione per categoria<sup>42</sup> ed altre indicate dalla giurisprudenza. Tra le principali: *a.* la fissazione dei prezzi alla rivendita, *b.* le restrizioni territoriali, *c.* le limitazioni della produzione, *d.* lo scambio di informazioni sensibili fra concorrenti. Il loro numero è aumentato progressivamente. Di recente, nel caso *Lucentis/Avastin*<sup>43</sup> è stata ritenuta una restrizione per oggetto la comunicazione di informazioni reticenti/false alla Autorità; in *Pierre Fabre*<sup>44</sup> il divieto di vendite *on line*; in *Lunbeck*<sup>45</sup> e *Ge-*

<sup>41</sup> Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 5 settembre 2019 nella causa n. C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt e altri*, cit. supra, nota 2. Se si esamina ad esempio il mercato automobilistico non è da escludersi che una provvisoria rigidità dei prezzi finali di vendita del concessionario sia utile nella fase di allestimento di una rete e che non si presti a collusioni orizzontali (cfr. punti 60-64 degli *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, cit. supra, nota 24).

<sup>42</sup> V. par. 23 della Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, par. 3, del Trattato*, cit. supra, nota 24, che recita: «indicazioni non esaustive in merito a quelle che sono considerate restrizioni per oggetto figurano nei regolamenti di esenzione per categoria, nelle linee direttrici e nelle comunicazioni della Commissione. Le restrizioni che figurano nella lista nera di un regolamento di esenzione per categoria o che sono individuate come restrizioni fondamentali nelle linee direttrici e nelle comunicazioni sono in genere considerate dalla Commissione restrizioni per oggetto. Nel caso degli accordi orizzontali, le restrizioni della concorrenza per oggetto comprendono la fissazione dei prezzi, la limitazione della produzione e la ripartizione dei mercati e della clientela. Per quanto riguarda gli accordi verticali, la categoria delle restrizioni per oggetto include, in particolare, la fissazione dei prezzi e l'imposizione di un prezzo minimo di rivendita e le restrizioni che assicurano una protezione territoriale assoluta, incluse le restrizioni delle vendite passive». La stessa assunzione appare nello *Staff Working Document, Guidance on restrictions of competition "By object"*, cit. supra, nota 3. L'utilizzazione di esemplificazioni tipologiche favorisce l'applicazione del diritto della concorrenza ed aumenta la forza deterrente dell'art. 101 TFUE, tuttavia presenta il rischio di un eccessivo formalismo, cfr. punti 60-64 degli *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, cit. supra, nota 24. V. anche la posizione dell'Avvocato Generale nella causa *Pierre Fabre*, cit. infra, nota 94, che invoca un esame individuale del caso dopo quello formale. Sulla stessa posizione l'Avvocato Generale Whal in *Cartes Bancaires* (cit. supra, nota 30) il quale precisa che si può parlare di restrizioni per oggetto *ex se* solo quando è pacifica la gravità della lesione che esse infliggono alla concorrenza.

<sup>43</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 21 novembre 2018 in causa n. C-29/17, *Novartis Farma SpA c. Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) ed altri*, EU:C:2018:931 (caso *Lucentis/Avastin*).

<sup>44</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia 13 ottobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l'Autorité de la concurrence*, cit. supra, nota 7. Nella sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2017 in causa n. C-230/16, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH*, EU:C:2017:941, annotata in questa *Rivista*, 2017, p. 625) è invece ritenuta conforme al par. 1 dell'art. 101 TFUE ed all'art. 4 del Regolamento (Ue) n. 330/2010 la clausola contrattuale con la quale Coty, produttore, impediva ai suoi distributori di utilizzare un *market place* (Amazon) per vendere i propri prodotti di lusso, ma consentiva ai predetti distributori di vendere a mezzo propri siti *on line*. Molto vago rimane il "concetto" di prodotti di lusso, alla base del ragionamento della Corte. Questa giustifica la restrizione all'utilizzo di un *market place* in funzione della esigenza, ritenuta premiante, di preservare lo stile e l'immagine

*nerics*<sup>46</sup> un accordo tra concorrenti per ritardare l'ingresso di *new comer* sul mercato (*pay for delay*). La Commissione europea, utilizzando la categoria delle restrizioni per oggetto, ha, di recente, sanzionato varie imprese, tra le quali: *Nike* (AT. 40436<sup>47</sup>), *Guess* (AT. 40428) *NBCUniversal* (AT.

di prestigio dei prodotti di Coty, che tale aura costituisce un elemento essenziale di detti prodotti affinché siano distinti, da parte dei consumatori, da altri prodotti simili e che, pertanto, un danno a tale aura di lusso può compromettere la qualità stessa di tali prodotti. Tale esame avviene nel par. 1 dell'art. 101 TFUE. Queste premesse portano a ritenere che la vendita di questi prodotti presso Amazon leda l'immagine di lusso dei prodotti e non crei alcuno svantaggio ai consumatori. Afferma l'Avvocato Generale Wahl nelle conclusioni del 26 luglio 2017, in questa causa, dando una chiara prospettazione di cosa sia una giustificazione di una restrizione: «va ricordato che la conformità all'articolo 101, par. 1, TFUE dei sistemi di distribuzione selettiva si basa in definitiva sull'idea che può essere legittimo non focalizzarsi sulla concorrenza dei prezzi a favore di una concorrenza basata su altri elementi di natura qualitativa. Il riconoscimento di tale conformità non può quindi limitarsi ai prodotti che presentino qualità materiali particolari. Ciò che è determinante per individuare l'esistenza o meno di una restrizione di concorrenza non sono tanto le proprietà intrinseche dei prodotti in questione, bensì la circostanza che ciò risulti necessario per mantenere il buon funzionamento del sistema di distribuzione che è proprio destinato a preservare l'immagine di marca o di qualità dei prodotti contrattuali». In argomento si veda la sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 2009 in causa n. C-59/08, *Copad SA c. Christian Dior couture SA*, EU:C:2009:260, ove si precisa che i prodotti di prestigio costituiscono articoli esclusivi, l'aura di lusso che li circonda è un elemento essenziale affinché i consumatori li distinguano da altri prodotti simili. Cfr. anche nota 7.

La spendita di un argomento che giustifichi la restrizione alle vendite on line è inutilmente (ma molto argutamente) effettuata da *Ping Europe* nella causa *Ping Europe vs. UK Competition and Markets Authority* ("CMA"), causa discussa avanti il Competition Appeal Tribunal (CAT) nel 2017 sotto il profilo concorrenziale e dalla Corte di Appello, il 21 gennaio 2020 nel merito (2020, EWCA, Civ., r13/2018/2863). Il caso è molto simile a *Pierre Fabre* (cit. supra, nota 7).

<sup>45</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2016 in causa n. T-472/13, *H. Lundbeck A/S, Lundbeck Ltd, European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) c. Commissione*, EU:T:2016:449.

<sup>46</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 2020 in causa n. C-307/18, *Generics (UK) Ltd., GlaxoSmithKline plc*, EU:C:2020:52. Sugli accordi di "pay for delay" cfr. P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 101; O. ZAFAR, *Lundbeck, Johnson & Johnson, and Novartis: the European Commission's 2013, pay for delay decisions*, in *Journal of European Competition, Law & Practice*, 2014, p. 207.

<sup>47</sup> Nel caso *Nike* (Commissione c. *F.C. Internazionale Merchandising S.r.l., French Football Merchandising SASU, Nike Barcelona Merchandising S.L., Nike European Operations Netherlands B.V., Nike Inc., North West Merchandising Limited*), deciso dalla Commissione europea il 25 marzo 2019, AT 40436), si rileva che dalle indagini era emerso che gli accordi non esclusivi di licenza e distribuzione sottoscritti da Nike configuravano una violazione delle norme dell'Unione in materia di concorrenza. In particolare Nike aveva imposto ai licenziatari una serie di misure volte a limitare le vendite al di fuori del territorio loro assegnato, tra cui clausole che le vietavano esplicitamente, obblighi di reindirizzare gli ordini non provenienti dal territorio di competenza a Nike stessa e clausole che prevedevano il doppio versamento dei diritti di licenza per le vendite al di fuori del territorio. I comportamenti di Nike sono considerati tali da realizzare restrizioni gravi per oggetto non esentabili attraverso il par. 3 dell'art. 101 e pertanto non esentabili né dal Regolamento sulle intese verticali né da quello sui trasferimenti di tecnologia.

40433), accertando limitazioni alle vendite passive, attuate sia attraverso le reti distributive sia attraverso i siti *on line*<sup>48</sup>.

Si è così verificata una progressiva dilatazione delle fattispecie, con grave nocimento per la certezza del diritto (principio fondante del diritto della concorrenza); peraltro non si comprende bene quali siano le nozioni sicure ed affidabili della esperienza e della scienza economica cui si debba fare riferimento in considerazione *i.* della naturale evoluzione di questa, *ii.* del miglioramento delle conoscenze sul funzionamento dei mercati<sup>49</sup> e *iii.* di quali siano gli effettivi obiettivi della concorrenza.

Nel complesso documento *The Object of my effect: the role of economics in restrictions by object in European Union*<sup>50</sup> si evidenzia che utilizzare le restrizioni per oggetto offre alla Commissione tre vantaggi: *a.* evita complesse indagini di mercato; *b.* migliora la certezza del diritto; *c.* ha un effetto di deterrenza. Tuttavia questo approccio presenta evidenti rischi perché distoglie le imprese da accordi che potrebbero arrecare benefici ai consumatori. La certezza del diritto è poi pregiudicata dal fatto che gli argomenti utilizzati per descrivere le restrizioni per oggetto non sempre evidenziano la lesione dell'interesse del consumatore (*theory of harm*)<sup>51</sup>. Inol-

<sup>48</sup> Tali limitazioni hanno inoltre comportato un esame sotto il profilo del divieto delle pratiche di geo-blocco. Pratiche vietate dal Regolamento (Ue) n. 2018/302 («Regolamento sul Geo-blocking») in quanto volte a creare discriminazioni basate sulla nazionalità, il luogo di residenza o di stabilimento del consumatore, posta in essere per limitarne o bloccarne gli acquisti (di beni e/o servizi) in occasione di transazioni transfrontaliere. La decisione NBCUniversal è stata di recente pubblicata dalla Commissione (10 febbraio 2020). Essa si basa sul fatto che alcune restrizioni per oggetto sono illecite *ex se*, che le pratiche poste in essere da NBCUniversal sono finalizzate a ripartire il mercato unico comunitario in territori perché vietano le vendite passive e attive ed utilizzano la normativa sui marchi per proteggere i territori ed infine rileva che le restrizioni per oggetto costituiscono un illecito rilevante per loro natura, richiamando il caso *Expedia*. Non è chiaro se sia stata la gravità dell'infrazione a far giungere la Commissione a questa conclusione o se essa ritenga che, in casi meno gravi, sia ancora possibile una ulteriore indagine sul mercato.

<sup>49</sup> Si pensi alla diversa concezione della nocività delle importazioni parallele in *Grundig*, *cit. supra*, nota 1, e in *Glaxo* (sentenza della Corte di giustizia del 31 maggio 2005 in causa n. C-53/03, *Synetairismos Farmakopoiou Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri c. GlaxoSmithKline plc e GlaxoSmithKline AEVE*, EU:C:2005:333, annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 473). Quanto al panorama domestico, va rilevato che sono state considerate restrizioni per oggetto alcune clausole, contenute nei moduli delle fideiussioni redatti dall'ABI (Associazione delle banche italiane); tali clausole sono state ritenute restrittive dalla Banca d'Italia, allora Autorità della concorrenza nella specifica materia.

<sup>50</sup> P. POSADA - A. FREITAS, *The object of my effect: the role of economics in restrictions by object in European Union*, reperibile all'indirizzo internet [https://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/PUB\\_Restrictions\\_By\\_Object\\_0915.pdf](https://www.nera.com/content/dam/nera/publications/2015/PUB_Restrictions_By_Object_0915.pdf). Lo studio tiene conto del diverso approccio della Commissione e della Corte di giustizia nella valutazione degli effetti economici provocati da un comportamento abusivo di una impresa dominante.

<sup>51</sup> Molto incisivo l'Avvocato Generale nelle conclusioni presentate il 5 settembre 2019 nella causa n. C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt e altri*, *cit. supra*, nota 2, nella quale afferma: «a questo proposito, si può aggiungere che la Corte ha riconosciuto, da tempo, che gli accordi che perseguono un «obiettivo legittimo» non rientrano necessariamente nel campo di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE. Ciò significa che gli

tre, come ben ci spiega *Maxima Latvija* al punto 22 (v. *infra*, nota 55) la stessa situazione è diversamente valutabile in relazione al contesto giuridico economico in cui è calata.

Rilevano taluni Autori che, applicata una solida *theory of harm* ad alcune restrizioni per oggetto, si potrebbe accertare che ad esse non conseguono effetti negativi per i consumatori. La teoria può infatti essere formulata per dimostrare che anche un'intesa che ha oggetto restrittivo può generare un impatto positivo sul mercato (c.d. falso negativo). Ad esempio, i cartelli che prevedono un temporaneo allineamento dei prezzi tra

accordi che producono sia effetti favorevoli alla concorrenza sia effetti anticoncorrenziali rientrano nel divieto di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE solo quando questi ultimi sono prevalenti. Ad esempio, una limitazione della concorrenza sui prezzi può essere accettabile quando costituisce un mezzo per aumentare la concorrenza riguardante fattori diversi dal prezzo. Più in generale, gli accordi che, pur essendo restrittivi della libertà d'azione delle parti, perseguono l'obiettivo, ad esempio, di aprire un mercato, crearne uno nuovo o permettere a nuovi concorrenti di accedere a un mercato possono essere favorevoli alla concorrenza. Da una giurisprudenza costante discende, parimenti, che, a determinate condizioni, le restrizioni direttamente connesse e necessarie per l'attuazione di un'operazione principale, che di per sé non è anticoncorrenziale, non costituiscono restrizioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, par. 1, TFUE». Cfr., per il riferimento agli stessi argomenti, le conclusioni dell'Avvocato Generale Mazak, in *Pierre Fabre*, *cit. infra*, nota 94, il quale ivi precisa che il diritto della concorrenza conosce (v. art. 36 TFUE) casi in cui ragioni obiettive possano portare a non osservare i principi della libera circolazione delle merci. Tale principio si trova peraltro espresso in alcune decisioni della Corte di giustizia (v. Corte giustizia 19 febbraio 2002, causa n. C-309/99, *Wouters*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1577) ove si ritiene ammissibile una restrizione (e pertanto si esclude dal par. 1 dell'art. 101 TFUE) se persegue un obiettivo legittimo e non va oltre quanto necessario ai sensi del principio di proporzionalità. Che esista la possibilità di giustificare una restrizione, sia pure in termini oggettivi, è previsto dall'ordinamento comunitario.

L'analisi di una restrizione per oggetto sotto il profilo formale presenta il pericolo di un errore in quanto anche le teorie economiche applicate al caso concreto possono dare risultati insoddisfacenti. L'ipotesi che il costo sociale di una errata valutazione per la presenza di falsi positivi (fattori anticoncorrenziali) nell'art. 101 TFUE possa essere recuperato nel par. 3 è illusoria a causa della forte selettività della norma. Si crea un falso positivo se i risultati mostrano che l'elemento restrittivo è presente quando, in realtà, non lo è (sulla difficoltà di cogliere falsi negativi e positivi, v. *Commission Staff Working Document Evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation*, *cit. supra*, nota 1, in particolare a p. 17).

La difficoltà del giudizio sulla presenza di una «restrizione» impone l'utilizzo di una solida teoria. Nel caso *Glaxo* (*cit. supra*, nota 49) si avverte la necessità di esaminare gli effetti della restrizione nel caso in cui l'analisi dell'oggetto non rivelasse un pregiudizio per la concorrenza di sufficiente entità. La limitazione delle importazioni parallele può essere, in determinati casi, un falso positivo. Afferma la Corte nel precitato caso: «per quanto attiene all'affermazione del Tribunale, secondo cui, se è pacifico che un accordo diretto a limitare il commercio parallelo dev'essere considerato, in linea di principio, diretto a restringere la concorrenza, ciò è vero nella misura in cui possa presumersi che l'accordo privi i consumatori finali dei benefici di una concorrenza efficace in termini di approvvigionamento e di prezzi, si deve rilevare che né il tenore dell'art. 81, n. 1, CE, né la giurisprudenza consentono di avvalorare tale affermazione. Da un lato, dalla detta disposizione non emerge minimamente che unicamente gli accordi che privino i consumatori di taluni benefici possono presentare un oggetto anticoncorrenziale. Dall'altro, si deve sottolineare che la Corte ha affermato che l'art. 81 CE, al pari delle altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi di concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale. Pertanto, l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di un accordo non può essere subordinato alla circostanza che i consumatori finali siano privati dei benefici di una concorrenza efficace in termini di approvvigionamento o di prezzi (v., per analogia, sentenza *T-Mobile Netherlands* e a., *cit.*, punti 38 e 39)».

concorrenti possono essere utili alle imprese per rimanere nel mercato. Certi scambi di informazioni possono avere lo stesso positivo effetto. Peraltro, la fissazione dei prezzi (RPM, *resale price maintenance*) è diversamente valutata nell'ordinamento nordamericano (cfr. sentenza *Leegin*).

#### 4. L'approccio formalistico

L'orientamento formalistico confligge con l'approccio economico, indirizzato alla valutazione della intesa, seppur restrittiva, sul mercato. L'esigenza di guardare all'intesa sul mercato è espressa dalla *rule of reason* americana. La Corte di giustizia si è avvicinata a questo orientamento con la sentenza *European Night Services*<sup>52</sup>. Le premesse concettuali partono dal presupposto che, a meno che non si rinvenivano restrizioni particolarmente gravi, quali la fissazione dei prezzi, la partizione dei mercati, il giudizio se una intesa costituisca una restrizione necessita sia della valutazione del contesto economico giuridico nel quale operano le imprese sia della struttura e del funzionamento del mercato. Fin qui non siamo distanti dalla giurisprudenza *Expedia*.

La Corte (in *European Night Services*) spiega poi che all'interno del par. 1 dell'art. 101 TFUE si può valutare l'offensività dell'accordo alla luce dei parametri della concorrenza (qualità o quantità prodotti, prezzi) e degli elementi che caratterizzano quel mercato (mercato rilevante). La contestualizzazione dell'intesa nel mercato consente di verificare se la restrizione si dimostra non solo necessaria, ma meritevole<sup>53</sup>. La parte più debole della sentenza sta nel non spiegare perché si possano esaminare i vantaggi di un accordo apparentemente restrittivo sia nel par. 1 sia nel par. 3 dell'art. 101 TFUE e quali siano le diverse finalità di questi due esami.

<sup>52</sup> Cfr. sentenza del Tribunale della Ue del 15 settembre 1998 in cause riunite n. T-374/94, n. T-375/94, n. T-384/94 e n. T-388/94, *European Night Services Ltd* e altri c. *Commissione*, EU:T:1998:198. Il significato di questa sentenza è spiegato dal Tribunale nella sentenza del 18 settembre 2001 in causa T-112/99, *Métropole télévision (M6)* c. *Commissione*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 2459, ove si afferma: «tuttavia, tali sentenze non possono essere interpretate come una legittimazione dell'esistenza di una regola della ragionevolezza in diritto comunitario in materia di concorrenza. Esse si inseriscono piuttosto in una corrente giurisprudenziale più ampia secondo la quale non occorre ritenere, in maniera completamente astratta e indistinta, che qualsiasi accordo che restringe la libertà di azione delle parti o di una di esse rientri necessariamente nell'ambito del divieto di cui all'art. 85, n. 1, del Trattato. Infatti, ai fini dell'esame dell'applicabilità di tale disposizione ad un accordo, si deve tener conto dell'ambito concreto nel quale esso produce i suoi effetti, in particolare del contesto economico e giuridico nel quale operano le imprese interessate, della natura dei prodotti e/o servizi contemplati dall'accordo nonché delle condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato (v., in particolare, sentenze *European Night Services* e a./*Commissione*, citata sopra al punto 34, punto 136)».

<sup>53</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 1966, *Société Technique Minière (L.T.M.)* c. *Maschinenbau Ulm GmbH* (M.B.U.), cit. *supra*, nota 6.

Questa giurisprudenza è stata contestata in base all'assunto che il bilanciamento degli effetti precompetitivi ed anticompetitivi deve avvenire all'interno del par. 3: se si potesse effettuare una ponderazione dell'accordo nel par. 1, il par. 3 diventerebbe inutile.

La critica a *European Night Services* non ha impedito alla Corte di orientarsi ulteriormente verso un approccio economico che valuti (nell'ambito del par. 1 dell'art. 101 TFUE) come opera la restrizione nello specifico mercato rilevante. Appartengono a questo filone, tra le altre, le decisioni *Wouters*<sup>54</sup>, *Maxima Latvija*<sup>55</sup> e, in precedenza, *STM*<sup>56</sup> e *Brasserie de Haecht*<sup>57</sup>. Tra le più recenti citiamo *Cartes Bancaires*<sup>58</sup>. L'Avvocato Generale Leger nella causa *Wouter*<sup>59</sup> compie una analisi dei casi nei quali la Corte ha applicato la regola della ragionevolezza. Ne esce una rassegna che avrebbe dovuto indurre la Corte a maggiori riflessioni sulla sua metodologia di esame del par. 1 dell'art. 101 TFUE. L'Avvocato Generale rileva che «nel diritto comunitario della concorrenza, la regola della ragionevolezza può presentare diversi significati. Non è però necessario ricordare le controversie dottrinali intervenute sulla definizione di questa nozione o sull'opportunità della sua introduzione nel diritto comunitario. Per quanto necessario nella presente controversia prenderò in considerazione semplicemente il fatto che la Corte ha effettuato un'applicazione limitata della regola della ragionevolezza in talune sentenze. A fronte di particolari categorie di accordi, essa ha proceduto *ad un bilancio sul piano concorrenziale degli effetti dell'accordo* e ha considerato, ove il bilancio risultasse positivo, che le clausole necessarie all'applicazione dell'accordo sfuggivano al divieto previsto dall'art. 85, n. 1, del Trattato».

<sup>54</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 19 febbraio 2002 in causa n. C-309/99, *C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, con l'intervento di: *Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, EU:C:2002:98, annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 97.

<sup>55</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 2015 in causa n. C-345/14, *SLA Maxima Latvija c. Konkurences padome*, EU:C:2015:784.

<sup>56</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 1966, *STM Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, *cit. supra*, nota 6.

<sup>57</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1967, *Brasserie de Haecht c. Wilkin*, *cit. supra*, nota 9.

<sup>58</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) c. Commissione*, *cit. supra*, nota 30. Tale sentenza è peraltro stata interpretata dalla Commissione europea in senso meno innovativo. Non è improbabile che si possa vedere una certa continuità con il passato se si interpreta la giurisprudenza *Expedia* (il passato) come affermazione di illiceità assoluta di una restrizione vietata *ex se* che non necessitava di ulteriore esame.

<sup>59</sup> Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale del 14 gennaio 2003 nella causa *C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, *loc. cit.*

La parte più interessante del discorso non è tanto (a nostro avviso) il riferimento alla regola della ragionevolezza (con la quale, peraltro, si giustifica la distribuzione selettiva qualitativa), quanto la constatazione, inoppugnabile, che l'accertamento della restrizione non è un *prius* rispetto a quello della sua vantaggiosità, ma è contestuale. La vantaggiosità fa parte della restrizione (come bene emerge dalla riconosciuta legittimità nella distribuzione selettiva della clausola di esclusione dei rivenditori indipendenti dall'acquisto dei beni). L'esame della vantaggiosità della restrizione avviene così nel par. 1 dell'art. 101 TFUE, in una prospettiva diversa da quella del par. 3.

Tradizionalmente la valutazione della procompetività dell'accordo è relegata all'interno del par. 3, ove si guarda all'efficienza dell'accordo (volto a migliorare la produzione/distribuzione dei prodotti o promuovere il progresso tecnico), efficienza ribadita al *considerando* 7 del Regolamento (Ue) n. 330/2010 sulle intese verticali, che richiama gli incrementi di efficienza che possono bilanciare gli effetti della restrizione. Nel par. 3 si analizza un accordo che tendenzialmente già ricade nel par. 1 dell'art. 101 TFUE, quindi può essere valutato come restrizione (non si spiegherebbe altrimenti il fatto che tra le condizioni richieste dal par. 3 vi sono quella della indispensabilità della restrizione e quella di non eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti considerati).

L'analisi che viene fatta all'interno del par. 1 è, invece, un'analisi della sussistenza (o non) della restrizione o della sua inoffensività o della sua ragionevolezza/vantaggiosità. L'efficienza *ivi* considerata serve per dimostrare l'innocuità della restrizione, vuoi perché le imprese coinvolte hanno poco potere di mercato e non sono capaci di esprimere effetti negativi rilevanti, vuoi perché la restrizione è strutturalmente vantaggiosa. Nel caso *Coty* (cfr. nota 44), la Corte ritiene utile per i consumatori il divieto imposto dal fabbricante ai distributori di non vendere i propri prodotti di lusso attraverso un *market place* perché tale forma di vendita avrebbe potuto far dubitare delle effettive caratteristiche di lusso di quei prodotti.

Tale approccio impedisce che si possa creare, *a priori*, una tipologia di restrizioni che, se calate nel mercato rilevante, si dimostrerebbero innocue o vantaggiose. Esercizio fatto dalla Commissione nello Staff Working Document, *Guidance on restrictions of competition "By object"*, ma che nasconde una contraddizione: se la restrizione per oggetto deve essere valutata sul mercato rilevante attraverso vari elementi non è più una restrizione formale (salvo eclatanti casi di scuola). In *Hungaria*<sup>60</sup> si afferma

<sup>60</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2013 in causa n. C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt e altri c. Gazdasági Versenyhivatal*, EU:C:2013:160. Questa decisione

che: «per valutare se un accordo comporti una restrizione della concorrenza per oggetto, occorre riferirsi al contenuto delle sue disposizioni, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale esso si colloca. Nel valutare detto contesto, occorre altresì prendere in considerazione la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione». Anche senza arrivare a tale esondazione della valutazione per oggetto negli effetti, è indubbio che una valutazione semplificata («truncated analysis») condurrebbe, comunque, a verificare se la restrizione per oggetto ipotizzata possa essere adeguatamente spiegata (emblematico il caso *Louis Erauw-Jacquery SPRL*, v. *infra*, nota 94). Difficile così prospettare una valutazione formale se si conclude con un esame (completo o semplificato) del mercato<sup>61</sup>.

Il panorama presenta così questa duplice visione, apparentemente inconciliabile<sup>62</sup>. Uso l'avverbio *apparentemente* perché, in realtà, anche nel caso *Expedia* la Corte ha ben presente che è necessario un esame dell'intesa nel contesto economico giuridico; e lo ha ben presente anche in *Toshiba*<sup>63</sup>, *Hungaria*<sup>64</sup> e *Generics*<sup>65</sup>. Il punto è che se la restrizione è grave cessa –

deve la sua notorietà alla dissoluzione, all'interno del par. 1 dell'art. 101 TFUE, della distinzione tra oggetto ed effetti.

<sup>61</sup> Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalón del 25 ottobre 2012 in causa n. C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e altri c. Gazdasági Versenyhivatal*, EU:C:2012:663 (cit. *supra*, nota 60), ove si afferma: «conformemente a tale giurisprudenza, nel presente caso esaminerò il contenuto e gli obiettivi perseguiti dagli accordi menzionati dal giudice del rinvio, cioè dei contratti stipulati tra, da una parte, le compagnie assicuratrici e, dall'altra, determinate autofficine-concessionari o l'associazione che le riunisce (la GEMOSZ). In secondo luogo, esaminerò il contesto economico e giuridico in cui si collocano tali accordi, contesto in cui, a mio giudizio, devono essere inclusi gli accordi e le decisioni cui si riferiscono il governo ungherese e la Commissione, ossia, le decisioni della GEMOSZ e gli accordi con i mediatori di assicurazione». L'Avvocato Generale Villalón (punto 69), ritiene che le restrizioni verticali non rientrino generalmente nel par. 1 dell'art. 101 TFUE e si limita poi (punto 74), per identificarle, a richiamare gli accordi sui prezzi di rivendita, sul divieto di importazioni parallele tra Stati membri con protezione assoluta e sul divieto di vendere attraverso internet.

<sup>62</sup> Cfr. per una proposta di interpretazione della giurisprudenza *Expedia* non in contrasto con quella *Völk*, G. BRUZZONE, *Le restrizioni per oggetto nella giurisprudenza della Corte di giustizia alla ricerca di un approccio sistematico*, cit. *supra*, nota 33.

<sup>63</sup> La Corte di giustizia nella sentenza del 20 gennaio 2016 in causa n. C-373/14 P, *Toshiba Corporation c. Commissione*, EU:C:2016:26, afferma: «Quanto alla qualificazione di una pratica come restrizione per oggetto, dalla giurisprudenza della Corte emerge che talune forme di coordinamento tra imprese rivelano un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario. Tale giurisprudenza si fonda sulla circostanza che talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza. La giurisprudenza della Corte è parimenti orientata nel senso che, al fine di valutare se un accordo tra imprese presenti un grado di dannosità sufficiente per essere considerato come una "restrizione della concorrenza per oggetto" ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, occorre riferirsi al tenore delle sue disposizioni, agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale si colloca. La Corte ha quindi già statuito che accordi vertenti sulla ripartizione dei mercati costituiscono violazioni particolar-

anche in alcune decisioni vocate all'approccio meno formalistico – la necessità di un esame degli effetti se la fattispecie è ritenuta rilevante *ex se*<sup>66</sup>.

## 5. L'approccio economico nell'art. 102 TFUE

Le due tesi non compaiono solo nell'esame dell'art. 101 TFUE, ma anche nell'esame dell'art. 102<sup>67</sup> TFUE. Anche qui si contrappongono un approccio formale (*form based approach*) ed uno economico (*effect based approach*). Punto di emersione dell'approccio economico è *Intel*<sup>68</sup>. Ivi si

mente gravi della concorrenza. La Corte ha altresì dichiarato che gli accordi finalizzati alla ripartizione dei mercati hanno un oggetto restrittivo della concorrenza in sé e appartengono a una categoria di accordi espressamente vietata dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, poiché un siffatto oggetto non può essere giustificato mediante un'analisi del contesto economico in cui si iscrive la condotta anticoncorrenziale di cui trattasi» (corsivo aggiunto). Qui il ragionamento è molto semplificato perché in presenza di un cartello la restrizione per oggetto è, secondo la Corte, documentata *per tabulas*. L'esame dell'argomento di *Toshiba*, secondo cui il *gentlemen's agreement* non era idoneo a restringere la concorrenza all'interno dello Spazio economico europeo (SEE) in quanto i produttori europei e giapponesi non erano concorrenti sul mercato europeo, rimane tuttavia molto generico e privo di riferimenti al contesto economico giuridico.

<sup>64</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2013, *Allianz Hungária Biztosító Zrt e altri c. Gazdasági Versenyhivatal*, cit. supra, nota 60.

<sup>65</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 2020 in causa n. C-307/18, *Generics (UK) Ltd., GlaxoSmithKline plc, Xellia Pharmaceuticals ApS*, cit. supra, nota 46.

<sup>66</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 21 novembre 2018 in causa n. C-29/17, *Novartis Farma SpA c. Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) ed altri*, cit. supra, nota 43.

<sup>67</sup> Sul punto, v. il Report by EAGCP (Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP), *An economic approach to article 82*, Bruxelles, 2005, reperibile all'indirizzo internet [https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf). Ivi si evidenzia che un approccio formale si basa su una valutazione asettica dell'oggetto, rapportato alla concorrenza. In tal modo si può utilizzare la categoria delle restrizioni *per se*. Se invece si analizzasse la restrizione alla luce di una concorrenza che vede nella tutela del consumatore la propria Autorità si dovrebbe confezionare una *theory of harm* che valuti anche la restrizione in modo empirico perché si dovrebbe analizzare come la concorrenza opera nello specifico mercato.

<sup>68</sup> Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 6 settembre 2017 in causa C-413/14 P., *Intel Corp. Inc. c. Commissione*, EU:C:2017:632; del 15 marzo 2007 in causa n. C-95/04 P, *British Airways plc c. Commissione*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 2331; del 14 ottobre 2010 in causa n. C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, EU:C:2010:603.

La Corte di giustizia, nella sentenza del 19 aprile 2018 in causa n. C-525/16, *MEO, Serviços de Comunicações e Multimédia SA. c. Autoridade da Concorrência*, EU:C:2018:270, afferma: «la mera presenza di uno svantaggio immediato che colpisce operatori ai quali sono stati imposti prezzi superiori rispetto alle tariffe applicabili ai loro concorrenti per una prestazione equivalente non significa, per ciò solo, che la concorrenza sia falsata o possa esserlo». La Commissione aveva annunciato un approccio economico negli *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in *Gu-Ue* n. C 45 del 24 febbraio 2009, p. 7 ss. Al par. 28 afferma che: «nella sua attività d'attuazione coercitiva dell'art. 82, la Commissione esaminerà anche l'eventuale asserzione, avanzata dall'impresa dominante, che il comportamento di cui trattasi è giustificato. Un'impresa dominante può avanzare tale asserzione dimostrando che il suo comportamento è obiettivamente necessario o che il suo comportamento produce efficienze considerevoli che compensano eventuali effetti anticoncorrenziali sui consumatori. In tale contesto, la Commissione valuterà se il comportamento in que-

afferma che nel caso in cui l'impresa considerata sostenga, nel corso del procedimento amministrativo, sulla base di elementi di prova, che il suo comportamento *non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza e*, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione dal mercato addebitati, la Commissione è tenuta non solo ad analizzare, da un lato, l'ampiezza della posizione dominante dell'impresa sul mercato pertinente e, dall'altro, il tasso di copertura del mercato ad opera della pratica concordata, nonché le condizioni e le modalità di concessione degli sconti di cui trattasi, la loro durata e il loro importo, ma deve anche valutare l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci.

## 6. La sentenza *Generics c. Glaxo*

Non è dunque chiaro quale esame possa avvenire alla luce del par. 1 dell'art. 101 TFUE. Infatti anche quando la Corte, come spesso fa nel descrivere le restrizioni per oggetto, richiama la necessità di una valutazione del contenuto delle disposizioni, degli obiettivi perseguiti, del contesto economico e giuridico nei quali l'accordo si colloca, tende a far rimanere l'esame su un piano meramente teorico<sup>69</sup>, basandosi sulla gravità delle restrizioni.

In questo quadro che sembra non presentare vie d'uscita, si inserisce l'Avvocato Generale Bobek nelle sue conclusioni in *Budapest Bank*<sup>70</sup> con una tesi che sarà poi utilizzata dall'Avvocato Generale Kokott in *Generics*. Bobek aggiunge il pezzo mancante alla teoria del sufficiente grado di dannosità per la concorrenza, affermando che se si giudica un accordo come restrizione per oggetto in base alla sua forma, si deve però aver già valutato la sua giustificazione e offensività, aspetti che sono insiti nella restrizione. Quello che sfugge al par. 1 dell'art. 101 TFUE non è tanto un accordo tra imprese con debole potere di mercato, quanto un accordo che è incapace di essere offensivo. Da questa premessa arriva alla conclusione che se si constata, nella valutazione individuale dell'intesa, la validità delle

stione è indispensabile e proporzionato allo scopo assertivamente perseguito dall'impresa dominante».

<sup>69</sup> È vero che resta, comunque, il fatto che nel caso in cui l'analisi del contenuto dell'accordo non abbia rilevato un grado di dannosità sufficiente si deve passare all'esame degli effetti, ma è anche vero che l'esame per oggetto e per effetti rimane a compartimenti stagni, malgrado le affermazioni della Corte.

<sup>70</sup> Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 5 settembre 2019 nella causa n. C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt e altri*, cit. *supra*, nota 2.

giustificazioni dell'impresa, tale constatazione deve condurre la Commissione ad un riesame (o alla riformulazione) della *theory of harm* utilizzata. In base a questo assunto, peraltro molto vicino a *Brasserie de Haecht*, la sentenza *Expedia* perderebbe gran parte del suo valore eversivo. Ma vi è ben di più.

La tesi è utilizzata dalla Corte di giustizia in *Generics*<sup>71</sup>. È un caso definito di "*pay for delay*". Vi erano stati alcuni precedenti, tra essi *Lundbeck e Servier*<sup>72</sup>. In questo tipo di accordi un'impresa, titolare di un brevetto e (già) presente sul mercato (*incumbent*), riceve, in cambio di una somma di denaro, l'impegno di imprese concorrenti (*new comer*) di non contestare il brevetto e di non entrare nel mercato, pur potendolo fare. Il tema è molto complesso perché la concorrenza potenziale espressa dai *new comer* è un elemento di grande importanza, potendo incidere sul funzionamento del mercato rilevante<sup>73</sup>.

La Corte esamina la struttura del par. 1 dell'art. 101 TFUE. Comincia ad affermare che affinché il *pregiudizio al commercio* sia rilevante ai fini comunitari, deve essere sensibile. Precisa al riguardo che nel caso di accordi tra concorrenti, si deve valutare sia la concorrenza reale che quella potenziale espressa da quelle imprese che hanno concrete e reali possibilità di entrare nel mercato e fare concorrenza a quelle presenti. Questa valutazione deve essere fatta alla luce della struttura del mercato e del suo contesto giuridico economico. È importante anche valutare la percezione che l'impresa forte ha del pericolo offerto dalle imprese che stanno per entrarvi e se ha adottato misure preparatorie per difendersi.

Quanto alla *lesione alla concorrenza* (per oggetto o per effetto), ulteriore requisito rispetto al *pregiudizio al commercio*, la Corte rileva che tra *Glaxo (incumbent)* e le imprese di farmaci generici (*new comer*) esiste una relazione concorrenziale in uno specifico mercato perché sussiste la concreta possibilità che queste ultime possano entrare nel mercato del farmaco

<sup>71</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 2020 in causa n. C-307/18, *Generics (UK) Ltd., GlaxoSmithKline plc, Xellia Pharmaceuticals ApS*, cit. *supra*, nota 45.

<sup>72</sup> Cfr. sentenze del Tribunale dell'Unione europea dell'8 settembre 2016 in causa n. T-472/13, H. *Lundbeck A/S, Lundbeck Ltd*, cit. *supra*, nota 46, nonché del 12 dicembre 2018 in causa n. T-677/14, *Biogaran c. Commissione* (noto come caso *Servier*), EU:T:2018:910. V. anche decisione della Commissione del 10 dicembre 2013, caso AT.39685, *Fentanyl*, in *Gu-Ue* n. C 142 del 29 aprile 2015, p. 21-22. Coeva alla decisione *Lundbeck* è la decisione della Corte Suprema USA *Actavis ((Federal Trade Commission v. Actavis, 570 U.S. (2013))*, che ritiene insufficiente la valutazione presuntiva dei giudici di primo e secondo grado e rimanda alla Corte di appello per un nuovo giudizio orientato alla *rule of reason*. Nel diritto della concorrenza nordamericano si indicano come «killer acquisition» strategie delle aziende *incumbent* di acquisto delle aziende *new comer* per contrastarne l'ingresso sul mercato, v. C. CUNNINGHAM - F. EDERER - S. MA, *Killer acquisitions*, SSRN, 2020, p. 320.

<sup>73</sup> Sulla concorrenza potenziale v. par. 27 degli *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, cit. *supra*, nota 24.

specifico; rileva ancora che la presenza di un accordo tra imprese presenti sul mercato ed altre imprese che vi possono entrare come concorrenti (disponendo di prodotti sostituibili) è altamente significativo di un intento restrittivo, in quanto, in tal caso, le imprese non si comportano sul mercato in modo indipendente, accettandone i rischi, ma preferiscono coordinarsi<sup>74</sup>.

La Corte rileva poi che le restrizioni per oggetto e per effetto sono due condizioni alternative e che vi è una differenza circa l'onere della prova tra i due tipi di restrizioni perché in quelle per oggetto la prova è semplificata (presunta): basta assumere che l'esperienza dimostra che tali comportamenti sono nocivi, in quanto determinano la riduzione della produzione nonché l'aumento dei prezzi una cattiva allocazione delle risorse<sup>75</sup>. Per la valutazione degli effetti, invece, la Commissione deve effettuare un'analisi del mercato rilevante.

La Corte precisa che le fattispecie utilizzabili come restrizioni per oggetto devono essere limitate e devono anche essere tali da esprimere «un grado sufficiente di dannosità per la concorrenza perché si possa ritenere che l'esame dei loro effetti non sia necessario, dal momento che talune forme di coordinamento tra imprese possono essere considerate, per la loro stessa natura, come dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza». Occorre al proposito considerare la natura dei beni e dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento del mercato<sup>76</sup>. Tali proposizioni, ricorrenti nella giurisprudenza, non rimangono però – in questo caso – una vuota petizione di principio.

La Corte precisa ancora che l'analisi del funzionamento del mercato comporta una prima conclusione: valutare (in modo teorico) se l'accordo

<sup>74</sup> Nella sentenza del Tribunale della Ue del 12 dicembre 2018, *Biogaran c. Commissione*, noto come caso *Servier*, *cit. supra*, nota 72, si afferma: «in presenza di un incentivo, gli accordi in questione devono essere considerati come accordi di esclusione dal mercato, nei quali le imprese che restano sul mercato indennizzano quelle che ne escono. Orbene, tali accordi (...) devono, di conseguenza, essere qualificati come restrizioni della concorrenza per oggetto (...). L'esclusione di concorrenti dal mercato rappresenta una forma estrema della ripartizione del mercato e della limitazione della produzione (...) che presenta, in un contesto come quello degli accordi controversi, un grado di nocività ancor più elevato, poiché le società escluse sono società di medicinali generici il cui ingresso sul mercato è, in linea di principio, favorevole alla concorrenza e contribuisce, del resto, all'interesse generale di garantire cure a basso costo».

<sup>75</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 19 marzo 2015, *Dole Food Company, Inc. e Dole Fresh Fruit Europe c. Commissione europea*, *cit. supra*, nota 4.

<sup>76</sup> La Corte di giustizia nella sentenza del 19 marzo 2015, *Dole Food Company, Inc. e Dole Fresh Fruit Europe c. Commissione europea*, *cit. supra*, nota 4, afferma: «per valutare se un tipo di coordinamento presenti un grado sufficiente di dannosità per essere considerato come una restrizione della concorrenza "per oggetto" ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, occorre riferirsi agli obiettivi che esso mira a raggiungere, nonché al contesto economico e giuridico nel quale esso si colloca. Nella valutazione di tale contesto occorre prendere in considerazione anche la natura dei beni o dei servizi coinvolti e le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione».

consenta di concludere che le imprese, attraverso di esso, non si sono comportate sul mercato in modo autonomo, ma hanno inteso coordinarsi. Comporta poi una seconda conclusione: una clausola di non contestazione di brevetto può presentare il carattere di una intesa restrittiva in dipendenza del contesto economico giuridico in cui si inserisce. Dunque, l'uso di un'interpretazione non estensiva del par. 1 dell'art. 101 TFUE è uno strumento valido solo in pochi casi; negli altri la teoria deve lasciare il passo all'analisi empirica del fatto. Analisi i cui confini non sono ancora ben chiari perché potrebbero essere propri della valutazione degli effetti (analisi controfattuale) o della efficienza pro-competitiva del par. 3 dell'art. 101 TFUE, tuttavia essa serve – in questa sede – per ricostruire la offensività concreta dell'accordo e accertare se esista «another plausible explanation».

La Corte valuta a questo punto, in concreto, il significato dei trasferimenti di valore ed il loro ammontare per concludere che, a seguito dell'accordo, la concorrenza è stata modificata artificialmente a danno della *competition on the merits*. La somma pagata dal produttore *incumbent* non ha infatti lo scopo di compensare la possibilità delle imprese generiche (*new comer*) di entrare nel mercato e di estrarre profitti. La dazione della somma garantisce solo che le imprese generiche non proseguiranno le cause.

L'esame non si ferma al dato formale (v. *Lundbeck, supra*, nota 45), che avrebbe potuto farle affermare che la restrizione per oggetto di questo tipo è grave e rileva *ex se*, ma viene completato attraverso la valutazione degli *effetti* dell'accordo *favorevoli* (giustificazioni) alla concorrenza. Tale esame serve alla Corte per accertare l'effettivo grado di dannosità dell'intesa: non mira ad escludere la qualificazione di restrizione della concorrenza per oggetto ai sensi del par. 1 dell'art. 101 TFUE, ma solo a valutare la gravità della pratica in questione. Qui il discorso si fa molto simile a quello dell'accertamento del *mercato rilevante* in una intesa restrittiva che consiste, appunto, sempre all'interno dello stesso paragrafo, nel rilevare *l'intensità* della intesa<sup>77</sup>. Chiarisce la Corte che questo esame non contrasta

<sup>77</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 94; A. PAPPALARDO, *Il diritto della Concorrenza della Unione Europea*, cit. *supra*, nota 11; P. FATTORI - M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, cit. *supra*, nota 47, p. 54. V. inoltre sentenza del Tribunale della UE del 28 giugno 2016 in causa n. T-216/13, *Telefónica SA c. Commissione*, EU:T:2016:369, il quale afferma che «sebbene, nell'ambito dell'interpretazione del contesto di un accordo, si debbano prendere in considerazione le condizioni reali del funzionamento e della struttura del mercato o dei mercati in questione, la Commissione non è sempre tenuta a procedere a una definizione precisa del mercato o dei mercati in questione. Infatti, la definizione del mercato rilevante non riveste la stessa importanza nell'applicazione dell'articolo 101 TFUE o dell'articolo 102 TFUE. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE, la definizione adeguata del mercato rilevante è una condizione necessaria e preliminare a qualsiasi giudizio su un comportamento che si pretende anticoncorrenziale (...) per contro, da una giurisprudenza costante emerge che, per l'applicazione dell'articolo

con quella giurisprudenza che ritiene non ammissibile la *rule of reason* (regola della ragionevolezza), regola che viene utilizzata dalle Corti americane per accertare se una restrizione apposta ad un accordo possa ritenersi non irragionevole ancorché costituisca una restrizione per oggetto<sup>78</sup>.

L'esame che invece viene consentito all'interno del par. 1 dell'art. 101 TFUE (v. sentenza del Tribunale di primo grado nella causa *O2*, nota 78) è quello sul contesto economico in cui operano le imprese, sui prodotti o servizi contemplati dagli accordi nonché sulla struttura e sulle effettive condizioni di funzionamento del mercato interessato. In quest'ottica si misura la giustificazione (e vantaggiosità) dell'intesa e il grado della sua offensiva. Tale esame è diverso da quello che avviene nel par. 3 dell'art. 101

101 TFUE, si deve definire il mercato di cui trattasi per determinare se l'accordo di cui è causa possa incidere sugli scambi tra Stati membri ed abbia per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno». Sulla definizione del mercato rilevante ai fini di una intesa verticale, cfr. sentenza del Tribunale della Ue del 6 luglio 2000 in causa n. T-62/98, *Volkswagen c. Commissione*, punto 230, in *Raccolta*, 2000, II, p. 2713 nonché *Ziegler*, *cit. supra*, nota 35.

<sup>78</sup> V. sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione*, *cit. supra*, nota 1; sentenza del Tribunale di primo grado del 18 settembre 2001 in causa n. T-112/99, *Métropole télévision (M6) e altri c. Commissione*, in *Raccolta*, 2001, p. 2459. Sul tema, tra altri, cfr. S. PELLERITI, *L'art. 101 TFUE e la rule of reason europea: nuovi spunti dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. comm. int.*, 2016, p. 290 ss.; H. J. HOVERCAMP, *The rule of reason*, Faculty Scholarship at Penn Law, Filadelfia, 2018. L'esame della *rule of reason* avviene attraverso un articolato esame economico della efficienza della restrizione.

Spiega la differenza tra esame consentito nell'art. 81 e la *rule of reason*, il Tribunale di primo grado nella sentenza del 2 maggio 2006 in causa n. T-328/03, *O2 GmbH & Co. c. Commissione*, EU:T:2006:116.

Molto teoriche (ma molto utili a *Generics*) le conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak in *The Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd e Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd* (*cit. infra*, nota 82), dove si afferma: «la distinzione si fonda sull'idea che l'art. 81 CE sia inteso nel suo insieme al soddisfacimento ottimale dei consumatori, ma che i suoi nn. 1 e 3 prendano in considerazione *aspetti diversi* di questo benessere. Ai sensi dell'art. 81, n. 1, CE, gli accordi restrittivi della concorrenza fra gli operatori del mercato, in particolare gli accordi restrittivi della funzione di soddisfare al meglio i consumatori offrendo loro un prodotto al prezzo più basso possibile ovvero prodotti innovativi, sono in linea di principio vietati. Essi pregiudicano in modo diretto il benessere dei consumatori e sono – lo ripeto – in linea di principio vietati. L'art. 81, n. 3, CE, invece, riconosce che gli accordi che restringono il gioco della concorrenza fra gli operatori del mercato portano tra l'altro ad una riduzione dei costi di produzione e che la riduzione dei costi di produzione può contribuire in via indiretta al benessere dei consumatori. Poiché, tuttavia, della riduzione dei costi di produzione beneficiano innanzitutto e direttamente i produttori, la compatibilità di un siffatto accordo con il mercato comune ai sensi dell'art. 81, n. 3, CE dipende in particolare dalla partecipazione dei consumatori alle economie realizzate. Di ciò ha tenuto conto il legislatore comunitario sotto il profilo probatorio, imponendo alle parti di un accordo restrittivo della concorrenza di dimostrare la sussistenza delle condizioni previste dall'art. 81, n. 3, CE, in particolare la partecipazione agli utili da parte dei consumatori. Per questi motivi, circostanze che non permettono di revocare in dubbio l'ipotesi di una restrizione della concorrenza, come il miglioramento della produzione dei beni attraverso economie di scala, anche qualora debbano infine essere considerate deporre per la compatibilità di un accordo con l'art. 81 CE, possono essere prese in considerazione esclusivamente nell'ambito dell'art. 81, n. 3, CE e non a titolo dell'art. 81, n. 1, CE».

Questa impostazione finisce per relegare il danno al consumatore solo nel par. 3 dell'art. 101.

TFUE perché lì il bilanciamento degli effetti è svolto in funzione della efficienza dell'accordo restrittivo. Nel par. 1, afferma la sentenza *Generics* al punto 107, «anche supponendo che siano dimostrati, pertinenti e propri dell'accordo di cui trattasi, tali effetti favorevoli per la concorrenza devono essere sufficientemente importanti, di modo che essi consentono di dubitare ragionevolmente del carattere sufficientemente dannoso per la concorrenza dell'accordo di composizione amichevole interessato e, pertanto, del suo oggetto anticoncorrenziale». Dunque, in detto paragrafo si mettono a confronto la tesi accusatoria e la tesi dell'impresa: in questo consiste l'esame del contesto economico giuridico.

Se si ragionasse in termini di causalità si potrebbe dire che la premessa delle teorie formalistiche (l'accordo è una restrizione perché nella maggior parte dei casi opera sul mercato con effetti negativi) perde valore se viene «falsificata» (ci passi *Popper* il furto linguistico) da una ipotesi di spiegazione contraria che la rende priva di valore. Basta una ipotesi contraria per far cadere il castello accusatorio.

La Corte pretende dalla Commissione non solo l'enunciazione teorica di uno *standard* di prova elevato del grado di offensività della restrizione per oggetto, ma anche che il medesimo resista all'allegazione (e confutazione) dell'impresa, dell'inoffensività o della vantaggiosità dell'intesa<sup>79</sup>. Ci pare la stessa prospettiva di *Intel*<sup>80</sup> (ove si ragiona all'interno dell'art. 102 TFUE), alla luce delle tesi espresse dall'Avvocato Generale Bobek in *Budapest Bank*<sup>81</sup>.

La Corte getta un rapido sguardo anche agli effetti dell'accordo. Ricorda la giurisprudenza *Völk* che ritiene rilevanti per il diritto della concorrenza solo gli accordi che presentano effetti restrittivi sufficientemente sensibili. Per la valutazione degli effetti ritiene utilizzabile il metodo con-

<sup>79</sup> Viene così superata la giurisprudenza di *Portugal Telecom* (sentenza del Tribunale della Ue del 28 giugno 2016 in causa n. T-216/13, *Telefónica, SA c. Commissione*, EU:T:2016:369. Ivi il Tribunale afferma che «le imprese che stipulano un accordo diretto a restringere la concorrenza non possono, in linea di principio, essere esonerate dall'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, sostenendo che il loro accordo non doveva avere un'incidenza considerevole sulla concorrenza. Poiché l'accordo sanzionato nella specie consiste in una clausola di non concorrenza (...), la sua esistenza aveva un senso solo qualora vi fosse una concorrenza da restringere». La sentenza sembra utilizzare tutto il percorso sulle restrizioni per oggetto, accettando tuttavia una soluzione che si basa su una valutazione formalistica. Il Tribunale cita a supporto la sentenza dell'8 luglio 2004 in causa n. T-44/00, *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commissione*, cit. *supra*, nota 15. V. anche il punto 6 della sentenza della Corte di giustizia dell'8 luglio 1999 in causa n. C-235/92 P, *Montecatini c. Commissione*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 4539 ss.

<sup>80</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2017, *Intel Corp. Inc. c. Commissione*, cit. *supra*, nota 68.

<sup>81</sup> Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 5 settembre 2019 in causa n. C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt e altri*, cit. *supra*, nota 2.

trofattuale (valutazione del mercato in assenza della restrizione). Tuttavia rileva che non spetta alla Corte (in sede di rinvio pregiudiziale) l'esame di cosa sarebbe successo se il produttore avrebbe vinto la causa e si sarebbe comportato in modo differente. L'analisi sulla sussistenza di specifici effetti favorevoli alla concorrenza, indice sulla dannosità della restrizione per oggetto, appartiene al giudice del rinvio che dispone di maggiori nozioni sulla causa.

Si avverte la preoccupazione della Corte di incorrere nell'errore di ritenere restrittivo un accordo inoffensivo che presenta valide giustificazioni sotto il profilo della efficienza. Se questo si verifica, l'esame deve riprendere. E, probabilmente, riprenderà avanti il giudice che ha disposto il rinvio. Si avverte l'ulteriore preoccupazione di non sovvertire quella giurisprudenza (prevalente) che ritiene che il bilanciamento degli effetti della intesa possa essere effettuato solo nel par. 3. La soluzione della Corte è interessante perché innova, mantenendo un forte legame con ... il passato.

La Corte afferma così che l'art. 101 TFUE deve essere interpretato nel senso che costituisce un accordo avente ad oggetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza, quello di composizione amichevole di una lite in situazione di concorrenza potenziale: *i.* se dall'insieme degli elementi disponibili risulta che il saldo positivo dei trasferimenti di valori del produttore di farmaci originari a favore del produttore di medicinali generici trova spiegazione unicamente nell'interesse commerciale delle parti dell'accordo a non esercitare una concorrenza fondata sui meriti; *ii.* a meno che non sia accompagnato da comprovati effetti favorevoli per la concorrenza, tali da far ragionevolmente dubitare del suo carattere sufficientemente dannoso nei confronti della concorrenza.

La soluzione di *Generics* sembra accattivante perché crea una fattispecie di restrizione per oggetto composta da vari elementi di valutazione: *a.* l'ipotetica restrizione per oggetto dell'intesa; *b.* la sua valutazione empirica nel contesto economico fattuale come sufficiente dannosa; *c.* il bilanciamento, nel par. 1 dell'art. 101 TFUE, degli effetti negativi della restrizione con le ragioni giustificatrici apportate dall'impresa (effetti favorevoli); *d.* la verifica se tali ragioni incidono sulla dannosità dell'intesa, riducendone il grado di offensività.

Tale soluzione sembra consolidarsi ed è ripresa dalla Corte di giustizia di recente (2 aprile 2020), in *Budapest Bank* (cfr. *supra*, nota 5) ove si afferma che, come rilevato dall'Avvocato Generale ai par. 54 e da 63 a 73 delle sue conclusioni, per ritenere che un accordo rechi una restrizione grave «per oggetto» della concorrenza che non renda più necessaria un'analisi dei suoi effetti, deve esistere un'esperienza sufficientemente solida e affidabile affinché si possa ritenere che tale accordo sia, per sua

stessa natura, dannoso per il buon funzionamento del gioco della concorrenza. Nel caso di specie gli elementi addotti a tal fine non consentono di giungere alla conclusione che esista un'esperienza (con le caratteristiche sopra indicate) da poter ritenere che la nocività per la concorrenza di un accordo come quello di cui trattasi nel procedimento principale giustifichi di esimersi da qualsiasi esame degli effetti concreti di tale accordo sul gioco della concorrenza. Gli elementi sui quali si fondano l'autorità garante della concorrenza, il Governo ungherese e la Commissione a tale riguardo, vale a dire, in sostanza, la prassi decisionale di tale autorità nonché la giurisprudenza dei giudici dell'Unione, dimostrano, allo stato attuale, proprio la necessità di procedere ad un esame approfondito degli effetti di un siffatto accordo al fine di verificare se quest'ultimo abbia realmente avuto l'effetto di introdurre una soglia minima applicabile alle commissioni di servizio e se, tenuto conto della situazione che si sarebbe verificata se tale accordo non fosse esistito, quest'ultimo sia stato restrittivo della concorrenza per i suoi effetti.

La Corte in *Generics* riesce a differenziare l'esame sugli effetti positivi effettuato nel par. 1 dell'art. 101 TFUE da quello effettuato nel par. 3. A ben vedere non siamo molto distanti da *Brasserie de Haecht*, ove si affermava che: «d'altro lato, vietando gli accordi, le decisioni e le pratiche, non solo a motivo del loro oggetto, ma anche per il loro effetto sulla concorrenza, l'articolo 85, n. 1, implica la necessità che tali effetti vengano considerati nell'ambito in cui essi si producono, cioè nel contesto economico e giuridico in cui tali accordi, decisioni e pratiche si inseriscono e nel quale possono concorrere, con altri, a produrre un effetto globale sul gioco della concorrenza. Sarebbe infatti inutile vietare accordi, decisioni o pratiche a motivo dei loro effetti se questi dovessero venir separati dal mercato nel quale si manifestano e non potessero venir valutati che separatamente dagli altri effetti, convergenti o meno, in mezzo ai quali essi si producono. Onde stabilire se una convenzione è vietata dall'articolo 85, n. 1, non è quindi possibile isolarla da detto contesto, vale a dire dalle circostanze di fatto o di diritto che fanno sì che l'atto impedisce, restringa o falsi il gioco della concorrenza. In vista di questo scopo, l'esistenza di contratti analoghi può essere presa in considerazione qualora il complesso dei contratti di questo genere sia atto a limitare la libertà del commercio».

Non è nemmeno distante la posizione dell'Avvocato Generale Trstenjak in *Beef*<sup>82</sup> quando, pur partendo da posizioni molto formalistiche, non può non prendere atto che dalla struttura dell'art. 81 CE (101 TFUE) si ricava che gli elementi del contesto giuridico ed economico rilevanti ai fini del

<sup>82</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak del 4 settembre 2008 in causa n. C-209/07, *The Competition Authority c. Beef Industry Development Society Ltd*, EU:C:2008:467.

par. 1 sono quelli atti a mettere in forse l'esistenza di una restrizione della concorrenza. L'Avvocato Generale ha però una visione riduttiva del problema perché poi relega il danno al consumatore solo nel par. 3 dell'art. 101 TFUE e considera la concorrenza come valore a sé (nota 26).

## 7. L'influente *opinion* dell'Avvocato Generale Kokott

L'Avvocato Generale della causa *Generics* è Kokott, con lo stesso ruolo anche nel caso *Expedia*: dunque ha cambiato opinione sulle restrizioni per oggetto? Forse no. Nelle sue conclusioni<sup>83</sup>, premette che l'analisi delle restrizioni per oggetto deve avvenire nel contesto giuridico economico del mercato rilevante, ma che tale esame può essere superfluo nelle restrizioni gravi (*ex se*), richiamando *Beef*<sup>84</sup>. Sono le medesime premesse della decisione *Expedia*<sup>85</sup>.

Affermato che le restrizioni gravi sono quelle che comportano un «*sufficient degree of harm to competition*» sia a livello reale sia potenziale precisa che, nel caso in esame, l'accordo modifica artificialmente il mercato perché sostituisce al gioco della concorrenza le regole di un accordo pattizio. A questo punto, e con una certa sorpresa per il lettore, indica che, in determinati casi<sup>86</sup>, la valutazione della gravità della restrizione deve resistere alla prova se i vantaggi della restrizione possono mettere in dubbio il requisito della sufficiente gravità della medesima<sup>87</sup>. Esame che avviene all'interno del par. 1 dell'art. 101 TFUE<sup>88</sup>. A tal proposito l'Avvocato Ge-

<sup>83</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott nella causa avanti la Corte di giustizia *Generics (UK) Ltd., GlaxoSmithKline plc*, cit. *supra*, nota 8.

<sup>84</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2011 in causa C-157/96, *Beef NV c. Belgische Staat e Frans Bosschaert*, EU:C:1998:191.

<sup>85</sup> Cit. *supra*, nota 27.

<sup>86</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 ottobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l'Autorité de la concurrence e Ministre de l'Économie*, cit. *supra*, nota 7.

<sup>87</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 19 febbraio 2002, *Wouters, Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, cit. *supra*, nota 54. *Ivi* si afferma: «tuttavia non ogni accordo tra imprese o ogni decisione di un'associazione di imprese che restringa la libertà d'azione delle parti o di una di esse ricade necessariamente sotto il divieto sancito dall'art. 85, n. 1, del Trattato. Infatti, ai fini dell'applicazione di tale disposizione ad un caso di specie, occorre anzitutto tener conto del contesto globale in cui la decisione dell'associazione di imprese di cui trattasi è stata adottata o dispiega i suoi effetti e, più in particolare, dei suoi obiettivi, connessi nella fattispecie alla necessità di concepire norme in tema di organizzazione, di qualificazione, di deontologia, di controllo e di responsabilità, che forniscano la necessaria garanzia di integrità e di esperienza agli utenti finali dei servizi legali, e alla buona amministrazione della giustizia. Occorre poi verificare che gli effetti restrittivi della concorrenza che ne derivano ineriscano al perseguimento di tali obiettivi».

<sup>88</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 8 luglio 2006 in causa C-519/04 P., *David Medina e Igor Majcen c. Commissione*, EU:C:2006:492, annotata in questa *Rivista*, 2006, p. 539, ove si afferma: «obiettivo generale di una regolamentazione antidoping in materia sportiva è combattere il doping in vista di uno svolgimento leale della competizione sportiva e in-

nerale conferma che tendenzialmente la valutazione dei vantaggi resi dell'accordo è riservata al par. 3 dell'art. 101 TFUE, il quale opera a fronte di un accordo che rientra nel par. 1 della stessa disposizione e ricorda che l'art. 101 TFUE non riconosce la regola della ragionevolezza. Tuttavia l'esame dei vantaggi nel par. 1 può essere utile (con altra finalità rispetto a quella del par. 3 dell'art. 101 TFUE) per rimettere in discussione la stessa valutazione della restrizione per oggetto e rendere necessaria la valutazione sugli effetti. Aderisce così alle tesi dell'Avvocato Generale Bobek in *Budapest Bank* che in seguito esamineremo.

Secondo l'Avvocato Generale Kokott la restrizione per oggetto che rientra nella tipologia delle restrizioni gravi deve essere accertabile *a priori* e non assicura una presunzione assoluta di anticompetitività<sup>89</sup>: l'attenta valutazione dei vantaggi può mettere in discussione, in circostanze eccezionali, la constatazione dell'esistenza di una restrizione della concorrenza vietata dal par. 1 dell'art. 101 TFUE per poi concludere al punto 165 che: «ne consegue che un accordo che comporta taluni vantaggi per i consumatori non può più essere qualificato come restrittivo della concorrenza per oggetto se la presenza di tali vantaggi renda impossibile sapere, senza analizzarne gli effetti, se esso sia, nel suo complesso, atto a restringere la concorrenza. In altre parole, la questione è se, tenendo al contempo conto dei vantaggi procurati dall'accordo, sia sempre possibile concludere che esso ha cionondimeno un oggetto anticoncorrenziale. Se questo non è il caso, in quanto tali vantaggi fanno sorgere un dubbio quanto all'oggetto anticoncorrenziale dell'accordo o in quanto non è chiaro se un accordo che apporta siffatti vantaggi possa avere un oggetto anticoncorrenziale, non è allora più possibile concludere per l'esistenza di una restrizione della concorrenza per oggetto e occorre passare all'analisi degli effetti».

L'analisi sui vantaggi avviene pertanto nel par. 1 dell'art. 101 TFUE e all'interno della condizione dell'oggetto. Valutata la presenza di vantaggi occorre passare all'esame degli effetti in quanto la teoria sulla quale si basa la restrizione per oggetto non è più solida. Che è quanto dire che se la

clude la necessità di assicurare agli atleti pari opportunità, la salute, l'integrità e l'obiettività della competizione nonché i valori etici nello sport. Peraltro, dato che per garantire l'esecuzione del divieto del doping sono necessarie sanzioni, l'effetto di queste ultime sulla libertà d'azione degli atleti va considerato, in linea di principio, come inerente alle regole antidoping. Quindi, anche qualora si ritenga che una regolamentazione antidoping vada considerata come una decisione di associazioni di imprese che limita la libertà d'azione delle persone da essa considerate, essa non può, tuttavia, costituire necessariamente una restrizione della concorrenza incompatibile con il mercato comune ai sensi dell'art. 81 CE, perché è giustificata da un obiettivo legittimo. Infatti, una limitazione del genere inerisce all'organizzazione e al corretto svolgimento della competizione sportiva ed è finalizzata proprio ad assicurare un sano spirito di emulazione tra gli atleti».

<sup>89</sup> Con lo stesso ragionamento la Corte di giustizia ha ritenuto che determinati accordi di distribuzione selettiva non rientrano nel par. 1 dell'art. 101 TFUE (e quindi sono conformi a detta norma) perché perseguono un obiettivo legittimo. V. anche, *supra*, nota 7.

teoria affermata è fallace sarebbe temerario sostenerla. Difficile però dire quando si possa verificare questo caso eccezionale.

La tesi dell'Avvocato Generale Kokott raccoglie l'autorevole contributo dell'Avvocato Generale Wahl in *Cartes Bancaires* (cit. supra, nota 30). Quest'ultimo, nelle sue conclusioni, afferma che: «anzitutto, la linea d'azione che consiste nell'individuare un "oggetto anticoncorrenziale" si basa su un approccio formalista che non è privo di rischi dal punto di vista della protezione degli interessi generali perseguita dalle regole del Trattato in materia di concorrenza. Qualora risulti accertato che un accordo ha un oggetto restrittivo della concorrenza, il divieto che ne deriva ha una portata molto generale, vale a dire può essere *adottato a titolo preventivo* e in tal modo compromettere contatti futuri, e ciò indipendentemente dalla valutazione degli effetti concretamente prodotti. Pertanto, questo approccio formalista può essere concepito solo in presenza di comportamenti che presentino un rischio intrinseco di effetto pregiudizievole particolarmente grave o, ancora, in presenza di comportamenti di cui si può concludere che gli effetti negativi sulla concorrenza superano gli effetti favorevoli alla concorrenza stessa. Una decisione diversa porterebbe a negare che certe azioni degli operatori economici generano potenzialmente esternalità positive dal punto di vista della concorrenza. A mio parere, è solo nel caso in cui l'esperienza dimostra che una restrizione è costantemente vietata, secondo l'analisi economica, che pare ragionevole sanzionarla direttamente, per ragioni di economia procedurale. Dovrebbero, pertanto, essere considerati come restrittivi della concorrenza tramite l'oggetto solo i comportamenti il cui carattere nocivo è, alla luce dell'esperienza acquisita e della scienza economica, accertato e facilmente rilevabile, e non gli accordi che, tenuto conto del contesto in cui si inseriscono, *presentano effetti ambivalenti* sul mercato o comportano effetti restrittivi secondari e necessari al conseguimento di un obiettivo principale non restrittivo della concorrenza». Gli *effetti ambivalenti* degli accordi transattivi e la valutazione delle esternalità positive sembrano essere gli strumenti per poter porre in dubbio la solidità dell'ipotesi accusatoria sulla base del presupposto che la realtà fenomenica differenzia i casi; le restrizioni gravi (formali) rimangono ipotesi suffragate dalla scienza e dall'esperienza non scalfite dal caso individuale.

## **8. Il supporto dell'Avvocato Generale Bobek e dell'Avvocato Generale Wathelet**

L'Avvocato Generale Bobek in *Budapest Bank*<sup>90</sup> nella sua interessante

<sup>90</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek presentate il 5 settembre 2019 in causa n. C-228/18, *Gazdasági Versenyhivatal c. Budapest Bank Nyrt e altri*, cit. supra, nota 2.

*Opinion*, premette che la differenza tra oggetto ed effetti è solo procedurale (la restrizione per oggetto è una restrizione *ex se*).

Bobek aveva a disposizione il portato dei casi *Intel e British Airways*. In quest'ultimo è chiaro il messaggio della Corte: «per quanto riguarda la valutazione della giustificazione economica di un sistema di sconti o di premi attuato da un'impresa in posizione dominante, essa si effettua sulla base dell'insieme delle circostanze della fattispecie. È importante stabilire se l'effetto preclusivo derivante da un tale sistema, svantaggioso per la concorrenza, possa essere controbilanciato, o anche superato, da vantaggi in termini di efficienza che vadano anche a beneficio del consumatore. Se l'effetto preclusivo del detto sistema non è in relazione con i vantaggi per il mercato e per i consumatori o se eccede quanto necessario per conseguirli, esso dev'essere considerato abusivo».

Aveva anche a disposizione quello di *Deutsche Telekom* (cfr. *supra*, nota 68), ove si è affermato che: «qualora un'impresa dominante ponga effettivamente in essere una pratica tariffaria che determini una compressione dei margini dei suoi concorrenti quantomeno altrettanto efficienti allo scopo di estrometterli dal mercato interessato, la circostanza che il risultato perseguito non venga, in definitiva, raggiunto non può certo escludere la qualificazione di abuso ai sensi dell'art. 82 CE. Tuttavia, in assenza del minimo effetto sulla situazione concorrenziale dei concorrenti, una pratica tariffaria come quella in esame non può essere qualificata come pratica preclusiva qualora essa non renda minimamente più difficile la penetrazione di questi ultimi nel mercato interessato».

L'Avvocato Generale è scettico sulla validità della categoria delle restrizioni gravi per definizione tipologica, perché il dato esperienziale è cangiante e la teoria economica è in costante evoluzione. Afferma: «ci si chiede, in primo luogo, *perché sia* necessaria una (certa) analisi del contesto giuridico ed economico quando un accordo sembra configurare una restrizione per oggetto. La ragione è che una valutazione puramente formale di un accordo, completamente avulsa dalla realtà, potrebbe condurre a censurare accordi innocui o che favoriscono la concorrenza. Non vi sarebbe alcuna giustificazione giuridica o economica a vietare un accordo che, pur rientrando in una categoria di accordi solitamente considerati anticoncorrenziali, sia tuttavia, a causa di alcune circostanze specifiche, totalmente inidoneo a produrre effetti dannosi sul mercato o, addirittura, favorisca la concorrenza».

Qui bisogna intendersi: si sta ancora parlando della restrizione per oggetto che viene messa alla prova dal caso concreto e non si considerano ancora gli effetti sul mercato della restrizione.

Dunque verità assolute sulle restrizioni per oggetto (o quantomeno su alcune di esse) non paiono essere disponibili. Supera poi l'ostacolo rap-

presentato dal fatto che è tradizionale valutare i vantaggi di un accordo restrittivo nel par. 3 dell'art. 101 TFUE<sup>91</sup>, ma che tale orientamento deve essere chiarito<sup>92</sup>.

Precisa che l'esame dei vantaggi avviene all'interno del par. 1 unicamente per mettere in discussione la restrizione per oggetto: se non è più sostenibile che la restrizione è grave (*ex se*) occorre procedere all'esame degli effetti. Il passaggio è forte: «in una seconda fase, l'autorità è tenuta a verificare che la presunta natura anticoncorrenziale dell'accordo, determinata sulla base di una valutazione *meramente formale* dello stesso, non sia rimessa in discussione da considerazioni relative al contesto giuridico ed economico in cui l'accordo è stato applicato. A tal fine, è necessario considerare la natura dei beni o dei servizi interessati, nonché le condizioni reali del funzionamento e della struttura dei mercati in questione. Inoltre, benché l'intenzione delle parti non costituisca un elemento necessario per determinare la natura restrittiva di un accordo, essa può essere tenuta in considerazione, ove opportuno».

Per la natura dei beni e le condizioni del mercato si valutano anche i vantaggi apportati dall'intesa. L'Avvocato Generale precisa che tale operazione non coincide con l'analisi sugli effetti, si tratta solo di calare la restrizione nella realtà per verificare come il mercato la recepisce. Precisa poi che tale analisi del mercato può essere limitata a quanto strettamente necessario per concludere per la sussistenza di una restrizione per oggetto<sup>93</sup>. Assunto che va interpretato come necessità di cogliere se il dato esperienziale è confermato dall'analisi dei vantaggi arrecati dalla intesa. L'ambivalenza degli effetti di cui la restrizione, in quanto tale, è portatrice (negativi/positivi) può fare sì che essi si annullino allorché operano in un determinato mercato. Quindi la restrizione si presenta come una moneta con due facce: da una parte reca una restrizione formale, dall'altra può recare effetti favorevoli al mercato, effetti che non emergerebbero se non fossero

<sup>91</sup> Qui come diremo in seguito riportandone il passo, l'Avvocato Generale contrasta il pensiero della Commissione che ritiene che l'esame di un accordo, ancorché con effetti ambivalenti (positivi e negativi), debba essere svolto all'interno del par. 3 dell'art. 101.

<sup>92</sup> Al punto 35 afferma che tale conclusione non è rimessa in discussione dalla sentenza della Corte nella causa *Beef Industry Development Society e Barry Brothers* (cit. *supra*, nota 85), in particolare il punto 21 di questa sentenza non può essere interpretato nel senso che la distinzione tra restrizioni per oggetto e per effetto è rilevante ai sensi dell'art. 101, par. 3, TFUE. In tale passaggio, la Corte si è limitata a sottolineare che l'assenza di un'intenzione soggettiva di restringere la concorrenza da parte delle imprese partecipanti ad un accordo non esclude che esso possieda carattere anticoncorrenziale. Per questo motivo la Corte ha chiarito che, una volta accertato che un accordo restringe la concorrenza, il perseguimento di un altro obiettivo (asseritamente legittimo) può essere preso in considerazione, se del caso, soltanto al fine di ottenere un'esenzione ai sensi dell'art. 101, par. 3, TFUE.

<sup>93</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 20 gennaio 2016, *Toshiba Corporation c. Commissione*, cit. *supra*, nota 63.

verificati. Allo stesso modo un pesce deve apparire con le fattezze di un pesce (enunciato teorico) ed odorare come tale (enunciato empirico), se profuma di fiore, molto probabilmente, c'è qualcosa che non va<sup>94</sup>...

<sup>94</sup> Mi sembra chiaro il riferimento a *Brasserie De Haecht*, cit. supra, nota 9 e a *STM*, cit. supra, nota 6. In quest'ultima decisione si precisa che nel caso in cui l'esame delle clausole non riveli una sufficiente dannosità per la concorrenza, si deve passare ad un esame sugli effetti.

Il test del pesce è la chiara riproposizione del c.d. *duck test* (*If it looks like a duck, swims like a duck, and quacks like a duck, then it probably is a duck*) ed è visto come un'esemplificazione del ragionamento abduttivo, volto a raggiungere una "verità" probabile, ma utile a livello di conoscenza. Cfr. M. O'REGAN, *Restrictions by object: duck and elephant hunting with Court of Justice*, 2014, reperibile all'indirizzo internet <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2014/10/20/restrictions-by-object-duck-and-elephant-hunting-with-the-court-of-justice/>.

Questo tipo di ragionamento sembra usato *a contrario* dalla Corte di giustizia in *Cartes Bancaires* (cit. supra, nota 30) ove, ai punti 85 e 86, rileva che nel caso in esame non si versa (per assenza di una totale coincidenza degli elementi di valutazione) in una fattispecie come quella di *Beef* (cit. supra, nota 84), nella quale era invece dimostrato che gli accordi miravano a modificare sensibilmente la struttura del mercato interessato tramite un meccanismo destinato ad incoraggiare la fuoriuscita delle imprese concorrenti e, pertanto, che tali misure presentavano un elevato grado di dannosità. Ciò è quello che ci dice l'Avvocato Generale Mazák nelle conclusioni di *Pierre Fabre* (cit. supra, nota 42), ove afferma che: «l'oggetto anticoncorrenziale di un accordo non può, pertanto, essere determinato utilizzando unicamente una formula astratta. Di conseguenza, anche se talune forme di accordo sembrerebbero, dall'esperienza passata, infrazioni *prima facie* per oggetto, ciò non solleva la Commissione o un'autorità nazionale garante della concorrenza dall'obbligo di effettuare una valutazione individuale di un accordo. Ritengo che tale valutazione possa essere ridotta in taluni casi, ad esempio, qualora sia dimostrata in modo inequivocabile l'esistenza di intese orizzontali volte a controllare la produzione al fine di mantenere i prezzi, ma non può essere soppressa del tutto» (in lingua inglese: *I consider that such an assessment may be quite truncated in certain cases*).

Mazák ritiene che le restrizioni per oggetto che presentano un sufficiente grado di dannosità rilevano *per se* e non necessitano di un ulteriore esame degli effetti, tuttavia poiché, per giurisprudenza costante, occorre far riferimento al contesto economico giuridico, è pur sempre necessario una valutazione individuale dell'accordo seppur in termini ridotti (*truncated*). Tale esame individuale deve confermare le evidenze teoriche (formali).

A nostro avviso tale approccio si colloca a metà strada tra un approccio che in presenza di una restrizione grave ritiene superfluo ogni ulteriore esame ed un approccio ove l'analisi si estende alla struttura del mercato ed alla valutazione dei canali alternativi di approvvigionamento, così eliminando la differenza tra oggetto ed effetti (cfr. sentenza *Hungaria*, cit. supra, nota 60). L'analisi sommaria è il ponte che lega l'approccio formale alla realtà del caso singolo, verificando seppur approssimativamente la tenuta della ipotesi accusatoria in una realtà che potrebbe colorare diversamente il caso (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 1988 in causa n. 27/87, *Louis Erauw-Jacquery SPRL c. Società cooperativa La Hesbignonne*, in *Raccolta*, 1988, p. 1919).

Non è infrequente che le Corti americane non ritengano necessarie le complesse analisi di mercato richieste dalla «Rule of Reason» indirizzate alla definizione del mercato rilevante, al potere di mercato dell'impresa, agli effetti anticompetitivi provocati, per accogliere difese basate su analisi semplificate («truncated analysis» o «Quick look analysis»). Si evitano costose analisi di mercato per verificare una situazione che appare già matura per la decisione e tale da determinare un danno ai consumatori.

V. anche sentenza della Corte di giustizia del 28 febbraio 1991 in causa n. C-234/89, *Delimitis c. Henninger*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 935, annotata in questa *Rivista*, 1992, p. 687, ove si afferma: «occorre, in secondo luogo, tener conto delle condizioni nelle quali si sviluppa il gioco della concorrenza sul mercato di riferimento. Si tratta, a questo riguardo, di conoscere non solo il numero e la dimensione dei produttori presenti sul mercato, ma altresì il grado di saturazione di questo mercato e la fedeltà dei consumatori alle marche esistenti, dato che è di norma più difficile penetrare in un mercato saturo caratterizzato dalla fedeltà dei consumatori a un piccolo numero di grandi produttori che non in un mercato in piena espansione, nel quale opera un gran numero di piccoli produttori che non dispongono di marche forti. L'evoluzione

Nella sostanza, l'ipotesi che l'accordo sia una restrizione deve disporre di una solida *theory of harm of competition*. L'Avvocato Generale afferma: «in conseguenza, ogniqualvolta un accordo risulti produttivo di effetti *ambivalenti* [cfr. la tesi dell'Avvocato Generale Wahl in *Cartes Bancaires*, *supra*, nota 30] sul mercato, è necessaria un'analisi dei suoi effetti. In altri termini, quando non è possibile escludere, in relazione a un accordo, una possibile logica economica favorevole alla concorrenza senza esaminarne gli effetti reali sul mercato, tale accordo non può essere classificato come restrittivo per oggetto. Pertanto, non posso concordare con la Commissione laddove sostiene che qualsiasi effetto legittimo e favorevole alla concorrenza dell'accordo MIF possa essere preso in considerazione soltanto ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE ai fini dell'eventuale concessione di un'esenzione<sup>95</sup>. Senza pronunciarmi, nello specifico, sull'accordo MIF, ritengo non pienamente convincente, in termini generali, un'interpretazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE secondo cui un accordo complessivamente favorevole alla concorrenza sarebbe, in linea di principio, vietato dall'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, ma potrebbe essere immediatamente esentato ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE».

Il discorso serve per correggere una distorsione: sono restrizioni per oggetto solo quelle di tale gravità da rilevare *ex se*, ma la loro formulazione non deve essere, nel contesto economico giuridico, contraddittoria. Si rivaluta così la giurisprudenza *Völk*, perché la scarsa offensività può mettere in discussione la teoria affermata. Ma, a ben vedere, quello che può mettere in discussione la *theory of harm* è il passaggio dall'esame formale (se la restrizione è grave rileva *ex se*) a quello individuale, suggerito dall'Avvocato Generale Mazák in *Pierre Fabre* (cfr. nota 94). Questo passaggio, sottovalutato dalla dottrina, appare, a nostro giudizio, decisivo per gettare nuova luce sulle restrizioni per oggetto. Che è poi quanto sosteneva il Governo tedesco nella causa *Grundig* (v. *supra*, nota 12).

Le tesi sono, inoltre, a ben vedere, in continuità con quelle dell'Avvocato Generale Wathelet nelle sue conclusioni nella causa *Toshiba* (nota 63). L'Avvocato Generale ricorda che in *Allianz Hungária Biztosító* (nota 60) la Corte ha aggiunto vari elementi da considerare nella valutazione del

delle vendite di birra nel commercio al dettaglio fornisce utili indicazioni sullo sviluppo della domanda e costituisce così una indicazione del grado di saturazione del mercato della birra nel suo complesso. L'analisi di questa evoluzione riveste, inoltre, un certo interesse ai fini della valutazione della fedeltà dei consumatori alle varie marche. Un costante aumento delle vendite di birre sotto nuove marche può, infatti, procurare ai proprietari di queste nuove marche una reputazione della quale essi possono fruire per accedere al mercato dei pubblici esercizi».

<sup>95</sup> La posizione della Commissione è risalente: v. *Libro Bianco sulla modernizzazione delle regole per l'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato della Comunità Europea*, nel quale si ribadisce che è il par. 3 la sede per effettuare valutazioni in termini di efficienza degli accordi.

contesto economico e giuridico, che perturbano gli effetti probatori della distinzione tra «restrizione per oggetto» e «restrizione per effetto». Afferma che l'esame del contesto economico e giuridico serve ad aiutare l'autorità incaricata di esaminare l'asserita restrizione per oggetto a *comprendere* la funzione economica e il significato reale dell'accordo ed a verificare se l'accordo controverso è idoneo *in concreto* a impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune esaminando la struttura del mercato e le linee di approvvigionamento alternative. Se emerge che l'accordo presenta caratteristiche che lo rendono *atipico* l'analisi del contesto economico e giuridico dovrà essere più approfondita. E allora si passerà alla valutazione degli effetti. L'Avvocato Generale sembra voler dare continuità alla giurisprudenza più formalistica, ma, al contempo, non trascura le eventuali ragioni dell'impresa sui vantaggi dell'accordo, precisando che, ove emergano, appare necessaria un'analisi economica del mercato. Trova cioè una sintesi che evita di creare discontinuità, ricongiunge ad unità il percorso della Corte di giustizia e consente di non ritenere "eversiva" la sentenza *Expedia*.

## 9. Conclusioni

Da quanto abbiamo esposto sopra, sembra che la distinzione tra le due correnti giurisprudenziali (quella formalistica e quella economica) si avvii a scomparire e ciò avvenga proprio ad opera della migliore comprensione di una sentenza (*Expedia*) che sembrava arroccata su tesi formalistiche. La decisione *Expedia* si avvicina a quella *Völk* se si ritiene che affermi unicamente che la gravità di una restrizione sia un dato formale (dovuto al tipo dell'offesa), ma che non escluda che possano, al contempo, prendersi in considerazione le giustificazioni dell'impresa al fine di diminuire il grado di offensività della restrizione. Se questo accade il discorso può proseguire senza soluzione di continuità negli effetti dell'intesa. L'esame non è teso a verificare la ragionevolezza dell'intesa (il che implicherebbe la indicazione di una teoria economica), ma la resistenza della tesi accusatoria alla prova offerta dall'impresa sui vantaggi concreti della restrizione.

A questo punto si può probabilmente riconsiderare la questione dell'accordo innocuo. In *Völk* il debole potere di mercato dell'impresa è un indice che viene valorizzato. Questa valorizzazione deve però essere spiegata alla luce della sentenza *Expedia* che predica l'offensività *ex se* delle restrizioni gravi. Il discorso si salda quando si allarga lo spettro di analisi della restrizione per oggetto, analisi che, pur non dirigendosi alla ragionevolezza, non può sottrarsi dal considerare l'elevato valore della spiegazione logica alternativa, della confutazione (falsificazione) della tesi accusa-

toria e della prospettazione di miglioramenti indotti dalla intesa (anche sotto il profilo delle esternalità positive). L'economia non può fare a meno della logica ed il formalismo non resiste alla logica. Se la prospettazione dell'impresa, corroborata dall'esame del mercato e dal modo in cui funziona, mette validamente in dubbio l'ipotesi accusatoria, questa non regge più e, non potendo essere riformulata, è necessario un esame degli effetti dell'intesa. È solo a questo punto che l'accordo innocuo può essere considerato come inoffensivo (pur essendo formalmente restrittivo). La selettività della restrizione per oggetto o per effetti (dimostrata dalla congiunzione «o») perde sostanzialmente valore, come ci spiega *Hungaria*, e la restrizione (e non più l'accordo), dopo un lungo percorso logico-giuridico, è finalmente valutata in un modo unitario. Se è innocua per effetti, la restrizione supera il vaglio del par. 1 dell'art. 101 TFUE. A bene vedere è il percorso che vediamo affrontato nella distribuzione selettiva (qualitativa): la spiegazione dei vantaggi operata nel par. 1 dell'art. 101 TFUE mette in dubbio l'ipotesi della offensività della intesa (restrizione *intra-brand*) e può pertanto essere esaminata nel mercato.

E, a ben vedere, tutto questo discorso ci viene rappresentato dalla logica del pesce (o dell'anatra); l'esperienza può sorreggere il formalismo (l'intesa è restrittiva *ex se*), ma solo fino ad un certo punto; oltre, nella valutazione del caso individuale, il pesce potrebbe un pesce d'aprile ...

**Gian Franco Simonini\***

#### SINTESI

La dottrina sollecita da tempo un chiarimento su cosa si debba intendere per restrizioni «per oggetto» di cui al par. 1 dell'art. 101 TFUE.

Le decisioni *Expedia* (2012) e *Völk* (1969), almeno apparentemente, si pongono agli estremi. Apparentemente. Per poter spiegare che non è esattamente così abbiamo dovuto attendere *Generics* (2020).

Per accertare la rilevanza delle restrizioni per oggetto occorre stabilire se esse, in ragione della loro grave offensività (tipologica), costituiscono una restrizione *ex se* anche se sono innocue sul mercato perché, ad esempio, stipulate in un accordo con imprese con scarso potere di mercato. Per la giurisprudenza *Expedia* la risposta è sì. Per quella relativa a *Völk* invece «è possibile che un accordo di esclusiva, sia pure assoluta, non ricada sotto il divieto dell'articolo 85, n. 1 (ora 101 TFUE), in ragione della debole posizione dei partecipanti sul mercato dei prodotti di cui trattasi nella zona protetta». In *Expedia* una restrizione grave per

\* Docente a contratto / Università di Modena e Reggio Emilia

oggetto sembra costituire un valore assoluto, senza alcun riferimento agli effetti dell'intesa, tanto che ritiene irrilevante la *Comunicazione "de minimis"* e cita, come precedente, *Völk. Expedia* effettua il suo ragionamento solo entro l'ambito dell'oggetto e ci avverte che quando la restrizione è grave essa rileva *ex se*. L'accordo è restrittivo e la gravità della restrizione è unicamente data dalla riprovevolezza della offesa. Il discorso si ferma qui. Sarà *Generics* a spiegarci che esiste ancora uno spazio di manovra per l'impresa all'interno del par. 1 dell'art. 101 TFUE: è ancora possibile riferirsi al contesto economico giuridico e mettere in discussione la teoria accusatoria, imponendo alla Commissione l'esame degli effetti. Così il cerchio (faticosamente) si chiude.

#### ABSTRACT

*For a long time the doctrine sought clarification on the meaning of restrictions "by object", as per par. 1 of art. 101 TFEU.*

*The Expedia (2012) and Völk (1969) cases-law, handled by the EC Court of Justice, at least apparently, reach completely different conclusions. Apparently. In order to explain that this is not true, we had to wait for Generics case law ruling (2020). To ascertain the relevance of the restrictions by object, it is necessary to establish whether they, due to their serious (typological) offensiveness, constitute an ex se restriction even if they are harmless on the market because, for example, stipulated in an agreement with companies with low market power. For Expedia the answer is: yes. For Völk: «it is possible that an exclusive agreement, even if absolute, does not fall under the prohibition of article 85, n. 1 (now 101 TFEU), due to the weak position of the participants on the market for the products in question in the protected area». In Expedia, a serious restriction by object seems to constitute an absolute value, without any reference to the effects of the agreement, so much so that it considers the «De minimis Notice» (2014) irrelevant and cites, as a precedent, Völk. Expedia makes its reasoning only within the scope of the object and warns us that when the restriction is serious it is relevant ex se. The agreement is restrictive and the severity of the restriction is solely given by the reprehensibility of the offense. The reasoning stops here. Generics will explain to us that there is still room for maneuver for the company within par. 1 of art. 101 TFEU: it is still possible to refer to the legal economic context and question the accusatory theory, requiring the Commission to examine the effects. And now, the circle (laboriously) is closed.*



## II. MASSIMARIO ANNOTATO\*

### **LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SUL TEMA DELL'ESAURIMENTO DEL DIRITTO DI DISTRIBUZIONE NELL'AMBITO DELLA VENDITA DI LIBRI ELETTRONICI**

#### **Corte di giustizia**

**Sentenza del 19 dicembre 2019 in causa n. C-263/18**

Nederlands Uitgeversverbond e Groep Algemene Uitgevers c. Tom Kabinet Internet BV e a.

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione - Art. 3, par. 1, e art. 4 della direttiva n. 2001/29/Ce - Comunicazione al pubblico di libri elettronici non autorizzata - Messa a disposizione - Diritto di distribuzione - Principio dell'esaurimento alla distribuzione di opere tangibili - Libri elettronici - Mercato virtuale per libri elettronici «di seconda mano» - Rivendita *online* di libri elettronici - Autorizzazione dell'autore dell'opera per la messa in commercio di libri elettronici.**

*La fornitura al pubblico, mediante download, di un libro elettronico per un uso permanente rientra nella nozione di «comunicazione al pubblico» e, più in particolare, in quella di «messa a disposizione del pubblico [delle opere degli autori] in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente» ai sensi dell'art. 3, par. 1, della direttiva n. 2001/29/Ce del Parlamento europeo e del Consi-*

\* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

glio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La sentenza, sopra massimata, affronta la questione dell'esaurimento del diritto di distribuzione di un'opera secondo il quale, una volta che la copia di un'opera protetta dal diritto d'autore sia stata lecitamente messa in circolazione, il titolare dei diritti d'autore non può più opporsi a una rivendita di detta copia da parte del suo acquirente (cfr. in particolare, sentenza del Reichsgericht - Corte imperiale di giustizia, Germania del 16 giugno 1906, I 5/06 *Koenigs Kursbuch* richiamata dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni).

Tale regola dell'esaurimento era già stata introdotta da alcune sentenze della Corte di giustizia (cfr. sentenze dell'8 giugno 1971 in causa n. 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft*, EU:C:1971:59, e del 20 gennaio 1981 in cause riunite n. 55/80 e n. 57/80, *Musik-Vertrieb membran e K-tel International*, EU:C:1981:10, per garantire l'effettività della libera circolazione delle merci).

Successivamente, l'avvento delle nuove tecnologie e la conseguente digitalizzazione dei contenuti che possono essere protetti dal diritto d'autore ha reso necessario ridisegnare gli equilibri tra i diritti degli utenti, da un lato, e quelli dei titolari dei diritti dei materiali protetti ad ottenere una giusta remunerazione, dall'altro lato, per combattere anche il fenomeno della contraffazione.

La regola dell'esaurimento del diritto di distribuzione può essere trasposta al mondo virtuale delle copie-file digitali?

A questo interrogativo la Corte di giustizia ha cercato di fornire una risposta nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la Nederlands Uitgeversverbond (di seguito denominata NUV) e la Groep Algemene Uitgevers (di seguito denominata GAU), due associazioni per la difesa degli interessi degli editori nei Paesi Bassi, da una parte e, dall'altro lato, la società Tom Kabinet Internet BV (di seguito denominata: Tom Kabinet), per la gestione di un sito internet caratterizzato dall'offerta di un *marketplace online* consistente in un mercato virtuale per libri elettronici «di seconda mano». In sostanza, la Tom Kabinet avrebbe effettuato una comunicazione al pubblico di tali libri senza la prescritta autorizzazione da parte dei titolari.

Le ricorrenti, la NUV e la GAU, esauriti i gradi di giudizio con il rigetto della loro domanda, si rivolgevano dinanzi al Tribunale dell'Aia (Paesi Bassi) con un ricorso volto ad impedire alla Tom Kabinet la violazione dei diritti d'autore dei loro affiliati tramite la messa a disposizione o la riproduzione di libri elettronici. A parere delle ricorrenti la Tom Kabinet, mettendo a disposizione dei membri del «club di lettura» i libri elettronici definiti «di seconda mano», avrebbe posto in essere una comunicazione al pubblico di libri elettronici non autorizzata, come definita dall'art. 3, par. 1, della direttiva n. 2001/29/Ce sul diritto d'autore (in *Guce* n. L 167 del 2001, p. 10) ai sensi del quale: «Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente».

La difesa della Tom Kabinet si è basata sul fatto che la fornitura, mediante *download*, di un libro elettronico per un uso permanente costituisce un atto di distribuzione ai sensi dell'art. 4 della direttiva, sopra citata, secondo cui: «Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dell'originale delle loro opere o di loro copie, attraverso la vendita o in altro modo. Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità, tranne nel caso in cui la prima vendita o il primo altro trasferimento di proprietà nella Comunità di detto oggetto sia effettuata dal titolare del diritto o con il suo consenso». La conseguenza sarebbe, perciò, che le società ricorrenti non avrebbero alcun diritto di autorizzare e/o vietare la distribuzione al pubblico di suddetti libri.

La Corte ha poi richiamato la propria giurisprudenza basata sulla necessità di interpretare una disposizione del diritto dell'Unione considerando il tenore letterale di quest'ultima, il suo contesto, nonché gli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte e, se del caso, la sua genesi (cfr. sentenze del 20 dicembre 2017 in causa n. C-397/16 e in causa n.

C-435/16, *Acacia e D'Amato*, EU:C:2017:992; del 10 dicembre 2018 in causa n. C-621/18, *Wightman e a.*, EU:C:2018:999; del 7 dicembre 2006 in causa n. C-306/05, *SGAE*, EU:C:2006:764, annotata in questa *Rivista*, 2007, p. 319; del 13 maggio 2015 in causa n. C-516/13, *Dimensione Direct Sales e Labianca*, EU:C:2015:315, nonché del 19 dicembre 2018 in causa n. C-572/17, *Syed*, EU:C:2018:1033).

La Corte ha sottolineato che la fornitura al pubblico, mediante *download*, di un libro elettronico per un uso permanente rientra nella nozione di «comunicazione al pubblico», di messa a disposizione del pubblico in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente ai sensi dell'art. 3, par. 1, della direttiva n. 2001/29/Ce. Tale conclusione è stata supportata anche dal Trattato dell'OMPI sul diritto d'autore (TDA), approvato a nome della Comunità europea con la decisione n. 2000/278/Ce (in *Guce* n. L 89 del 2000, p. 6), ed entrato in vigore, per l'Ue, il 14 marzo 2010 (in *Guce* n. L 32 del 2010, p. 1).

La Corte ha, altresì, sottolineato come la direttiva intende offrire uno strumento atto a rispondere all'evoluzione tecnologica, con le sue nuove forme di sfruttamento delle opere protette (cfr. sentenza del 24 novembre 2011 in causa n. C-283/10, *Circul Globus București*, EU:C:2011:772) e ha ribadito come l'obiettivo principale sia la realizzazione di un elevato livello di protezione a favore degli autori, consentendo loro di prendere un equo compenso per l'utilizzo delle loro opere, soprattutto in occasione di una comunicazione al pubblico (cfr. sentenza del 19 novembre 2015 in causa n. C-325/14, *SBS Belgium*, EU:C:2015:764). Il mercato «di seconda mano» rischierebbe di incidere sugli interessi dei titolari dei diritti di ricevere un adeguato compenso per le loro opere in maniera assai più significativa del mercato «di seconda mano» di oggetti materiali, in contrasto con l'obiettivo, sopra richiamato. Per «comunicazione al pubblico», devono, perciò, intendersi tutte le comunicazioni al pubblico non presenti nel luogo in cui esse hanno origine e, pertanto, essa riguarda qualsiasi trasmissione o ritrasmissione, di un'opera al pubblico, su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione (cfr. sentenze del 7 dicembre 2006 in causa n. C-306/05, *SGAE*, EU:C:2006:764 e del 13 febbraio 2014 in causa n. C-466/12, *Svensson e a.*, EU:C:2014:76).

La Corte per risolvere la questione ha sottolineato, altresì, che la nozione di «comunicazione al pubblico» è formata dall'unione di due elementi: un atto di comunicazione di un'opera e la comunicazione di quest'ultima al pubblico (cfr. sul punto la sentenza del 14 giugno 2017 in causa n. C-610/15, *Stichting Brein*, EU:C:2017:456, annotata in questa *Rivista*, 2007, p. 319) ed entrambi gli elementi sussistono nel caso di specie. Infatti, la Tom Kabinet mette le opere a disposizione di qualunque persona, con una licenza di utilizzo che ne autorizza esclusivamente la lettura, che si registri su internet al proprio club di lettura, accedendovi dal luogo e nel momento scelto, e il numero di persone che possono avere accesso, contemporaneamente o in successione, alla stessa opera tramite tale piattaforma è notevole. Ne consegue, e così conclude la Corte di giustizia, che l'offerta della Tom Kabinet rientra nella nozione di comunicazione al pubblico ai sensi dell'art. 3, par. 1, della direttiva n. 2001/29/Ce soggetta all'autorizzazione dell'autore.

## **I PASSEGGERI POSSONO RICEVERE IL RIMBORSO DALLA COMPAGNIA AEREA NELLA LORO VALUTA DI RESIDENZA**

### **I**

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 23 aprile 2020 in causa n. C-28/19**

Ryanair Ltd e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust, Ryanair Ltd e Ryanair DAC

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporti - Servizi aerei - Art. 23, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 - Oneri di *web check-in* dei passeggeri - IVA - Tariffa amministrativa per acquisti effettuati con una carta di credito diversa da quella prescelta dal vettore aereo - Costi inevitabili e prevedibili - Prezzo finale da pagare - Supplementi di prezzo opzionali - Trasparenza nei prezzi - Obbligo di indicazione al momento della prenotazione.**

*L'art. 23, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità, deve essere interpretato nel senso che gli oneri connessi al check-in dei passeggeri il cui pagamento non può essere evitato in mancanza di modalità alternative di check-in gratuito, l'imposta sul valore aggiunto (IVA) applicata alle tariffe dei voli nazionali nonché la tariffa amministrativa per gli acquisti effettuati con una carta di credito diversa da quella prescelta dal vettore aereo costituiscono elementi di prezzo inevitabili e prevedibili, ai sensi della seconda frase di tale disposizione. Per contro, detta disposizione deve essere interpretata nel senso che gli oneri connessi al check-in dei passeggeri il cui pagamento può essere evitato avvalendosi di un'opzione di check-in gratuito nonché l'IVA applicata ai supplementi facoltativi per i voli nazionali costituiscono un supplemento di prezzo opzionale, ai sensi della quarta frase della medesima disposizione<sup>1</sup>.*

## II

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 3 settembre 2020 in causa n. C-356/19**

Delfly sp. z o.o. c. Smartwings Poland sp. z o. o., già Travel Service Polska sp. z o.o.

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporti aerei - Art. 7 del Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Diritto a compensazione pecuniaria in caso di ritardo prolungato o di cancellazione del volo - Modalità di compensazione prevista dalla normativa comunitaria - Domanda espressa in valuta nazionale del luogo di residenza del passeggero -**

### **Disposizione nazionale che vieta la scelta della valuta da parte del creditore - Interpretazione estensiva dei diritti dei passeggeri - Parità di trattamento dei passeggeri danneggiati.**

*Il Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (Cee) n. 295/91, e in particolare il suo art. 7, par. 1, devono essere interpretati nel senso che il passeggero il cui volo sia stato cancellato o abbia subito un ritardo prolungato, o il suo avente causa, può esigere il pagamento dell'importo della compensazione pecuniaria prevista da tale disposizione nella valuta nazionale avente corso legale nel suo luogo di residenza, cosicché detta disposizione osta a una normativa o a una prassi giurisprudenziale di uno Stato membro in forza della quale la domanda giudiziale proposta a questo fine da un tale passeggero o dal suo avente causa sarà respinta per il solo motivo che lo stesso l'ha espressa in detta valuta nazionale<sup>2</sup>.*

<sup>1-2</sup> Con la prima sentenza, sopra massimata, la Corte di giustizia ha dato ragione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust per l'Italia (AGCM), in una questione sollevata dal Consiglio di Stato sull'interpretazione dell'art. 23, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 (in *Guce* n. L 293 del 2008, p. 3). La controversia ha visto contrapposti, da un lato, la compagnia aerea Ryanair Ltd e, dall'altro lato, l'AGCM e, poi, quest'ultima a Ryanair Ltd ed a Ryanair DAC, per alcune pratiche commerciali scorrette contestate alla compagnia aerea Ryanair.

Ryanair veniva ritenuta responsabile dall'AGCM (decisione del 15 giugno 2011 dell'AGCM) di varie pratiche commerciali scorrette alla luce del Codice del consumo (dlgvo n. 206/2005, in *Guri* n. 235 dell'8 ottobre 2005, *suppl. ord.*) e veniva sanzionata. In particolare, l'AGCM qualificava come pratica scorretta, ai sensi degli artt. 20 e 21 del Codice del consumo, la presentazione dei prezzi applicati, all'epoca dei fatti, nel sistema di prenotazione *on line* di Ryanair. A parere dell'AGCM, i prezzi pubblicati su tale sito internet non comprendevano alcuni oneri definiti «facoltativi», ma che in realtà è obbligatorio indicare subito – ossia gli oneri di *web check-in* dei passeggeri, l'IVA applicata alle tariffe e ai supplementi facoltativi per i voli nazionali, nonché la tariffa amministrativa per gli acquisti effettuati con una carta di credito diversa da quella prescelta da Ryanair (Mastercard prepagata). Tali oneri definiti «facoltativi» venivano, comunque, addebitati ai consumatori al momento della conclusione della prenotazione *on line*.

Il Consiglio di Stato adito da Ryanair ha deciso di sospendere il giudizio e di chiedere alla Corte di giustizia se l'art. 23, par. 1, del Regolamento n. 1008/2008 debba essere interpretato nel senso che gli oneri «facoltativi», sopra elencati, rientrino nella categoria dei supplementi di prezzo inevitabili e prevedibili, oppure in quella dei supplementi di prezzo opzionali.

La Corte, sul punto, ha precisato che le tasse, i diritti ed i supplementi non possono essere inclusi nella tariffa passeggeri, ma devono essere indicati separatamente e che i diversi elementi che vanno a comporre il prezzo finale da pagare devono essere precisati sin dalla prima indicazione del prezzo dei servizi aerei (cfr. le precisazioni indicate nella sentenza del 6 luglio 2017 in causa n. C 290/16, *Air Berlin*, EU:C:2017:523, annotata in questa *Rivista*, 2017, p. 365).

L'art. 23, par. 1, del Regolamento n. 1008/2008 deve garantire l'assoluta trasparenza sul prezzo dei biglietti aerei sin dal momento in cui l'interessato ha deciso di avviare il proces-

so di prenotazione con l'evidenza di tutte le voci che andranno a formare il costo finale del biglietto e non deve spingere i soggetti a munirsi preventivamente di particolari strumenti di pagamento.

Per concludere, Ryanair, nelle sue offerte *on line*, ha l'obbligo di presentare chiaramente, sin dalla prima indicazione del prezzo, la tariffa passeggeri nonché, separatamente, le tasse, i diritti ed i supplementi inevitabili e prevedibili, mentre è tenuta a comunicare i supplementi di prezzo opzionali in modo chiaro, trasparente e non ambiguo all'inizio del processo di prenotazione onde evitare che l'utente si convinca ad acquistare il biglietto sulla base di un prezzo fittizio.

Nella sentenza in causa n. C-256/19 la Corte di giustizia torna ad interpretare il Regolamento (Ce) n. 261/2004 (in *Gu-Ue* n. L 46 del 2004, p. 1) nell'ambito di una controversia avente ad oggetto una richiesta di rimborso da parte della Delfly sp. z o.o. Smartwings nei confronti della Travel Service sp. z o.o.

La signora X, dopo aver subito un ritardo di oltre tre ore di un volo aereo e aver maturato il diritto ad una compensazione pecuniaria ai sensi del Regolamento suddetto, successivamente cedeva il proprio credito alla Società polacca Delfy. Quest'ultima si rivolgeva al giudice polacco perché ordinasse alla compagnia aerea di corrisponderle la somma di PLN 1.698,64, ovvero gli equivalenti EUR 400 cui aveva diritto.

Il giudice nazionale ha, così, chiesto alla Corte di chiarire se il passeggero, il cui volo sia stato cancellato o abbia subito un ritardo prolungato, possa esigere il pagamento dell'importo della compensazione pecuniaria nella valuta nazionale del proprio Paese, determinando così un contrasto tra il Regolamento comunitario e la normativa nazionale in forza della quale la domanda giudiziale proposta a tal fine dal passeggero sarà respinta per il fatto che è stata espressa in valuta nazionale.

Orbene, la Corte di giustizia, dopo aver precisato che lo scopo del Regolamento è quello di garantire un elevato livello di protezione dei passeggeri (cfr. sentenza del 17 settembre 2015 in causa n. C-257/14, *van der Lans*, EU:C:2015:618, annotata in questa *Rivista*, 2015, p. 426) e che le disposizioni che conferiscono diritti ai passeggeri del traffico aereo devono essere interpretate estensivamente (cfr. sentenze del 19 novembre 2009 in cause riunite n. C-402/07 e n. C-432/07, *Sturgeon e a.*, EU:C:2009:716, annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 785, e del 4 ottobre 2012 in causa n. C-22/11, *Finnair*, EU:C:2012:604), ha specificato che anche il diritto ad ottenere una compensazione pecuniaria deve essere interpretato estensivamente.

A parere della Corte, subordinare taluni diritti dei passeggeri alla condizione che la compensazione dovuta sia pagata al passeggero danneggiato in euro, ad esclusione di qualsiasi altra valuta nazionale, avrebbe come effetto di restringere l'esercizio di tale diritto ed eluderebbe l'obbligo di interpretare estensivamente siffatte disposizioni con una conseguente violazione del principio della parità di trattamento dei passeggeri danneggiati. Ne consegue che deve essere accettata la compensazione espressa nella valuta nazionale del passeggero.

## LA PROTEGGIBILITÀ DI UN PRODOTTO LE CUI CARATTERISTICHE DERIVINO DALLA SUA FUNZIONE TECNICA SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA

### I

#### Corte di giustizia

#### Sentenza dell'11 giugno 2020 in causa n. C-833/18

SI e Brompton Bicycle Ltd c. Chedech/Get2Get

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Proprietà intellettuale e industriale - Diritto d'autore e diritti connessi - Artt. 2-5 della direttiva n. 2001/29/Ce - Ambito di applicazione - Oggetto utilitaristico - Nozione di «opera» - Protezione delle opere ai sensi della normativa sul diritto d'autore - Condizioni di applicabilità - Forma di un prodotto indispensabile per ottenere un risultato tecnico - Bicicletta pieghevole - Tutela della forma necessaria per ottenere il risultato tecnico.**

*Gli articoli da 2 a 5 della direttiva n. 2001/29 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, devono essere interpretati nel senso che la protezione a titolo del diritto d'autore da essi prevista si applica a un prodotto la cui forma è, quantomeno in parte, necessaria per ottenere un risultato tecnico, qualora tale prodotto costituisca un'opera originale risultante da una creazione intellettuale in quanto, mediante tale forma, il suo autore esprime la propria capacità creativa in maniera originale effettuando scelte libere e creative, di modo che detta forma riflette la sua personalità, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti della controversia principale<sup>1</sup>.*

## II

**Corte di giustizia**

**Sentenza del 12 settembre 2019 in causa n. C 683/17**

Cofemel - Sociedade de Vestuário SA c. G-Star Raw CV

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Proprietà intellettuale e industriale - Diritto d'autore e diritti connessi - Art. 2, lett. a., della direttiva n. 2001/29/Ce - Nozione di «opera» - Protezione delle opere mediante il diritto d'autore - Presupposti - Protezione dei disegni e modelli - Direttiva n. 98/71/Ce - Regolamento (Ce) n. 6/2002 - Modelli di capi di abbigliamento - Valore artistico e tutela della forma funzionale - Espressione di opere originali per beneficiare della protezione.**

*L'art. 2, lett. a., della direttiva n. 2001/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione va interpretato nel senso che osta al conferimento, da parte di una normativa*

*nazionale, di tutela ai sensi del diritto d'autore a modelli come i modelli di capi di abbigliamento oggetto del procedimento principale in base al rilievo secondo il quale, al di là del loro fine utilitario, essi producono un effetto visivo loro proprio e rilevante da un punto di vista estetico*<sup>2</sup>.

<sup>1-2</sup> Il tema affrontato dalla Corte di giustizia nelle sentenze, sopra massimate, è la compatibilità della protezione tipica del diritto d'autore con quella derivante dalla proprietà industriale.

La controversia sottoposta al Tribunale belga delle imprese nel caso *Brompton* (causa n. C-833/18), ha visto contrapposti, da un lato, l'ideatore di una bicicletta che poteva assumere tre posizioni diverse (piegata, aperta e intermedia che consente alla bicicletta di rimanere in equilibrio sul terreno) unitamente all'impresa fabbricante e, dall'altro lato, una società coreana, la società Get2Get che produce biciclette analoghe («bicicletta Chedech»), alla quale il ricorrente addebita la violazione dei propri diritti d'autore.

Il giudice del rinvio è stato chiamato a chiarire se una bicicletta, il cui sistema di piegatura era tutelato da un brevetto oggi estinto, possa essere qualificata come opera suscettibile di protezione ai sensi della normativa sul diritto d'autore. In sostanza, si domanda se siffatta protezione sia esclusa quando la forma dell'oggetto sia «necessaria per pervenire a un risultato tecnico» e quali criteri debbano applicarsi per fare tale valutazione.

Ai sensi degli articoli da 2 a 5 della direttiva n. 2001/29/Ce, gli autori sono protetti contro la riproduzione, la comunicazione al pubblico e la distribuzione al pubblico delle loro opere senza l'autorizzazione degli autori medesimi. Secondo la Corte, la nozione di «opera», ovvero di un oggetto identificabile con sufficiente precisione e oggettività, implica un oggetto originale che sia una creazione intellettuale dell'autore e occorre, altresì, che sussista un'espressione di tale creazione (cfr., *infra*, sentenza *Cofemel*).

Un oggetto è originale quando riflette la personalità del suo autore, manifestando le scelte libere e creative di quest'ultimo; per contro, quando la realizzazione di un oggetto è stata determinata da considerazioni di carattere tecnico, da regole o altri vincoli che non lasciano margine alla libertà creativa, non può ritenersi che tale oggetto presenti l'originalità necessaria per poter costituire un'opera e godere conseguentemente della protezione conferita dal diritto d'autore (cfr., *infra*, in questo senso, sentenza *Cofemel*).

Ne consegue che un oggetto originale può ben godere della protezione riconosciuta dalla normativa del diritto d'autore anche qualora la realizzazione di tale oggetto sia stata determinata da considerazioni tecniche, purché ciò non abbia impedito all'autore di rispecchiare la sua personalità nell'opera con la manifestazione di scelte libere e creative. Sul punto, la Corte di giustizia ha osservato che il criterio dell'originalità non può essere soddisfatto dalle componenti di un oggetto che siano caratterizzate unicamente dalla loro funzione tecnica, in quanto la protezione riconosciuta dal Trattato OMPI (cfr. art. 2: «La protezione del diritto d'autore copre le espressioni e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali») non si estende anche alle idee. Proteggere le idee significa monopolizzarle, a discapito del progresso tecnico e dello sviluppo industriale (cfr., in tal senso, sentenze del 2 maggio 2012 in causa n. C 406/10, *SAS Institute*, EU:C:2012:259 e del 22 dicembre 2010 in causa n. C 393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace*, EU:C:2010:816).

Nel caso di specie, al fine di determinare se la bicicletta pieghevole possa essere considerata un'opera originale risultante da una creazione intellettuale, il giudice del rinvio, preso atto che le soluzioni dettate unicamente dal risultato tecnico non possano essere protette, al pari del lavoro privo di qualsivoglia creatività, nel rispondere all'interrogativo posto, dovrà valutare unicamente l'originalità del prodotto frutto di scelte libere e creative.

Sulla questione della compatibilità della protezione tipica del diritto d'autore con quella derivante dalla proprietà industriale la Corte si era già pronunciata con la sentenza *Cofemel-Sociedade de Vestuário*, sopra massimata, i cui concetti e argomentazioni sono stati ripresi nella sentenza *Brompton*. In particolare, la Corte di giustizia ha statuito che un'opera, affinché possa considerarsi tale, deve concretizzarsi, innanzitutto, in un oggetto originale, una creazione intellettuale propria del suo autore; deve riflettere la personalità del suo autore, manifestando le scelte libere, creative e personali di quest'ultimo. Ciò impone la

necessità di identificare, con sufficiente precisione e oggettività, gli elementi che sono espressione di tale libera creazione. L'Avvocato Generale, nelle proprie conclusioni, ha specificato che: «il carattere utilitario e funzionale degli oggetti delle arti applicate e la loro attitudine alla produzione industriale di massa fanno sorgere dubbi sul fatto che essi siano suscettibili di tutela attraverso il diritto d'autore, nonché sulla conformità di tale protezione ai suoi fondamenti assiologici (vale a dire, il legame personale tra l'autore e la sua opera) e ai suoi obiettivi (vale a dire, la remunerazione dell'impegno intellettuale creativo)».

Peraltro, alcuni oggetti delle arti applicate presentano certamente un alto livello di originalità: si pensi, per esempio, al campo delle arti o all'alta moda. Non è, pertanto, giustificato escludere *a priori* le creazioni intellettuali originali quali opere letterarie, fotografiche o, addirittura, musicali dalla protezione offerta dal diritto d'autore per il loro carattere funzionale. È in questo contesto che la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi in un rinvio pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 2001/29/Ce sollevato dalla Corte suprema portoghese, nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposte due società di abbigliamento, da un lato, la società Cofemel - Sociedade de Vestuário SA (di seguito denominata: Cofemel) e, dall'altro lato, la G-Star Raw CV (di seguito denominata: G-Star) per i diritti d'autore rivendicati dalla G-Star.

Orbene, la Corte di giustizia, fornendo indubbiamente molti spunti interpretativi, ha chiarito che la direttiva comunitaria contrasta con la normativa portoghese volta a concedere la protezione quando è soddisfatta la specifica condizione secondo la quale i disegni e i modelli producano, al di là del loro fine utilitario, anche un effetto estetico specifico. Infatti, a parere della Corte, l'effetto estetico costituisce una condizione soggettiva di bellezza che presuppone l'esistenza di un oggetto ben identificabile, frutto della libertà di scelta del suo autore.

## **LA CORTE DI GIUSTIZIA HA ESCLUSO CHE LE PIATTAFORME SULLE QUALI VIENE COMMESO L'ILLECITO (YOUTUBE E GOOGLE, NEL CASO SPECIFICO) DEBBANO TRASMETTERE AI TITOLARI DEL DIRITTO DI COPIA GLI INDIRIZZI E-MAIL E I NUMERI DI TELEFONO DI CHI HA CARICATO ILLEGALMENTE I VIDEO**

### **Corte di giustizia**

**Sentenza del 9 luglio 2020 in causa n. C-264/19**

Constantin Film Verleih GmbH c. YouTube LLC e Google Inc.

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2004/48/Ce - Diritto d'autore e diritti connessi - Piattaforma di video *online* - Caricamento di un film senza il consenso del titolare: riproduzione abusiva - Violazione di un diritto di proprietà intellettuale - Art. 8, par. 2, lett. a. della direttiva - Diritto d'informazione del richiedente - Nozione di «indirizzo» - Indirizzo di posta elettronica, indirizzo IP e numero di telefono - Obbligo di fornire informazioni - Esclusione.**

*L'art. 8, par. 2, lett. a., della direttiva n. 2004/48/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di pro-*

*prietà intellettuale, dev'essere interpretato nel senso che la nozione di «indirizzo» ivi contenuta non si riferisce, per quanto riguarda un utente che abbia caricato file lesivi di un diritto di proprietà intellettuale, al suo indirizzo di posta elettronica, al suo numero di telefono nonché all'indirizzo IP utilizzato per caricare tali file o all'indirizzo IP utilizzato in occasione del suo ultimo accesso all'account utente<sup>1</sup>.*

<sup>1</sup> La questione pregiudiziale da cui è scaturita la sentenza, sopra massimata, avente ad oggetto l'interpretazione della direttiva n. 2004/48/Ce sui diritti di proprietà intellettuale (in *Guce* n. L 157 del 2004, p. 4), si è inserita nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la Constantin Film Verleih GmbH (di seguito denominata: Constantin), una società tedesca che distribuisce film, e, dall'altro lato, le società americane YouTube LLC con la sua controllante Google Inc (si trattava della riproduzione abusiva di due film di successo – Parker e Scary Movie 5 – caricati sulle piattaforme di condivisione da utenti privati ai danni del titolare dei diritti, la Constantin Film Verleih).

La YouTube e la Google si sono rifiutate di fornire alcune informazioni richieste dalla Constantin sugli utenti che avevano pubblicato in rete film in violazione dei diritti esclusivi di sfruttamento della Constantin medesima. In particolare, quest'ultima chiedeva dati precisi, tra i quali: gli indirizzi e-mail, i numeri di telefono e gli indirizzi IP utilizzati da tali utenti sia al momento del caricamento dei *file* in questione sia al momento dell'ultimo accesso al loro account Google/YouTube.

Il Bundesgerichtshof (Corte federale tedesca di cassazione), adito in ultima istanza dalle ricorrenti che si sono viste rigettare le loro domande nei due gradi precedenti, si è rivolto alla Corte di giustizia affinché chiarisse se le informazioni richieste rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 8, par. 2, lett. a., della direttiva n. 2004/48/Ce, ai sensi del quale l'autorità giudiziaria competente può ordinare la comunicazione del «nome e indirizzo dei produttori, dei fabbricanti, dei distributori, dei fornitori e degli altri precedenti detentori dei prodotti o dei servizi, nonché dei grossisti e dei dettaglianti», ovvero delle persone aventi un rapporto con prodotti o servizi che violano un diritto di proprietà intellettuale.

Nel caso di specie, è pacifico che YouTube e Google forniscano servizi dei quali gli utenti si siano avvalsi per attività in violazione di un diritto, consistente nell'aver caricato sulla piattaforma YouTube, *file* contenenti opere protette, a danno della Constantin Film Verleih.

In forza dell'art. 8 della direttiva n. 2004/48/Ce, gli Stati membri devono garantire che le autorità giudiziarie competenti possano ordinare al gestore della piattaforma *online* di fornire il nome e l'indirizzo dei produttori, dei fabbricanti, dei distributori, dei fornitori e degli altri precedenti detentori dei prodotti o dei servizi nonché dei grossisti e dei dettaglianti che abbiano caricato su tale piattaforma un film senza il consenso del titolare del diritto d'autore. A parere della Corte, occorre interpretare in maniera autonoma e uniforme la nozione di «indirizzo» tenendo in conto il senso abituale nel linguaggio corrente e la sua origine (cfr. sentenza del 29 luglio 2019 in causa n. C-516/17, *Spiegel Online*, EU:C:2019:625 e del 19 dicembre 2019 in causa n. C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond e Groep Algemene Uitgevers*, EU:C:2019:1111). Orbene, nel linguaggio abituale per indirizzo si intende l'indirizzo postale, non certamente l'indirizzo di posta elettronica o l'indirizzo IP ed anche nei lavori preparatori, che hanno portato all'adozione della direttiva, nessun indizio lascia capire che con l'espressione indirizzo si sia voluto alludere anche alla posta elettronica o all'indirizzo IP. L'interpretazione evidenziata in sentenza dalla Corte è conforme alla finalità perseguita dall'art. 8 della direttiva n. 2004/48/Ce che è quello di trovare un equilibrio tra l'interesse dei titolari alla tutela del loro diritto di proprietà intellettuale (cfr. art. 17, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali) e la tutela degli interessi e dei diritti fondamentali degli utenti di materiali protetti (cfr. sentenze del 29 luglio 2019 in causa n. C-469/17, *Funke Medien NRW*, EU:C:2019:623; del 29 luglio 2019 in causa n. C-476/17, *Pelham e a.*, EU:C:2019:624 e del 29 luglio 2019 in causa n. C-516/17, *Spiegel Online*, EU:C:2019:625). La Corte di giustizia ha osservato come sia espressamente prevista la possibilità, per gli Stati membri, di concedere ai titolari di diritti di proprietà intellettuale

il diritto di ricevere un'informazione più ampia, purché, tuttavia, sia garantito un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali coinvolti e siano rispettati gli altri principi generali del diritto dell'Unione, quali il principio di proporzionalità (cfr. ordinanza del 19 febbraio 2009 in causa n. C-557/07, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten*, EU:C:2009:107 e sentenza del 19 aprile 2012 in causa n.C-461/10, *Bonnier Audio e a.*, EU:C:2012:219).

Ne consegue, dunque, che il fornitore del servizio non è obbligato a fornire i dati personali dei propri utenti: è escluso che le piattaforme sulle quali viene commesso l'illecito (YouTube e Google, nel caso specifico) debbano trasmettere ai titolari del diritto di copia gli indirizzi e-mail e i numeri di telefono di chi ha caricato i video illegalmente.

## **LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLA LEGITTIMITÀ DELLE INDICAZIONI DI PROVENIENZA DI PRODOTTI ALIMENTARI**

### **Corte di giustizia**

**Sentenza del 1° ottobre 2020 in causa n. C-485/18**

Groupe Lactalis c. Premier ministre, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation, Ministre de l'Économie et des Finances

**Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ue) n. 1169/2011 - Informazioni ai consumatori sugli alimenti - Art. 9, par. 1, lett. i., e art. 26, par. 2, lett. a. - Indicazione obbligatoria del Paese d'origine o del luogo di provenienza degli alimenti - Omissione che può indurre in errore il consumatore - Art. 38, par. 1 - Armonizzazione - Art. 39, par. 2 - Disposizioni nazionali di attuazione - Obbligo di indicazioni obbligatorie aggiuntive a quelle previste dalla normativa europea - Presupposti di applicazione - Nesso comprovato tra talune qualità dell'alimento e la sua origine o provenienza - Determinazione del valore attribuito dai consumatori alle informazioni.**

*L'art. 26 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, che modifica i Regolamenti (Ce) n. 1924/2006 e (Ce) n. 1925/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga la direttiva n. 87/250/Cee della Commissione, la direttiva n. 90/496/Cee del Consiglio, la direttiva n. 1999/10/Ce della Commissione, la direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive n. 2002/67/Ce e n. 2008/5/Ce della Commissione e il Regolamento*

*(Ce) n. 608/2004 della Commissione, deve essere interpretato nel senso che l'indicazione obbligatoria del Paese d'origine o del luogo di provenienza del latte e del latte usato quale ingrediente deve essere considerata una «materia espressamente armonizzata» da tale Regolamento, ai sensi dell'art. 38, par. 1, di quest'ultimo, nei casi in cui l'omissione di tale indicazione possa indurre in errore il consumatore, e che esso non osta a che gli Stati membri adottino disposizioni che impongono ulteriori indicazioni obbligatorie, sulla base dell'art. 39 di detto Regolamento, purché queste ultime siano compatibili con l'obiettivo perseguito dal legislatore dell'Unione mediante l'armonizzazione espressa della materia dell'indicazione obbligatoria del Paese d'origine o del luogo di provenienza e purché esse formino un insieme coerente con tale indicazione<sup>1</sup>.*

*L'art. 39 del Regolamento n. 1169/2011 deve essere interpretato nel senso che, in presenza di disposizioni nazionali che siano giustificate, alla luce del par. 1 di tale articolo, dalla protezione dei consumatori, i due requisiti di cui al par. 2 di detto articolo, vale a dire l'esistenza di un «nesso comprovato tra talune qualità dell'alimento e la sua origine o provenienza», da un lato, e gli «elementi a prova del fatto che la maggior parte dei consumatori attribuisce un valore significativo alla fornitura di tali informazioni», dall'altro, non devono essere intesi congiuntamente, cosicché l'esistenza di tale nesso comprovato non può essere valutata solo sulla base di elementi soggettivi, attinenti al valore dell'associazione che la maggior parte dei consumatori può stabilire tra talune qualità dell'alimento di cui trattasi e la sua origine o provenienza<sup>2</sup>.*

*L'art. 39, par. 2, del Regolamento n. 1169/2011 deve essere interpretato nel senso che la nozione di «qualità dell'alimento» non include la capacità dell'alimento di resistere al trasporto e ai rischi di alterazione nel corso del tragitto, cosicché tale capacità non può rilevare ai fini della valutazione dell'esistenza di un eventuale «nesso comprovato tra talune qualità dell'alimento e la sua origine o provenienza», di cui alla suddetta disposizione<sup>3</sup>.*

<sup>1-3</sup> La questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 26 e 39 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011 (in *Guce* n. L 304 del 2011, p. 18) relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, sollevata dal Consiglio di Stato francese, è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato la società Groupe Lactalis e, dall'altro lato, il Primo ministro francese, il Ministro della giustizia, il Ministro dell'agricoltura e dell'alimentazione e il Ministro dell'economia e delle finanze in relazione alla legittimità del decreto francese che prevede, per quanto riguarda il latte, l'obbligo per i produttori di indicare sia l'origine del latte come tale (francese, europea o extraeuropea) nell'etichettatura del prodotto sia l'origine del latte usato quale ingrediente negli alimenti preconfezionati.

Nel proprio ricorso, la *Lactalis* ha chiesto, dunque, l'annullamento del decreto invocando la violazione, da parte di quest'ultimo, degli artt. 26, 38 e 39 del Regolamento n. 1169/2011.

Con la prima questione pregiudiziale è stato chiesto alla Corte di giustizia di precisare se l'indicazione obbligatoria del Paese d'origine o del luogo di provenienza del latte e del latte usato quale ingrediente debba essere considerata una «materia espressamente armonizzata» ai sensi dell'art. 38, par. 1, del Regolamento e se gli Stati membri possano imporre ulteriori indicazioni obbligatorie invocando l'art. 39 del Regolamento.

Si ricorda che l'art. 38 prevede che: «Quanto alle materie espressamente armonizzate dal presente regolamento, gli Stati membri non possono adottare né mantenere disposizioni nazionali salvo se il diritto dell'Unione lo autorizza. Tali disposizioni nazionali non creano ostacoli alla libera circolazione delle merci, ivi compresa la discriminazione nei confronti degli alimenti provenienti da altri Stati membri. Fatto salvo l'art. 39, gli Stati membri possono adottare disposizioni nazionali concernenti materie non specificamente armonizzate dal presente regolamento purché non vietino, ostacolino o limitino la libera circolazione delle merci conformi al presente regolamento» e che in forza dell'art. 39 di tale Regolamento è precisato che, oltre alle indicazioni obbligatorie, gli Stati membri possono adottare disposizioni per richiedere ulteriori indicazioni obbligatorie per tipi o categorie specifici di alimenti per motivi legati, per esempio, alla protezione della salute pubblica, alla protezione dei consumatori, etc.

Inoltre, ai sensi dell'art. 26 è obbligatoria l'indicazione del Paese d'origine o del luogo di provenienza nel caso in cui l'omissione possa indurre in errore il consumatore in merito al Paese d'origine o al luogo di provenienza reali dell'alimento. Tale armonizzazione vale per tutti gli alimenti (ivi compreso il latte e il latte usato quale ingrediente), ad eccezione di talune categorie di carni e non impedisce agli Stati membri di prevedere ulteriori indicazioni obbligatorie sull'origine o sulla provenienza degli alimenti, purché ciò avvenga nel rispetto delle condizioni previste dal Regolamento n. 1169/2011. *In primis*, le indicazioni obbligatorie devono essere giustificate dai motivi sopra elencati (salute pubblica, etc.) e, in secondo luogo, deve sussistere un nesso comprovato tra talune qualità dell'alimento e la sua origine o provenienza, e gli Stati devono fornire «elementi a prova del fatto che la maggior parte dei consumatori attribuisce un valore significativo alla fornitura di tali informazioni».

I requisiti suddetti, a parere della Corte, devono essere esaminati in successione, verificando, dapprima, se esista o meno un nesso comprovato tra talune qualità dei prodotti alimentari di cui trattasi in una determinata fattispecie e la loro origine o provenienza, e poi, in un secondo momento, e solo in presenza di tale nesso, se siano stati forniti elementi a prova del fatto che la maggior parte dei consumatori attribuisce un valore significativo a siffatte indicazioni (cfr. art. 39, par. 2 del Regolamento). La Corte, ha precisato, altresì, che l'obiettivo del Regolamento è di garantire un elevato livello di protezione dei consumatori in materia di informazioni sugli alimenti, tenendo conto delle differenze di percezione dei consumatori stessi (cfr., sentenza del 12 novembre 2019 in causa n. C-363/18, *Organisation juive européenne e Vignoble Psagot*, EU:C:2019:954, annotata in questa *Rivista*, 2019, p. 388) e che le informazioni fornite devono essere corrette, imparziali e obiettive (cfr. sentenza del 22 settembre 2016 in causa n. C-113/15, *Breitsamer und Ulrich*, EU:C:2016:718).

Infine, la Corte di giustizia ha chiarito che la nozione di «qualità» fa riferimento esclusivo alle qualità che distinguono gli alimenti che le possiedono dagli alimenti simili che, avendo una diversa origine o provenienza, non le possiedono. La capacità di un alimento, come il latte o il latte usato quale ingrediente, di resistere ai possibili rischi di alterazione durante il trasporto non può essere considerata una «qualità» e non può rilevare ai fini della valutazione dell'esistenza di un eventuale «nesso comprovato tra talune qualità dell'alimento e la sua origine o provenienza».

La sentenza *Lactalis* avrà certamente ripercussioni nei singoli ordinamenti nazionali che dovranno rivedere i propri decreti nazionali in materia (in argomento cfr. V. PULLINI, *Note a margine della sentenza "Lactalis"*, reperibile sul sito internet <https://www.alimentareavvocati.it/2020/10/16/note-a-margine-della-sentenza-lactalis-corte-di-giustizia-ue-causa-c-485-18/>).



# GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

---

## GLI ENTI DEL TERZO SETTORE DAVANTI ALL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA

**Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche\***  
**Sentenza del 3 dicembre 2019 n. 224/2019**

Associazione Amici della Terra - Club di Lago d'Idro e Valle Sabbia e altri c. Regione Lombardia e altri e nei confronti di Comune di Lavenone e Bagolino e altri (ricorso n. 161/2015); Comune di Idro c. Regione Lombardia e altri e nei confronti di Comune di Lavenone e altri (ricorso n. 244/2015)

**Legittimazione delle articolazioni locali delle associazioni ambientaliste - Impugnazione di provvedimenti relativi alla tutela della salubrità e conservazione dell'ambiente - Legittimazione ad agire - Requisiti. Legittimazione ad agire delle articolazioni locali delle associazioni ambientaliste - Mancata rappresentatività territoriale - Esclusione. Legittimazione ad agire - Provvedimenti relativi alla tutela della salubrità e conservazione dell'ambiente - Persone fisiche - Mera residenza anagrafica - Mancata prova del danno - Insufficienza.**

\* In argomento v. *infra*, p. 333 ss., il commento di *MARIA TERESA STILE*.

*In tema di impugnazione di atti in materia di tutela delle acque pubbliche deve riconoscersi la legittimazione in capo alle associazioni ambientaliste in presenza di tre condizioni: 1. il perseguimento non occasionale di obiettivi di tutela ambientale; 2. l'adeguata rappresentatività; 3. la vicinitas della fonte del paventato pregiudizio agli interessi protetti dall'attività dell'associazione.*

*Non può essere ammessa legittimazione ad agire in capo ad un'articolazione locale di un'associazione ambientalista, riconosciuta ai sensi dell'art. 13 della legge 8 luglio 1986, n. 349, ove la stessa non abbia sufficiente rappresentatività territoriale nell'ambito di operatività degli interventi contestati in materia di acque pubbliche.*

*È inammissibile, per carenza di legittimazione ad agire, il ricorso presentato da soggetti, che al di là della mera residenza anagrafica, non forniscano un adeguato principio di prova in ordine al danno alla loro sfera giuridica derivante dagli atti contestati in materia di acque pubbliche.*

**LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE DELLE RAPPRESENTANZE LOCALI DELLE ASSOCIAZIONI AMBIENTALISTE RICONOSCIUTE E LA TUTELA DEI BENI COMUNI**  
**Commento alla sentenza del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche n. 224 del 3 dicembre 2019**

**Sommario:** **1.** *La vicenda processuale* - **2.** *L'evoluzione giurisprudenziale e normativa della legittimazione ad agire delle Associazioni ambientaliste e della tutela dei beni comuni* - **3.** *I principi applicati al caso in trattazione con riferimento alle categorie enunciate dalla Giustizia Amministrativa e al principio praetorio della vicinitas.*

**1. La vicenda processuale**

Con la sentenza in commento il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche ha ritenuto inammissibile il ricorso proposto dall'Associazione Amici della Terra Club Lago di Idro e Valle Sabbia, per l'impugnazione degli atti relativi all'approvazione del progetto definitivo per la realizzazione di opere per la messa in sicurezza del lago d'Idro.

L'Associazione Amici della Terra Club Lago di Idro e Valle Sabbia ed i soci in proprio impugnavano, con ricorso ritualmente proposto innanzi al TAR Lombardia-Brescia ed iscritto con R.G. n. 541/2014, il decreto dirigenziale n. 1949/2014<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. D.d.u.o. n. 1949 del 7 marzo 2014, art. 7 «avverso il presente provvedimento potrà essere proposto ricorso giurisdizionale al Tribunale Amministrativo Regionale nel termine di 60 giorni previsto dall'art. 29 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ovvero potrà essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nel termine di 120 giorni previsto dall'art. 9 del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199», in *Bollettino ufficiale della Regione Lombardia*, n. 11 del 12 marzo 2014.

In particolare l'impugnativa era stata proposta innanzi al TAR Lombardia Brescia in considerazione della circostanza per cui il provvedimento impugnato, al punto 7, indicava il «*T.A.R. territoriale quale Autorità competente a conoscere le impugnative*».

Con la detta impugnativa veniva richiesto l'annullamento del decreto dirigenziale n. 1949 del 7 marzo 2014 di chiusura della conferenza dei servizi e approvazione definitiva del progetto di realizzazione delle nuove opere di regolazione per la messa in sicurezza del Lago di Idro, dell'Accordo di Programma 2008, nonché degli atti della procedura.

Il TAR Lombardia-Brescia, con sentenza n. 706/2015 depositata il 13 maggio 2015, dichiarava l'inammissibilità del ricorso accogliendo l'eccezione di difetto di giurisdizione<sup>2</sup> sollevata da uno dei Comuni controinteressati – Comune di Levanone – e dalla Provincia di Trento, ritenuto che, ai sensi dell'art. 140, comma 1, lett. b., del r.d. 11 dicembre 1933 n. 1775, TU sulle acque, la giurisdizione sui provvedimenti concernenti le opere idrauliche volte alla messa in sicurezza del Lago di Idro spettasse al Giudice speciale ovvero al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, dichiarando, di conseguenza, il proprio difetto di giurisdizione in favore del predetto Giudice speciale<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. TAR Lombardia-Brescia, sez. I, sent. n. 706 del 13 maggio 2015, che ha dichiarato il difetto di giurisdizione del G.A. in favore del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, richiamandosi al precedente caso consimile di lavori di costruzione di una diga lacustre deciso dalla Suprema Corte di cassazione a sezioni unite con sentenza n. 4114/1983. Le sentenze del TAR e del Consiglio di Stato sono reperibili sul sito internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>3</sup> Il r.d. n. 1775 dell'11 dicembre 1933, Testo Unico delle Disposizioni di Legge sulle Acque e Impianti Elettrici, in *Guri* n. 5 dell'8 gennaio 1934, all'art. 143 prevede che: «1. Appartengono alla cognizione diretta del Tribunale superiore delle acque pubbliche: a) i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere e per violazione di legge avverso i provvedimenti [definitivi] presi dall'amministrazione in materia di acque pubbliche; b) i ricorsi, anche per il merito, contro i provvedimenti definitivi dell'autorità amministrativa adottata ai sensi degli articoli 217 e 221 della presente legge; nonché contro i provvedimenti [definitivi] adottati dall'autorità amministrativa in materia di regime delle acque pubbliche ai sensi dell'articolo 2 del testo unico delle leggi sulle opere idrauliche approvato con regio decreto 25 luglio 1904, n. 523, modificato con l'articolo 22 della legge 13 luglio 1911, n. 774, del regio decreto 19 novembre 1921, n. 1688, e degli articoli 378 e 379 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F; c) i ricorsi la cui cognizione è attribuita al Tribunale superiore delle acque dalla presente legge e dagli articoli 23, 24, 26 e 28 del testo unico delle leggi sulla pesca, approvato con regio decreto 8 ottobre 1931, n. 1604. 2. Il termine per ricorrere nei casi indicati nel presente articolo è di giorni sessanta dalla data in cui la decisione amministrativa sia stata notificata nelle forme e nei modi stabiliti. 3. Nelle materie indicate nel presente articolo, il Tribunale superiore decide con sette votanti, cioè con tre magistrati, con tre consiglieri di Stato e con un tecnico». La citata norma delinea il criterio di riparto con esclusivo riferimento all'oggetto del provvedimento impugnato; cfr., in giurisprudenza, Corte cass., ss. uu., sent. n. 9149 del 17 aprile 2009; Cons. Stato, sez. V, sent. n. 3055 dell'11 luglio 2016. Da ultimo TAR Liguria-Genova, sez. I, sent. n. 308 dell'11 aprile 2017, secondo cui «L'elemento determinante ai fini della giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche, pertanto, non può essere rinvenuto nella prospettazione delle parti o nella natura dei vizi dedotti (e neppure nel fine pubblico perseguito nel caso concreto dall'amministrazione), ma esclusivamente nell'incidenza diretta del provvedimento impugnato sul regime delle acque pubbliche». Con riguardo all'in-

In data 28 luglio 2015 l'Associazione Amici della Terra Club Lago di Idro nonché i soci in proprio riassumevano il giudizio innanzi al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, con ricorso iscritto con R.G. n. 161/2015.

Nel procedimento si costituiva la Regione Lombardia, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, la ENEL Green Power S.p.A., il Comune di Lavenone e quello di Bagnolino restando contumaci le altre parti del giudizio.

Spiegavano intervento *ad adiuvandum* dei ricorrenti il Club Alpino Italiano, il WWF Italia ONLUS, la LIPU ed Italia Nostra.

Nelle more e parallelamente anche il Comune di Idro, con ricorso autonomo al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, impugnava i medesimi provvedimenti ed il Tribunale provvedeva, pertanto a riunire le due impugnative.

Le parti resistenti sollevavano questioni pregiudiziali di irricevibilità del ricorso dell'Associazione e dei privati per avere questi adito il TAR Lombardia-Brescia in luogo del Giudice speciale, questioni di inammissibilità del ricorso perché cumulativo e per difetto di legittimazione attiva *sub specie* di mancanza di interesse ed infine eccepivano l'infondatezza nel merito delle doglianze.

Il Collegio, con la sentenza in commento, risolveva la questione dichiarando ricevibile e ammissibile il ricorso ex art. 37 c.p.a. e ex art. 208 TU sulle acque riconoscendo l'errore scusabile, stante l'erronea indicazione nel provvedimento impugnato dell'Autorità cui era possibile ricorrere.

Del pari risolveva positivamente per i ricorrenti l'eccezione di inammissibilità del ricorso cumulativo, da un lato perché, osservava il Collegio, tutti gli atti erano in stretto rapporto di consequenzialità funzionale e procedimentale, dall'altro perché sussisteva l'identità delle situazioni sostanziali fatte valere, la comune lesione che si riteneva subita e l'assenza di un conflitto di interessi tra le parti ricorrenti.

dividuaione dell'ambito della giurisdizione affidata al giudice delle acque, si richiama, altresì, Corte cass., ss. uu., ord. n. 18977 del 31 luglio 2017, che ha indicato i principi generali di ripartizione della giurisdizione. In particolare, sono devoluti alla cognizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, ai sensi dell'art. 143, comma 1, lett. a., del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, «tutti i ricorsi avverso i provvedimenti che, per effetto della loro incidenza sulla realizzazione, sospensione o eliminazione di un'opera idraulica riguardante un'acqua pubblica, concorrono, in concreto, a disciplinare le modalità di utilizzazione di quell'acqua. Devono in esso essere ricompresi anche i ricorsi avverso i provvedimenti che, pur costituendo esercizio di un potere non strettamente attinente alla materia delle acque ed inerendo ad interessi più generali e diversi ed eventualmente connessi rispetto agli interessi specifici relativi alla demanialità delle acque o ai rapporti concessori di beni del demanio idrico, riguardino comunque l'utilizzazione di detto demanio, così incidendo in maniera diretta ed immediata sull'uso delle acque, interferendo con provvedimenti riguardanti tale uso, nonché autorizzando, impedendo o modificando i lavori relativi».

Tuttavia, il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, con la sentenza in commento<sup>4</sup>, accoglieva la sollevata eccezione di carenza di legittimazione attiva dell'Associazione Amici della Terra Club Lago di Idro e Valle Sabbia, dichiarando l'impugnativa inammissibile, e non proseguiva nella ulteriore trattazione delle varie questioni di merito sollevate.

## 2. L'evoluzione giurisprudenziale e normativa della legittimazione ad agire delle Associazioni ambientaliste e della tutela dei beni comuni

Com'è noto il r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775 «Testo Unico delle Disposizioni di Legge sulle Acque e Impianti Elettrici», nel Titolo IV relativo al contenzioso, prevede all'art. 146 che: «1. Qualora si pretenda che un atto o provvedimento amministrativo offenda interessi di individui o di enti giuridici, i quali, non essendo direttamente contemplati nell'atto o provvedimento medesimo, non ne abbiano avuta notificazione nelle forme prescritte dagli articoli precedenti, il termine per ricorrere al tribunale decorre dal giorno della pubblicazione di un estratto di quell'atto o provvedimento nella Gazzetta Ufficiale del Regno o nel Foglio degli annunci legali della provincia».

Anche nel processo innanzi al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche il ricorso è esperibile in presenza delle due tradizionali condizioni dell'azione «*legittimazione ad agire*» ed «*interesse a ricorrere*».

Sotto il primo profilo lo stesso Giudice Speciale ha definito la propria giurisdizione come «*soggettiva*» ovvero volta a dare tutela solo ai soggetti titolari di una posizione «*differenziata*» e «*qualificata*» non essendo ammessa, per contro, l'azione popolare<sup>5</sup>.

Per l'aspetto che qui, in particolare, interessa, va osservato che la legittimazione ad agire innanzi al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche si è andata delineando, nel corso del tempo, sui principi elaborati dalla Giustizia Amministrativa<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, sent. n. 224 del 3 dicembre 2019, punto 6.3, pp. 16, 17 e 18.

<sup>5</sup> Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, sent. n. 129 del 3 ottobre 2012, in *Riv. Amm.*, 2012, p. 661; cfr. sulla legittimazione a ricorrere davanti al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, M. ANDREIS, *Acqua servizio pubblico e partecipazione*, Giappichelli, Torino, 2015.

<sup>6</sup> Sul punto non va tralasciato che il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche è un giudice amministrativo specializzato che ai sensi dell'art. 139, comma 2, r.d. n. 1775 dell'11 dicembre 1933, è composto da: «a) un presidente, nominato con decreto del Capo dello Stato su proposta del Ministro Guardasigilli, sentito il Consiglio dei Ministri, avente grado secondo corrispondente a quello di procuratore generale della Corte Suprema di Cassazione; b) quattro consiglieri di Stato; c) quattro magistrati scelti fra i consiglieri di Cassazione; d) tre esperti,

La giurisprudenza del Giudice Speciale ha esteso, quindi, progressivamente la categoria degli «*individui non direttamente contemplati*» dal provvedimento amministrativo che potevano adire il Tribunale, dando giuridico rilievo anche ad «*offese*» a beni costituzionalmente protetti che venivano poi qualificati come interessi «*diffusi*».

Uno dei primi ambiti in cui è emersa la figura degli interessi diffusi, e che ne rappresenta una emblematica dimostrazione<sup>7</sup>, è stato quello concernente la protezione dell'ambiente.

La rapida evoluzione del sistema economico e produttivo, che si è avuta soprattutto a partire dai primi anni Settanta, ha, infatti, determinato l'emersione di bisogni di tutela nuovi rispetto a quelli precedentemente conosciuti, portando alla ribalta il problema della protezione di una categoria di interessi legata alla fruizione di beni collettivi e indivisibili, che, in conseguenza di quella evoluzione, si trovavano improvvisamente esposti a pericoli prima sconosciuti, dei quali associazioni e comunità cominciavano a prendere coscienza.

In una prima fase, a fronte di un ordinamento ancora non adeguato alle emergenti istanze di tutela degli interessi meta-individuali, il ruolo degli enti esponenziali è stato determinante e meritorio, perché ha consentito a questi interessi di assumere una dimensione giuridica e di avere un centro soggettivo di riferimento.

Successivamente, tuttavia, nel corso del tempo l'esigenza di supplire alla carenza di un sistema istituzionale di tutela si è via via attenuata, perché il legislatore ha progressivamente preso atto dei cambiamenti in corso e ha iniziato a prevedere – introducendole per legge – forme e modalità specifiche di tutela.

Si è avuta così la progressiva istituzionalizzazione di quella tutela che prima, era affidata, o lasciata, all'iniziativa dei gruppi e delle associazioni private, e, pertanto, molti interessi meta-individuali sono stati demandati alla cura di soggetti pubblici appositamente istituiti<sup>8</sup>.

iscritti nell'albo degli ingegneri», e, pertanto, i principi enucleati dalla Giustizia Amministrativa in tema di legittimazione ad agire sono spesso mutuati ed applicati dalla Giustizia Amministrativa Specializzata, quale quella del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, nella particolare materia di competenza dello stesso.

<sup>7</sup> La questione della possibilità per le Associazioni costituite per fini di protezione ambientale di adire l'autorità giudiziaria contro atti amministrativi ritenuti lesivi dell'ambiente è emersa, anzitutto, in sede giurisprudenziale, con le note sentenze del Giudice Amministrativo, cfr. Cons. Stato in sezione giurisdizionale, sent. n. 253 del 9 marzo 1979, n. 114 del 22 febbraio 1980 e n. 407 del 15 aprile 1980, che hanno aperto la strada all'evoluzione giurisprudenziale e normativa della materia.

<sup>8</sup> Cfr. l. n. 349 dell'8 luglio 1986, Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale, in *Guri* n. 162 del 15 luglio 1986, *suppl. ord.*, che all'art. 1 prevede: «1. È istituito il Ministero dell'ambiente. 2. È compito del Ministero assicurare, in un quadro organico, la promozione, la conservazione ed il recupero delle condizioni ambientali conformi

Inoltre il legislatore, con l'emersione di una «diffusa» sensibilità ambientalista, ha progressivamente mostrato, una spiccata tendenza a circoscrivere tale legittimazione alla tutela ambientale sia sul piano oggettivo sia, e soprattutto, su quello soggettivo.

La limitazione sotto il profilo soggettivo si è tradotta nell'espresso riconoscimento della titolarità dell'azione alle associazioni iscritte in specifici elenchi previsti normativamente.

In particolare, con l'art. 13<sup>9</sup> della l. n. 349 dell'8 luglio 1986, veniva prevista la disciplina del riconoscimento ministeriale dello *status* di associazioni di protezione ambientale, e con il successivo art. 18, comma 5<sup>10</sup>, della medesima legge, veniva riconosciuta, a dette associazioni, la legittimazione a impugnare dinanzi al Giudice Amministrativo provvedimenti ritenuti illegittimi e lesivi dell'ambiente.

agli interessi fondamentali della collettività ed alla qualità della vita, nonché la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale e la difesa delle risorse naturali dall'inquinamento. 3. Il Ministero compie e promuove studi, indagini e rilevamenti interessanti l'ambiente; adotta, con i mezzi dell'informazione, le iniziative idonee a sensibilizzare l'opinione pubblica alle esigenze ed ai problemi dell'ambiente, anche attraverso la scuola, di concerto con il Ministro della pubblica istruzione. 4. Il Ministero instaura e sviluppa, previo coordinamento con il Ministero degli affari esteri e con gli altri Ministeri interessati, rapporti di cooperazione con gli organismi internazionali e delle Comunità europee. 5. Il Ministero promuove e cura l'adempimento di convenzioni internazionali, delle direttive e dei regolamenti comunitari concernenti l'ambiente e il patrimonio naturale. 6. Il Ministero presenta al Parlamento ogni due anni una relazione sullo stato dell'ambiente».

<sup>9</sup> Cfr. l. n. 349 dell'8 luglio 1986, *cit. supra*, nota 8, il cui art. 13 prevede: «Le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni sono individuate con decreto del Ministro dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna, previo parere del Consiglio nazionale per l'ambiente da esprimere entro novanta giorni dalla richiesta. Decorso tale termine senza che il parere sia stato espresso, il Ministro dell'ambiente decide (1). *Così modificato dall'articolo 17 della legge 23 marzo 2001, n. 93.* 2. Il Ministro, al solo fine di ottenere, per la prima composizione del Consiglio nazionale per l'ambiente, le terne di cui al precedente art. 12, comma 1, lett. c), effettua, entro trenta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, una prima individuazione delle associazioni a carattere nazionale e di quelle presenti in almeno cinque regioni, secondo i criteri di cui al precedente comma 1, e ne informa il Parlamento (2). *A norma dell'articolo 4 della legge 3 agosto 1999, n. 265 le associazioni di protezione ambientale di cui al presente articolo, possono proporre le azioni risarcitorie di competenza del giudice ordinario che spettino al Comune e alla Provincia, conseguenti a danno ambientale. L'eventuale risarcimento è liquidato in favore dell'ente sostituito e le spese processuali sono liquidate in favore o a carico dell'associazione».*

<sup>10</sup> Cfr. l. n. 349 dell'8 luglio 1986, *loc. cit.*, il cui art. 18, comma 5, dispone che «le associazioni individuate in base all'articolo 13 della presente legge possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi».

Vale precisare che tale assetto normativo è rimasto immutato anche dopo l'entrata in vigore del dlgs n. 152 del 3 aprile 2006, che rinvia alle norme ora citate negli artt. 309, comma 2 e 318, comma 2, lett. a.<sup>11</sup>.

La giurisprudenza, in sede applicativa dell'art. 13 citato riteneva che il legislatore, con tale previsione avesse voluto, per un verso, recepire e positivizzare l'elaborazione giurisprudenziale sulla legittimazione di soggetti esponenziali di interessi diffusi<sup>12</sup> e, per altro verso, avesse voluto limitare il novero dei soggetti legittimati e circoscrivere il potere del Giudice di riconoscere tale legittimazione.

L'applicazione di tale norma ha dato luogo, nel dipanarsi dell'evoluzione giurisprudenziale, ad una serie di orientamenti interpretativi. Secondo un risalente indirizzo, restrittivo e più ancorato al dato normativo, l'assenza del riconoscimento ministeriale precluderebbe la legittimazione ad agire.

Per tale orientamento, costituiva *jus receptum* la circostanza per cui solo le associazioni ambientaliste individuate ai sensi dell'art. 13 della legge n. 349/1986<sup>13</sup>, erano legittimate ad agire in giudizio, ex art. 18 della medesima legge, avverso qualsiasi provvedimento lesivo, in modo diretto e immediato, dell'interesse ambientale.

Questo indirizzo arrivava alla conclusione di negare la legittimazione processuale alle articolazioni locali delle Associazioni ambientaliste per attribuirle esclusivamente alla struttura nazionale riconosciuta dal Ministero<sup>14</sup>.

Secondo altro orientamento, successivamente elaborato, la l. n. 349/1986 avrebbe introdotto un criterio di legittimazione legale che si andava ad aggiungere a quello già elaborato in precedenza in sede giurisprudenziale.

La giurisprudenza, infatti, precisava che la legittimazione ad agire sarebbe spettata anche ad associazioni di protezione ambientale diverse da quelle riconosciute con decreto ministeriale, purché rappresentative dell'interesse pregiudicato dall'atto impugnato.

<sup>11</sup> Cfr. dlgs n. 152 del 3 aprile 2006, Norme in materia ambientale, in *Guri* n. 88 del 14 aprile 2006.

<sup>12</sup> Cfr. D. GRANARA, *La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste e dei comitati locali a tutela di interessi diffusi*, in *Riv. dir. pubbl.*, n. 11/2013, reperibile sul sito internet [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); cfr. M. BUSA *Associazioni ambientaliste: limiti e condizioni per impugnazione di atto amministrativo*, reperibile sul sito internet [Diritto.it](http://Diritto.it), 2017.

<sup>13</sup> Cfr. dm n. 480 del 9 luglio 2012, recante «Mantenimento dei requisiti per le associazioni di protezione ambientale riconosciute», in *Guri* n. 173 del 26 luglio 2012.

<sup>14</sup> Secondo tale restrittivo orientamento «la speciale legittimazione riguarda le associazioni di protezione ambientale nazionali, formalmente riconosciute e non le loro strutture o articolazioni territoriali, che non rispondono ai requisiti posti dagli artt. 13 e 18, comma 5, della legge 1986 n. 349», cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 2151 del 14 aprile 2006; TAR Emilia Romagna-Bologna, sez. I, sent. n. 1618 del 6 luglio 2007; Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 5453 del 13 settembre 2007.

Secondo questo più elastico orientamento l'iscrizione nell'elenco non determinava un rigido automatismo, potendo il giudice, all'esito di una verifica concreta sulla posizione dell'associazione, ammettere all'esercizio dell'azione giurisdizionale proposta anche quelle associazioni non iscritte negli elenchi ministeriali.

Nello specifico, il giudice amministrativo poteva riconoscere, "*caso per caso*", la legittimazione ad impugnare atti amministrativi a tutela dell'ambiente anche in capo ad associazioni locali, non ricomprese nell'elenco delle associazioni a carattere nazionale individuate dal Ministero dell'Ambiente ai sensi dell'art. 13 della l. n. 349/1986, purché *a.* perseguano statutariamente in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale, *b.* abbiano un adeguato grado di rappresentatività e stabilità, *c.* dispongano di un'ideale struttura organizzativa e di un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume lesa<sup>15</sup>.

Pertanto, secondo questo orientamento giurisprudenziale, consolidatosi nel corso del tempo, alle articolazioni territoriali di associazioni nazionali di tutela ambientale, come pure ai comitati<sup>16</sup> locali, era possibile continuare a riconoscere la legittimazione ad agire avverso atti ritenuti lesivi dell'ambiente in ossequio ai criteri in precedenza elaborati dalla giurisprudenza per l'azionabilità dei c.d. «*interessi diffusi*» in materia ambientale<sup>17</sup>.

In definitiva, nel nostro ordinamento opera un duplice sistema<sup>18</sup> di accertamento della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste, nel senso che il potere di individuazione ministeriale, conferito dall'art. 13 della l. n. 349/1986, non esclude il potere del giudice di applicare diretta-

<sup>15</sup> Cfr. F. DEGNI, *Riflessioni sul concetto di "stabile collegamento" quale presupposto per la legittimazione dei soggetti di portatori di interessi a carattere commerciale nelle controversie relative a provvedimenti di natura urbanistica ed edilizia*, in *Riv. dir. pubbl.*, n. 1/2017, reperibile sul sito internet [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>16</sup> Ai fini della legittimazione ad agire del comitato, la giurisprudenza, oltre ai tre requisiti, richiede che lo stesso «non nasca in funzione dell'impugnativa di singoli atti e provvedimenti», v. TAR Lombardia-Milano, sez. III, sent. n. 2674 del 6 novembre 2014.

<sup>17</sup> Cfr., in argomento, TAR Emilia Romagna-Bologna, sez. I, sent. n. 3365 del 26 novembre 2007.

<sup>18</sup> Non sono mancati arresti giurisprudenziali, anche recenti, secondo cui «nell'attuale ordinamento non sarebbe più in vigore la regola di origine giurisprudenziale del cd. doppio binario, secondo la quale gli enti collettivi, e in primo luogo le associazioni, ove presentino determinati requisiti, sono legittimate di per sé, ovvero a prescindere e in aggiunta rispetto a quanto previsto da specifiche disposizioni di legge, ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo i provvedimenti che ritengano lesivi degli interessi diffusi della collettività della quale si configurano come ente esponenziale. Tale regola sarebbe stata sostituita da un principio di tassatività, per cui la legittimazione degli enti esponenziali è eccezionale e sussiste nei soli casi espressamente previsti dalla legge», v. Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 3303 del 21 luglio 2016.

mente la norma di cui all'art. 18, accertando, "*caso per caso*", la sussistenza della legittimazione in capo ad una determinata associazione<sup>19</sup>.

Va, altresì, evidenziato che a seguito della progressiva valorizzazione delle «*formazioni sociali*»<sup>20</sup>, quale esplicazione del più generale principio di cui all'art. 118, 4° comma, Cost., nel testo introdotto dalla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001<sup>21</sup>, la giurisprudenza amministrativa<sup>22</sup> ha riconosciuto la legittimazione ad agire, ai fini dell'impugnativa di atti in materia ambientale<sup>23</sup>, in capo alle articolazioni territoriali di associazioni

<sup>19</sup> Cfr. M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 734.

<sup>20</sup> La rilevanza dell'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, successivamente alla modifica del Titolo V Cost., è stata evidenziata dal Consiglio di Stato in sede consultiva per gli atti normativi, con l'ormai celebre parere n. 1440 del 25 agosto 2003, in cui si osserva che «l'ultimo comma dell'art. 118 Cost. – in particolare il principio di sussidiarietà orizzontale – sancisce e conclude un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno della entificazione, ma correlato più semplicemente alla società civile e al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario».

<sup>21</sup> Legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, *Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Guri* n. 248 del 24 ottobre 2001.

<sup>22</sup> Cfr. D. CIARNIELLO, *La soggettività delle associazioni ambientaliste ed il relativo potere di agire in giudizio per la tutela degli interessi ambientali*, in *Riv. dir. pubbl.*, n. 1/2017, reperibile sul sito internet [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>23</sup> Al graduale consolidamento degli indirizzi giurisprudenziali evolutivi, volti al progressivo ampliamento della legittimazione ad agire, si va altresì ad affiancarsi una progressiva estensione dell'oggetto della tutela. Infatti è stata riconosciuta la legittimazione ad agire non solo nei riguardi di atti che direttamente incidono su «*beni ambientali*», ovvero quelli cui la legge o l'Amministrazione specificamente ed espressamente riconosce una valenza ambientale, ma anche nei riguardi di atti incidenti sul patrimonio culturale, storico e artistico del Paese, secondo una «*nozione allargata*» di ambiente. Sul punto la giurisprudenza ha espressamente statuito che la legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste possa essere riconosciuta non solo nel caso di atti inerenti la materia ambientale, ma anche per quelli che «*incidono sulla qualità della vita in un dato territorio*», cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 2329 del 14 aprile 2011; TAR Lombardia-Milano, sez. II, sent. n. 2336 del 22 ottobre 2013; TAR Lombardia-Brescia, sez. I, sent. n. 668 del 15 luglio 2013; TAR Lombardia-Milano, sez. IV, sent. n. 713 del 15 marzo 2013. Pertanto, tali associazioni sono legittimate ad agire in giudizio non solo per la tutela degli interessi ambientali in senso stretto, «ma anche per quelli ambientali in senso lato, comprendenti la conservazione e la valorizzazione dell'ambiente, del paesaggio urbano, rurale, naturale e dei centri storici intesi tutti quali beni e valori idonei a caratterizzare in modo peculiare ed irripetibile un certo ambito geografico territoriale rispetto ad altri, ed anche in considerazione della "compensazione delle problematiche ambientali in quelle urbanistiche"», cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. n. 3711 del 28 luglio 2015; TAR Lombardia-Milano, sez. I, sent. n. 933 del 26 aprile 2019; cfr. sul punto L. DEPROPRIS, *Le azioni a tutela dei beni di interesse ambientale*, in *Riv. dir. pubbl.*, n. 7/2013, reperibile sul sito internet [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo cui «la stessa individuazione del concetto di "beni ambientali" (e di quello di "ambiente") risulta senz'altro di non facile approccio, in quanto di diretta connessione con la tematica dei c.d. "beni comuni". Ma qui il legislatore sembra aiutare l'interprete, fornendo dei beni ambientali una chiara indicazione nell'art. 300 codice dell'ambiente (D.Lgs. 152/2006), norma fondamentale in tema di "danno ambientale"». Evidenzia l'A. «come sia, questo codicistico, un concetto dal carattere senz'altro più ristretto rispetto a quello – presente nella più recente giurisprudenza, anche costituzionale – riferito alle nozioni di "territorio" e di "paesaggio"; nozioni che vengono in vario modo a connettersi all'idea stessa di "ambiente". Territorio, ambiente e paesaggio che sono concetti l'un l'altro tra loro interagenti, tutti tutelati in quanto tali già dalla Costituzione (e relativa giurisprudenza), e nel loro

nazionali di tutela ambientale<sup>24</sup> anche quale effetto espansivo della sussidiarietà orizzontale<sup>25</sup>.

Orbene secondo questo orientamento la piena valorizzazione dell'apporto dei singoli e delle formazioni sociali, ovvero dei «*cittadini associati*»<sup>26</sup>, comporta la partecipazione delle associazioni, con iniziative, proposte, contributi concreti, in sede provvedimentale.

Laddove emerga in sede provvedimentale un contrasto tra la formazione sociale e l'Amministrazione in ordine agli strumenti di tutela del bene ambientale protetto<sup>27</sup>, la stessa potrà adire l'autorità giudiziaria contestandone la legittimità sotto il profilo della mancata razionalità delle scelte di tutela adottate.

È, dunque, attraverso l'azione giudiziaria che la formazione sociale potrà far rilevare l'inadeguatezza delle scelte di tutela del bene ambientale ad opera dell'amministrazione tramite l'impugnativa degli atti amministrativi contestati<sup>28</sup>.

Pertanto, in tali ipotesi potrebbe emergere, in sede processuale, la problematica inerente la legittimazione ad agire delle formazioni sociali, dei «*cittadini associati*», ovvero delle associazioni ambientaliste.

insieme costituenti il "luogo della vita comune"; coacervo di beni materiali differenti, alcuni dei quali oggetto giuridico di diritti anche a carattere dominicale (dunque sottratti al diretto controllo della collettività), ma sempre a dimensione unitaria. La stessa Corte Costituzionale ha del resto affermato, anche in recentissime sentenze, la sostanziale coincidenza tra territorio e paesaggio: [...] nella concezione della Corte è lo stesso aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene, che è di per sé un valore costituzionale». Si tratta di un complesso unitario di beni (territorio-paesaggio-ambiente), che costituisce un "bene comune" e come tale richiede un particolare sistema di tutela. Sull'articolata nozione di «beni comuni» cfr. ampiamente, A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Viareggio, Dissensi Edizioni, 2011; ID., *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, Laterza, 2013; e, ancora, ID., *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, in *Nomos - Le attualità nel diritto*, n. 2/2017, p. 1 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011; U. MATTEI - A. QUARTA, *Punto di Svolta*, Sansepolcro, Aboca Edizioni, 2018, p. 9 ss.; S. RODOTÀ, *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, Napoli, La scuola di Pitagora editrice, 2018.

<sup>24</sup> F. CAPELLI, *Come governare l'ambiente e il territorio*, in *Riv. giur. ambiente*, 2017, p. 5 ss.

<sup>25</sup> Cfr. F. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 413 ss., con precisi richiami al formante giurisprudenziale in materia.

<sup>26</sup> F. CAPELLI, *La legge di riforma del Terzo Settore: sua applicazione e prospettive di sviluppo*, in *Riv. giur. ambiente*, 2019, p. 71 ss.

<sup>27</sup> Cfr. in argomento Cons. Stato, sez. IV, sentenze n. 5760 del 2 ottobre 2006, n. 36 del 9 gennaio 2014 e n. 5451 del 18 novembre 2014.

<sup>28</sup> Cfr. TAR Calabria-Catanzaro, sez. I, sent. n. 917 del 26 giugno 2011, secondo cui: «La legittimazione attiva delle associazioni di protezione ambientale per tutelare finalità di protezione dell'ambiente, proprie dell'amministrazione dello Stato, in applicazione del principio di "sussidiarietà orizzontale", recepito dall'art. 118, ultimo comma, Cost., dall'art. 310, comma 1, del D. Lgs. 3 aprile 2006 n. 152, ha come scopo non tanto quello di ampliare la platea dei soggetti titolari di interesse alla censura dell'atto amministrativo "ex parte subiecti", quanto quello di consentire, "ex parte obiecti", una più ampia tutela del bene ambientale, anche laddove le autorità preposte alla sua protezione non siano capaci di garantirla».

In relazione a quest'ultimo profilo, va però ribadito che l'accertamento della legittimazione ad agire non implica alcun automatismo, gravando, sull'associazione ricorrente, l'onere di esporre nel ricorso introduttivo, in termini sufficientemente precisi, gli elementi di fatto e di diritto posti a fondamento della propria legittimazione, che non può essere solo vantata; ciò al fine «di non creare spazi alla giustiziabilità di interessi non motivati con solidi e concreti riferimenti alla realtà sostanziale sottostante»<sup>29</sup>.

In sede processuale, il Collegio dovrà, *in primis* operare una valutazione sulla legittimazione ad agire dell'associazione non riconosciuta a livello nazionale secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza e poi accertare se gli atti dell'amministrazione siano adeguati per la protezione del bene ambientale ovvero se gli stessi risultino non corretti e debbano, pertanto, essere annullati sotto il profilo dell'eccesso di potere per illogicità<sup>30</sup>.

Sotto diverso aspetto occorre rilevare che all'evoluzione estensiva dei principi in materia di legittimazione ad agire delle articolazioni locali delle associazioni ambientaliste ha contribuito non solo la rilettura dei principi elaborati dalla giurisprudenza alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost., ma anche la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia<sup>31</sup>.

Afferma la Corte di giustizia che il giudice nazionale è tenuto ad interpretare le norme processuali concernenti le condizioni che devono essere soddisfatte per proporre un ricorso amministrativo o giurisdizionale, in conformità sia agli scopi dell'art. 9 della Convenzione di Aarhus<sup>32</sup> sia all'obiettivo di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti dall'ordinamento UE, al fine di permettere ai soggetti interessati di contestare in giudizio una decisione adottata a seguito di un procedimento amministrativo eventualmente contrario al diritto ambientale dell'Unione<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Cfr. TAR Liguria-Genova, sez. I, sent. n. 1428 del 1° agosto 2007.

<sup>30</sup> Cfr. F. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, cit. *supra*, nota 25.

<sup>31</sup> Cfr. D. SICLARI, *L'evoluzione della legittimazione processuale ambientale in ambito comunitario*, in *Riv. dir. pubbl.*, n. 4/2001, reperibile sul sito internet [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>32</sup> Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, approvata con la decisione del Consiglio Ue n. 2005/370/CE del 17 febbraio 2005.

<sup>33</sup> Cfr. sentenza della Corte giustizia dell'8 marzo 2011 in causa n. C-240/09, che pronunciandosi in via pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 9, comma 3, della Convenzione di Aarhus, secondo cui «ciascuna Parte provvede affinché i membri del pubblico che soddisfino i criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale possano promuovere procedimenti di natura amministrativa o giurisdizionale per impugnare gli atti o contestare le omissioni dei privati o delle pubbliche autorità compiuti in violazione del diritto ambientale nazionale», ha statuito che, nonostante l'art. 9, n. 3, non abbia efficacia diretta nel diritto dell'Unione, «Nondimeno, il giudice nazionale è tenuto ad interpretare, nei limiti del possibile, le norme processuali concernenti le condizioni che devono essere soddisfatte per proporre un ricorso amministrativo o giurisdizionale in conformità sia degli scopi dell'art. 9, n. 3, della

I principi espressi dalla Corte di giustizia sulla tutela dell'ambiente e sull'accesso alle procedure di ricorso<sup>34</sup>, sono stati altresì recepiti dalla giu-

suddetta convenzione sia dell'obiettivo di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, al fine di permettere ad un'organizzazione per la tutela dell'ambiente, di contestare in giudizio una decisione adottata a seguito di un procedimento amministrativo eventualmente contrario al diritto ambientale dell'Unione». La sentenza del 12 maggio 2011 resa nel procedimento n. C-115/09, pronunciandosi in via pregiudiziale sulla direttiva n. 85/337/Cee (VIA), e, in particolare, sull'ambito di legittimazione processuale dei singoli e delle associazioni rispetto ad atti lesivi dell'ambiente, ha affermato: «(...) se è possibile che il legislatore nazionale circoscriva ai soli diritti pubblici soggettivi i diritti di cui può essere invocata la violazione da parte dei singoli nel contesto di un ricorso giurisdizionale promosso avverso una delle decisioni, atti od omissioni previsti dall'art. 10 bis della direttiva 85/337, siffatta limitazione non può essere applicata in quanto tale alle associazioni a tutela dell'ambiente salvo travisare le finalità di cui all'art. 10 bis, terzo comma, ultima frase, della direttiva 85/337» (punto 45). Infatti, se, come risulta da detta disposizione, «tali associazioni devono poter far valere gli stessi diritti dei singoli, sarebbe in contrasto con l'obiettivo di garantire al pubblico interessato un ampio accesso alla giustizia, da una parte, nonché con il principio di effettività, dall'altra, la circostanza che le dette associazioni non possano anche invocare la violazione di norme derivanti dal diritto dell'Unione in materia ambientale per il solo motivo che queste ultime tutelano interessi collettivi. Infatti, come emerge dalla controversia nella causa principale, ciò le priverebbe in larga misura della possibilità di far verificare il rispetto di norme derivanti da tale diritto che sono, per la maggior parte dei casi, rivolte all'interesse pubblico e non alla sola protezione degli interessi dei singoli considerati individualmente» (punto 46). Da ultimo la sentenza della Corte giustizia del 20 dicembre 2017 in causa n. C-664/15, secondo cui «L'articolo 9, paragrafo 3, della convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, firmata ad Aarhus il 25 giugno 1998 e approvata a nome della Comunità europea con la decisione 2005/370/CE del Consiglio, del 17 febbraio 2005, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dev'essere interpretato nel senso che un'organizzazione per la tutela dell'ambiente debitamente costituita e operante conformemente ai requisiti previsti dal diritto nazionale deve poter impugnare dinanzi a un organo giurisdizionale una decisione di autorizzazione di un progetto che possa essere contrario all'obbligo di impedire il deterioramento dello stato dei corpi idrici quale imposto dall'articolo 4 della direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque». Mentre, «il combinato disposto dell'articolo 9, paragrafo 3, di tale convenzione, approvata con la decisione 2005/370, e dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali nonché dell'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/60 dev'essere interpretato nel senso che osta a una normativa processuale nazionale che esclude, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, le organizzazioni per la tutela dell'ambiente dal diritto di partecipazione, in quanto parte del procedimento, a un procedimento di autorizzazione diretto ad attuare la direttiva 2000/60 e che limita il diritto di ricorso per impugnare decisioni adottate in esito a tale procedimento alle sole persone aventi tale qualità». Inoltre, «con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio degli elementi di fatto e di diritto nazionale pertinenti, l'articolo 9, paragrafi 3 e 4, di detta convenzione, approvata con la decisione 2005/370, in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, dev'essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, esso osta all'imposizione a un'organizzazione per la tutela dell'ambiente di una regola di diritto processuale nazionale di preclusione, in forza della quale una persona perde la sua qualità di parte nel procedimento e non può quindi proporre ricorso contro la decisione adottata in esito a tale procedimento qualora essa abbia ommesso di sollevare le proprie eccezioni in tempo utile già nel procedimento amministrativo e, al più tardi, nella fase orale di tale procedimento». Nella giurisprudenza interna, cfr. T.A.R. Lombardia- Brescia, sez. I, sentenza n. 1478 del 22 dicembre 2017.

<sup>34</sup> Cfr. TAR Piemonte-Torino, sez. II, sent. n. 1082 del 5 ottobre 2017, che, nel pronunciarsi in merito alla legittimazione attiva di una Società Cooperativa all'impugnativa di un Accordo di programma per il mancato esperimento della valutazione ambientale strategica, ha precisato che: «Si è affermato che il giudice nazionale è tenuto ad interpretare, nei limiti del possibile, le norme processuali concernenti le condizioni che devono essere soddisfatte per

risprudenza amministrativa nazionale che, richiamandosi all'orientamento più volte espresso dalla giurisprudenza UE<sup>35</sup>, ha ritenuto senz'altro preferibile un'interpretazione estensiva delle regole in tema di legittimazione a ricorrere<sup>36</sup>.

proporre un ricorso amministrativo o giurisdizionale, in conformità sia degli scopi dell'art. 9 della convenzione di Aarhus (...) sia dell'obiettivo di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario, al fine di permettere ai soggetti interessati di contestare in giudizio una decisione adottata a seguito di un procedimento amministrativo eventualmente contrario al diritto ambientale dell'Unione (cfr. Corte giust. UE, 8 marzo 2011, C-240/09, *Lesoochránárske zoskupenie*); in termini TAR Lombardia-Brescia, sez. I, sent. n. 1478 del 22 dicembre 2017, TAR Sicilia-Palermo, sez. I, sent. n. 1503 del 5 giugno 2019.

<sup>35</sup> Cfr. G. TULUMELLO, *Il diritto internazionale e comunitario dell'ambiente e il dialogo fra i formanti: brevi note a margine di un recente tentativo (inidoneo) di ridimensionamento delle associazioni di protezione ambientale*, in *Riv. dir. pubbl.*, n. 5/2009, reperibile sul sito internet [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); F. GOISIS, *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 101 ss.; E. FASOLI, *Associazioni ambientaliste e procedimento amministrativo in Italia alla luce degli obblighi della Convenzione UNECE di Aarhus del 1998*, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, pp. 331-355.

<sup>36</sup> Cfr., sul punto, Comunicazione della Commissione sull'accesso alla giustizia in materia ambientale, «Informazioni provenienti dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi dell'Unione europea», in *Gu-Ue* n. C 275 del 18 agosto 2017, p. 1 ss., con la quale ha operato un'analisi delle disposizioni del diritto dell'Unione, compresa la Carta, e sulla giurisprudenza della Corte, illustrando il modo in cui il pubblico può contestare decisioni, atti od omissioni di autorità pubbliche dinanzi a un organo giurisdizionale o altro organo analogo, esaminando la legittimazione ad agire, l'intensità del controllo, i rimedi effettivi che devono essere forniti dal giudice nazionale e varie altre misure di salvaguardia, e fornendo così un quadro chiaro di ciò che è necessario a livello nazionale per rispettare le disposizioni vigenti. La Comunicazione ha, altresì, offerto, al punto 2.3.2.2, una definizione dei criteri specifici per la legittimazione ad agire di diritto, precisando che i «criteri che le ONG ambientaliste devono rispettare per beneficiare della legittimazione ad agire di diritto non devono essere eccessivamente difficili da soddisfare e dovrebbero tenere conto degli interessi delle ONG piccole e locali»; nello specifico, la Comunicazione ha precisato che: «Le norme nazionali possono definire i requisiti che le ONG devono soddisfare per beneficiare della legittimazione ad agire di diritto. La giurisprudenza della Corte fa luce sul grado di rigore di queste norme», prevedendo i seguenti requisiti: «a) operatività in campo ambientale. Un impegno nel settore dell'ambiente contribuisce ad assicurare che un'ONG abbia competenze e conoscenze utili». Nella sentenza *Djurgården* in causa n. C-263/08, punto 46, la Corte conferma che «una legge nazionale può imporre che una siffatta organizzazione, che intende contestare in giudizio un progetto rientrante nella direttiva 85/337 [ora direttiva 2011/92/UE], abbia un oggetto sociale attinente alla protezione della natura e dell'ambiente» Da questa formulazione non si può dedurre che la Corte abbia approvato il requisito che l'ONG debba avere l'obiettivo esclusivo della protezione dell'ambiente. Sembra tuttavia potersi desumere che uno Stato membro può esigere che la protezione dell'ambiente costituisca l'obiettivo preminente o sostanziale dell'ONG; b) Requisito del numero di aderenti. Il numero di aderenti a un'ONG può essere un indicatore importante dell'operatività dell'ONG. Nella medesima sentenza al successivo punto 47, la Corte ha esaminato il requisito nazionale del numero minimo di aderenti, di cui un'ONG deve essere in possesso, «statuendo che il numero richiesto non può essere fissato a un livello tale da contrastare con l'obiettivo di agevolare l'accesso alla giustizia. Ha inoltre sottolineato l'importanza di facilitare le ONG locali, poiché potrebbero essere le più inclini a contestare progetti su piccola scala che non hanno un'importanza nazionale o regionale ma che hanno comunque un effetto significativo sull'ambiente. Va rilevato che non tutte le ONG che godono della legittimazione ad agire di diritto hanno aderenti. Alcune sono fondazioni di pubblica utilità, le cui azioni hanno dato luogo a un'importante giurisprudenza della Corte; c) altri criteri. Nella pratica alcuni Stati membri impongono alle ONG di soddisfare altri criteri per ottenere la legittimazione ad agire di diritto, ad esempio: l'indipendenza, l'assenza di scopo lucrativo (...)».

In sintesi, le articolazioni locali delle associazioni ambientaliste nazionali riconosciute dal Ministero dell'ambiente hanno legittimazione ad impugnare atti amministrativi a tutela dell'ambiente purché rappresentative dell'interesse azionato, secondo i principi enucleati dalla giurisprudenza amministrativa, alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale ora previsto dall'art. 118 Cost. e dei principi di diritto ambientale dell'Unione europea.

### **3. I principi applicati al caso in trattazione con riferimento alle categorie enucleate dalla Giustizia Amministrativa e al principio *praetorio della vicinitas***

Nel caso in esame, il Collegio pur partendo dalla premessa generale per la quale l'Associazione Nazionale Amici della Terra è riconosciuta ai sensi dell'art. 13 della l. n. 349 dell'8 luglio 1986 e, pertanto, legittimata a proporre i ricorsi ex art. 18, non riconosce, tuttavia, che la legittimazione processuale, possa essere estesa alle articolazioni delle dette associazioni nazionali.

Il Collegio, inoltre richiamando i principi espressi dalla sentenza del Consiglio di Stato<sup>37</sup> n. 839 del 19 febbraio 2015, ritiene, comunque, che anche in capo alle articolazioni territoriali delle associazioni nazionali registrate, possa essere riconosciuta, ancorché non automaticamente, la legittimazione processuale nei giudizi innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria ed ai giudici amministrativi per tutelare finalità ricomprese in una nozione di protezione ambientale ampiamente articolata.

Il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, in particolare, nel fare propria la teoria elaborata dalla giurisprudenza amministrativa, ritiene che la finalità di protezione dell'ambiente perseguita dalle articolazioni locali

<sup>37</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 839 del 19 febbraio 2015, che in una fattispecie inerente all'impugnativa di atti di pianificazione urbanistica ha precisato che: «L'impostazione molto restrittiva del tema della legittimazione ambientalista, le attribuzioni delle associazioni sarebbero limitate unicamente alla tutela paesistica, non può essere sostenuta ed è sconfessata da una lettura della giurisprudenza in tema, che traccia una evidente parabola interpretativa, tesa al riconoscimento di una nozione di protezione ambientale ampiamente articolata. In questo senso, gli spunti appaiono numerosi (ricordando, senza pretesa di completezza, Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, sentenza n. 811 del 27.9.2012; Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza n. 2329 del 14.4.2011; Sez. VI sentenza n. 3744 del 15.6.2010, Sez. IV, sentenza n. 2908 del 12.5.2009, Sez. IV sentenza n. 2849 del 31.5.2007) e concordanti nel senso di attribuire alle associazioni ambientaliste la legittimazione ad agire in giudizio non solo, per la tutela degli interessi ambientali in senso stretto, ma anche per quelli ambientali in senso lato, ossia quelli comprensivi dei temi della conservazione e valorizzazione dell'ambiente latamente inteso, del paesaggio urbano, rurale, naturale nonché dei monumenti e dei centri storici, tutti beni e valori idonei a caratterizzare in modo originale, peculiare ed irripetibile un certo ambito geografico territoriale rispetto ad altri».

delle associazioni ambientaliste favorisca l'emersione sociale del principio di «*sussidiarietà orizzontale*», recepito dall'art. 118, ultimo comma, Cost.

Pertanto, una volta riconosciuta rilevanza sociale alle articolazioni locali delle associazioni ambientaliste registrate, rispetto ai fini perseguiti, il Collegio avrebbe dovuto verificare, nello specifico, se alla stessa potesse essere riconosciuta la legittimazione processuale secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza amministrativa in materia.

Il Collegio richiamando l'orientamento giurisprudenziale elaborato dalla giustizia amministrativa ed ormai consolidato, precisa che la legittimazione deve riconoscersi in presenza di tre condizioni: 1. il perseguimento non occasionale di obiettivi di tutela ambientale, 2. l'adeguata rappresentatività e 3. la vicinanza spaziale della fonte del paventato pregiudizio agli interessi protetti al centro principale dell'attività dell'Associazione.

Orbene, il Collegio, pur partendo da una corretta valorizzazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di legittimazione processuale delle articolazioni locali delle associazioni ambientaliste, non opera una corretta applicazione dei detti principi all'Associazione Amici della Terra Club Lago di Idro e Valle Sabbia, non riconoscendo, del tutto inopinatamente, la sussistenza delle tre ricordate condizioni individuate dalla giurisprudenza.

Va, dunque, evidenziato che in base all'art. 14, comma 1, dello Statuto nazionale dell'Associazione Amici della Terra ONLUS, «l'Associazione opera sul territorio attraverso i club che hanno il compito di concorrere all'attuazione dei programmi nazionali e che decidono autonomamente le attività di interesse locale»<sup>38</sup>.

L'Associazione Amici della Terra Club Lago di Idro e Valle Sabbia è stata costituita con atto registrato a Salò in data 20 febbraio 2007 al n. 602, serie 3, che all'art. 1, comma 2, prevede che l'Associazione ha il compito di concorrere all'attuazione dei programmi nazionali di finalità ambientale, e all'art. 2, comma 1, prevede che l'Associazione si prefigge i seguenti fini statutari espressi: «Amici della Terra Club Lago di Idro ha lo scopo esclusivo di concorrere nell'ambito territoriale del comprensorio della Valle Sabbia, a tutelare, valorizzare la natura e l'ambiente, garantire un rapporto equilibrato tra l'attività umana e la natura, tutelare le specie animali e vegetali».

<sup>38</sup> Statuto dell'Associazione Amici della Terra ONLUS Allegato "C" al verbale del Congresso nazionale del 18 aprile 2015, successivamente modificato dall'Allegato "A" al verbale del Congresso nazionale del 30 giugno 2018.

L'obiettivo di tutela della realtà territoriale è dunque perseguito e garantito non solo per l'appartenenza come Club all'Associazione Nazionale e per l'obbligo di porsi come strumento di realizzazione dei fini di tutela ambientale della stessa, ma anche come fine statutario proprio.

Appare quindi evidente che l'Associazione ricorrente è in possesso del primo requisito «*giurisprudenziale*» cui fa riferimento il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche ovvero il perseguire in maniera stabile e non occasionale, in base alle previsioni statutarie, il fine ambientale.

A ben vedere il Collegio, al punto 6.3. della sentenza qui in commento, non esamina affatto l'atto costitutivo dell'Associazione ricorrente ma si limita a sostenere che «non si ravvisano in capo al detto sodalizio, gli elementi fin qui indicati».

Nello specifico il Collegio omette tale verifica limitandosi a sostenere che l'Associazione Amici della Terra Club Lago di Idro e Valle Sabbia voglia ottenere automaticamente la legittimazione processuale dall'Associazione Nazionale non costituita in giudizio.

Orbene è evidente come tale passaggio argomentativo appaia del tutto incoerente con le corrette premesse da cui il Collegio ha preso le mosse per l'esame sul possibile riconoscimento della legittimazione ad agire in capo all'articolazione territoriale dell'Associazione nazionale, fattispecie sottoposta al suo vaglio.

Infatti il Collegio, pur riconoscendo la necessità, nell'applicazione dei tre criteri elaborati dalla giurisprudenza, della verifica circa il «perseguimento non occasionale di obiettivi di tutela ambientale» tramite l'esame dello statuto dell'Associazione, di fatto non lo effettua, ed omettendo l'esame del corredo probatorio in atti, arriva ad affermare che «alcun serio argomento è speso in senso contrario».

La sentenza in commento, inoltre, pur procedendo da una «serena lettura dell'atto costitutivo» ha poi negato anche la sussistenza del secondo criterio giurisprudenziale, ovvero quello dell'adeguato grado di rappresentatività e stabilità dell'Associazione.

Nel caso di specie il Tribunale ha ritenuto che, essendo i membri dell'articolazione sette cittadini, doveva escludersi la sussistenza dei tre ricordati requisiti e, dunque, la legittimazione dell'associazione.

Sul punto va evidenziato che la rappresentatività dell'articolazione territoriale Club Lago di Idro e Valle Sabbia può ancorarsi ad un parametro certo: infatti, l'Associazione Nazionale stabilisce, all'art. 3 del Regolamento dei Club locali, che «una volta costituiti i club sono tenuti a raggiungere un numero complessivo di soci così definito: 10 per i Comuni fino a 50mila abitanti»<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> I soci del Club Lago di Idro e Valle Sabbia erano, al momento dell'avvio dell'azione giudiziaria, in numero di 22, ciò a fronte di una collettività di 1.862 abitanti (compresi i

Ne deriva che l'Associazione Nazionale riconosce la rappresentatività sul territorio del Club Lago di Idro come caratteristica stabile dell'articolazione locale, della quale peraltro si serve per il raggiungimento dei fini istituzionali di tutela ambientale, come è previsto dallo Statuto Nazionale.

Altrettanto deve dirsi circa l'ultimo requisito posto dalla giurisprudenza ovvero la vicinanza spaziale tra la fonte del pregiudizio e gli interessi protetti dall'Associazione territoriale.

Invero, la presenza di questo ultimo elemento è per *tabulas*: il territorio di realizzazione degli interventi di cui al progetto è il Lago di Idro, sito nell'omonimo Comune e l'Associazione, che ha sede ad Idro, persegue la finalità di tutela del proprio territorio e si pone per statuto, come ambito di operatività, appunto il territorio del Comune di Idro e della Valle Sabbia.

Vi è dunque la totale perfetta coincidenza tra la localizzazione delle opere contestate ed il territorio protetto dall'Associazione in base ai fini statutari: il bene a fruizione collettiva di cui si chiede tutela, infatti, afferisce all'area di intervento dell'Associazione ricorrente.

Orbene, una corretta applicazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza con una pluralità di pronunce<sup>40</sup> ed una azione giurisdizionale coerente con i principi di diritto in esse esposte, imponeva al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche:

- di ritenere assolto il requisito della finalità se il perimetro dello statuto della ricorrente avesse accolto al suo interno la tutela del bene ambiente, cosa che doveva apparire certa al Giudice Speciale ex art. 2 dello statuto;

minori di età) e, dunque, con un grado di rappresentatività dell'1,2% del territorio. A riguardo vale la pena di sottolineare che Associazioni Nazionali, come ad esempio il WWF Italia, possono contare di un grado di rappresentatività che si aggira al di sotto dello 0,5%.

<sup>40</sup> Cfr. Cons. Stato, ad. plen., n. 6 del 20 febbraio 2020, secondo cui «(...) la legittimazione a proporre ricorso, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, sussiste in capo a tutte le associazioni, anche se sprovviste di legittimazione espressa in via legislativa, che rispondano a determinati criteri, costituiti dall'effettivo e non occasionale impegno a favore della tutela di determinati interessi diffusi o superindividuali, dall'esistenza di una previsione statutaria che qualifichi detta protezione come compito istituzionale dell'associazione, e dalla rispondenza del paventato pregiudizio agli interessi giuridici protetti posti al centro principale dell'attività dell'associazione. Tale indirizzo appare più consona ai valori espressi dalla Carta costituzionale, anzitutto in termini generici perché nel momento in cui, con l'art. 18, si riconosce la libertà di associazione, fra due possibili interpretazioni di una norma è preferibile quella che amplia, e non quella che restringe, le possibilità di azione dell'associazione stessa. Si osserva ancora che, ragionando nei termini opposti, propri dell'indirizzo restrittivo di cui si è detto, si rischierebbe, in ultima analisi, di rimettere alla discrezionalità del legislatore ordinario la tutela in giudizio di interessi di notevole peso e valore sociale, con evidente limitazione dell'effettività della tutela garantita dall'art. 24 Cost. Gli interessi coinvolti, infatti, riguardano settori come l'ambiente, la salute, ovvero, come in questo caso, la stabilità dei mercati finanziari, che i singoli potrebbero proteggere solo agendo in forma associata, con una modalità che del resto è pienamente consona allo spirito dell'art. 2 Cost., che riconosce e garantisce le "formazioni sociali" come luogo in cui la personalità dei singoli va a manifestarsi».

- di ritenere assolto il requisito della stabilità e rappresentatività per la durata temporale dell'Associazione, per l'essere stata annoverata dal Comune come associazione a tutela del territorio, per avere partecipato alla fase endoprocedimentale del provvedimento mediante osservazioni e per mantenere con continuità il riconoscimento della rappresentatività dell'interesse diffuso da parte della Direzione Nazionale dell'Associazione Amici della Terra ONLUS;

- di ritenere infine assolto il collegamento col bene della vita del quale si chiede tutela, per avere l'Associazione ricorrente sede ad Idro e porsi come rappresentanza territoriale esclusivamente di quell'area, nella quale insiste il lago destinatario del provvedimento impugnato.

Viceversa, il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, che pure fa formalmente richiamo all'atto costitutivo del 15 novembre 2007, ha apoditticamente affermato che «non si ravvisano in capo a detto Sodalizio gli elementi fin qui indicati» ed ha concluso per la negazione della legittimazione attiva.

Inoltre il Collegio, con un passaggio argomentativo poco chiaro, non ritiene applicabile al caso in esame i principi enucleati dalla giurisprudenza amministrativa in materia di legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 146, comma 12, dlgs n. 42 del 22 gennaio 2004 «*Codice dei beni culturali e del paesaggio*» in tema di autorizzazioni paesaggistiche a favore di «*qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse*» laddove secondo il Collegio i detti principi non sono estensibili ad altri contesti né derogatori rispetto ai principi fermi in giurisprudenza sull'art. 13 della l. n. 349 dell'8 luglio 1986.

Con il medesimo capo di sentenza il Collegio precisa che non era possibile arrivare ad una diversa conclusione sulla legittimazione ad agire neppure con riguardo alla legittimazione autonoma dei ricorrenti in proprio.

Sul punto occorre evidenziare che tutti i ricorrenti sono residenti e/o proprietari nel Comune di Idro ed hanno quindi una relazione immediata col territorio lacuale per vicinanza spaziale e prossimità, in termini giuridici riconducibile al requisito della *vicinitas*<sup>41</sup>.

Relazione che, in punto di fatto, non è contestata dal Tribunale ma anzi accertata dal Collegio e che da sola avrebbe dovuto indurre il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche a riconoscere la legittimazione ex art. 110 c.p.c. in capo ai ricorrenti.

<sup>41</sup> Cfr. P. BRAMBILLA, *L'impugnativa dei provvedimenti ambientali di localizzazione: i nuovi vincoli giurisprudenziali della legittimazione e dell'interesse ad agire dalla nozione di vicinitas a quella di «collegamento stabile»*, in *Riv. giur. ambiente*, 2002, p. 81.

Buona parte della giurisprudenza ritiene infatti tale requisito sufficiente al fine di radicare l'interesse a ricorrere avverso la realizzazione dell'opera<sup>42</sup>, ma oltre a questa già sufficiente argomentazione, occorre sottolineare che lo stretto collegamento col territorio incardina negli stessi soggetti anche un interesse specifico differenziato *sub specie* di *vulnus*.

Infatti, il comparto abitativo del Comune si snoda tutto intorno al Lago di Idro al punto che le prime abitazioni distano solo 50 mt. dall'incile del lago, ed il progetto approvato prevede, nella sostanza, una escursione del bacino idrico di ben 5,25 mt. grazie alla messa in funzione della c.d. galleria di *by pass* la quale consentirà oscillazioni tra la quota di 370 mt. di massimo incile (ottenuta come tolleranza della massima regolazione a 368 mt.) e la quota di minimo invaso di 364,75 mt, ed i ricorrenti subiranno, a causa della loro *vicinitas* col bene, un pregiudizio alla salute ed alla libera circolazione, interessi che ricevono tutela costituzionale.

È evidente, quindi, che i ricorrenti non solo sono in possesso del requisito della *vicinitas* ma hanno anche dedotto innanzi agli organi giurisdizionali la titolarità di una posizione giuridica differenziata rispetto ai beni tutelati costituzionalmente o in via ordinaria quali la sicurezza, la salubrità, il diritto all'esercizio dell'uso civico, la libera ed efficace fruizione dell'ambiente, lo sviluppo dell'attività economica privata turistica.

Essi godono, in conclusione, di una posizione di fatto del tutto differenziata che, anche alla stregua della più rigorosa giurisprudenza, legittima l'azione in giudizio.

Va evidenziato, da ultimo, che la Corte di cassazione a sezioni unite, con la pronuncia n. 21740/2019<sup>43</sup>, statuisce che il requisito della *vicinitas* rappresenta l'elemento di differenziazione rispetto ad interessi già qualificati dalle norme costituzionali e ordinarie ed, in ogni caso, la prova del danno, comunque ultronea rispetto all'affermazione della legittimazione determinata dal possesso del requisito della prossimità, è sufficientemente integrata con la contestazione dell'atto illecito e la prospettazione delle sue conseguenze nella sfera giuridica dei ricorrenti.

Da tutto quanto osservato ne discende, all'evidenza, che la statuizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche debba ritenersi illegittima per violazione e falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c. e dei principi di diritto posti non solo dalla giurisprudenza amministrativa, in materia di legittimazione ad agire delle articolazioni locali delle associazioni ambientaliste nazionali, ma anche dalla giurisprudenza di legittimità, con riferimento

<sup>42</sup> Cfr. Cons. Stato, sent. n. 5193 del 16 settembre 2011.

<sup>43</sup> Corte cass., ss.uu., sent. n. 21401 del 27 agosto 2019, reperibile sul sito internet [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

al requisito della *vicinitas*, e pertanto, si auspica a che la stessa rimanga solo un arresto giurisprudenziale isolato, causato da una serie di *errores in iudicando*, cui la Suprema Corte possa porre rimedio.

**Maria Teresa Stile\***

#### SINTESI

Il lavoro ha ad oggetto la disamina di una sentenza del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche, che ha affrontato la ormai annosa questione dei profili di legittimazione processuale delle articolazioni locali delle Associazioni ambientaliste riconosciute ai fini della tutela dei beni comuni. Dopo aver ripercorso le argomentazioni della sentenza in commento, che, nel caso di specie, non aveva rinvenuto la legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste locali ricorrenti, viene analizzata l'evoluzione giurisprudenziale della legittimazione ad agire con particolare riferimento ai principi enucleati dalla giustizia amministrativa applicabili ai giudizi innanzi al Tribunale Superiore delle Acque pubbliche.

#### ABSTRACT

*The paper concerns the examination of an order of the Superior Court of Public Waters, which has addressed the now long-standing question of the profiles of procedural legitimacy of the local articulations of environmental associations recognized for the protection of common assets.*

*After reviewing the arguments of the order in question, which, in the present case, had not found the legal standing of the applicants local environmental associations, the jurisprudential evolution of the legal standing to act is analyzed with particular reference to the principles enucleated by the applicable administrative justice to judgments before the Superior Court of Public Waters.*

\* Ricercatore confermato in Istituzioni di diritto pubblico; abilitato alle funzioni di Professore Associato; docente di Diritto pubblico; Istituzioni di diritto pubblico dell'ambiente e dei beni culturali; Diritto dell'Unione europea / Università Telematica Pegaso

**IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE DAVANTI ALL'AUTORITÀ  
GIUDIZIARIA AMMINISTRATIVA: IL COMUNE PUÒ  
PREVENIRE I RISCHI AMBIENTALI E SANITARI  
IN VIA PRECAUZIONALE**

**Consiglio di Stato, sezione II  
Sentenza del 28 aprile-11 maggio 2020 n. 2964/2020\***

*Presidente, Taormina - Estensore Altavista*

Comune di Rovigo c. Aurora S.p.A. e Fallimento soc. Attiva S.p.A., già  
Cosecon e nei confronti di ULSS 5 Polesana e Provincia di Rovigo

**Ambiente - Sanità pubblica - Principio di precauzione - Obbligo giuridico di assicurare un elevato livello di tutela ambientale - Conferenza di servizi - Eliminazione rischio - Anticipazione tutela ex art. 191 TFUE - Parere igienico-sanitario del Comune e valutazione discrezionale - Art. 32 Cost. – Dlgo 3 aprile 2006 n. 152, Norme in materia ambientale - R.D. 27 luglio 1934 n. 1265, Testo unico delle leggi sanitarie - Classificazione industria insalubre.**

*L'Amministrazione comunale, con un proprio provvedimento, ben può compiere una valutazione che – in via assolutamente prudenziale – tenda ad eliminare il rischio, a fronte della tutela di un valore fondamentale della persona quale quello della salute umana garantita dall'art. 32 della Costituzione.*

\* Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In argomento v. *infra*, p. 355 ss., il commento di *GIORGIO ROMAN*.

*L'autorizzazione per l'esercizio di un'industria classificata insalubre è concessa e può essere mantenuta a condizione che l'esercizio non superi i limiti della più stretta tollerabilità.*

*Le disposizioni degli artt. 216 e 217 del R.D. n. 1265/1934, attribuiscono al Sindaco, ausiliato dalla struttura sanitaria competente, il cui parere tecnico ha funzione consultiva ed endoprocedimentale, un ampio potere di valutazione della tollerabilità o meno delle lavorazioni provenienti dalle industrie, classificate "insalubri" per contemperare le esigenze di pubblico interesse con quelle pur rispettabili dell'attività produttiva, anche prescindendo da situazioni di emergenza.*

*Il giudizio di comparazione tra i diversi interessi in gioco, basato su elementi di fatto non smentiti dai dati tecnici del CTU, non può essere integralmente sostituito dal giudizio del consulente tecnico d'ufficio; (...) alle valutazioni tecnico-discrezionali espresse dagli organi pubblici preposti alla tutela igienico-sanitaria ed ambientale non possono essere sovrapposte le valutazioni peritali di segno contrario, a meno che, a carico delle prime, non vengano evidenziati vizi di logicità, contraddittorietà o incompletezza, per quanto concerne l'individuazione degli elementi di fatto rilevanti, la scelta della regola tecnica di riferimento o la sua applicazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 24 settembre 2013, n. 4687 cit. con riferimento all'art. 216 del T.U.L.S.).*

## **IL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE TRA TUTELA DELL'AMBIENTE E VALUTAZIONE DEL RISCHIO: CONSIDERAZIONI A MARGINE DI UNA RECENTE SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO**

**Sommario:** *Premessa - 1. Aspetti di fatto - 2. Motivi di diritto e orientamenti fondanti - 3. Cenni conclusivi.*

### **Premessa**

La sentenza in commento<sup>1</sup> affronta, nuovamente e stavolta non solo incidentalmente, uno dei principi ormai ritenuti capisaldi del diritto dell'ambiente ed in generale delle attività amministrativa e giurisdizionale: nel risolvere la questione sottoposta all'esame, la pronuncia considera, infatti, più in generale i due noti aspetti dell'adozione e dell'applicabilità del principio di precauzione<sup>2</sup> in tema di ambiente e salute.

Se, per l'adozione in astratto del principio, nessun dubbio potrebbe sorgere (derivando direttamente dall'estensione dei principi generali elaborati nell'esperienza comunitaria, peraltro consacrati nell'art. 1 della legge n. 241/1990), con riferimento all'applicabilità in concreto dello stesso, si assisteva ad una eccessiva prudenza nella fase decisionale, poiché tal-

<sup>1</sup> *Comune di Rovigo c. Aurora S.p.A. e Fallimento soc. Attiva S.p.A., già Cosecon e nei confronti di ULSS 5 Polesana e Provincia di Rovigo*, Consiglio di Stato, sentenza n. 2964/2020 del 28 aprile-11 maggio 2020, sez. II, *Presidente*, Fabio Taormina - *Estensore* Cecilia Altavista, di riforma della sentenza TAR Veneto, sez. II, n. 776/2010.

<sup>2</sup> Tale principio, previsto dall'art. 191, par. 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e codificato dall'art. 3 *ter* del dlgs n. 152/2006, venne formalmente consacrato e cristallizzato nella Dichiarazione di Rio sull'Ambiente del 14 giugno 1992, adottata dalla Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo.

volta sorretta da una inappropriata (se non apodittica) ponderazione degli interessi in gioco.

Ed è proprio con tale ultima precisazione terminologica (appunto, la «ponderazione») che la sentenza in esame, accogliendo le censure e le lacune applicative delle norme in rilievo, dedotte dall'appellante Comune di Rovigo e sottoposte, rispetto alla pronuncia di primo grado:

a. conferma la legittimità del diniego di un'autorizzazione dell'Amministrazione comunale;

b. ne ribadisce la ragionevolezza in punto di contemperamento tra gli interessi (classicamente in gioco, e di rilievo costituzionale) della tutela dell'ambiente e della salute pubblica e quello dell'attività produttiva;

c. riconosce la legittimità del pieno esercizio del potere discrezionale da parte delle pubbliche amministrazioni, peraltro non sostituibile né sindacabile dalle valutazioni peritali dei consulenti tecnici d'ufficio.

Dalla lettura della sentenza emergono molteplici elementi di cui si darà contezza nel prosieguo della presente disamina: vale la pena, pertanto, premettere gli eminenti aspetti di merito, per poi soffermarsi sulle questioni maggiormente significative ed innovative della pronuncia.

Formulate tali necessarie premesse, per esigenza sistematica appare opportuno cominciare da una brevissima descrizione del fatto da cui trae origine la vicenda sfociata nella recente sentenza.

Si farà, quindi, riferimento al quadro normativo entro cui si è evoluto l'orientamento che oggi, senza pretesa di esaustività, potremmo definire consolidato nel panorama giuridico nazionale ed europeo (*rectius*: eurounitario).

Da un lato, infatti, la decisione si inserisce nell'alveo di ulteriori, analoghe pronunzie<sup>3</sup>, dall'altro, avvalorata il nesso costituzionale che presiede allo strumento e ne ribadisce l'inserimento nella politica europea ambientale, determinandone così l'immediata cogenza<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> È stato evidenziato che l'obbligo giuridico di assicurare un elevato livello di tutela ambientale – mediante l'adozione delle migliori tecnologie disponibili – è il fondamento «finalizzato ad anticipare la tutela da apprestarsi in sede legislativa» (TAR Trentino Alto Adige-Trento, sez. I, sent. n. 171/2010).

<sup>4</sup> Per un'esegesi completa, anche nei riferimenti storici e filosofici, non si può che rimandare a G. CERUTI, *Il diritto dell'ambiente e l'etica: autonomia o connubio? Il ruolo delle aree naturali protette*, 2012, recentemente riproposto nell'opera *L'avevamo detto...*, Dueville, *Agorà Factory*, 2019, p. 140 ss. In particolare l'Autore, sul presupposto che «(...) il Diritto dell'Ambiente, che pur conserva gli elementi logici individuati dalla tradizione filosofico-giuridica nel senso che è dotato di bilateralità (o intersoggettività), di esteriorità e di coercibilità, introduce innovativamente un carattere di diversità» giunge a sostenere efficacemente che siffatto diritto non sia «autonomo dall'Etica, ma ne è avvinto da un legame indissolubile, da un connubio permanente, da una stretta alleanza anzi ne è connaturato»; di tal guisa, rilevato che «le prime manifestazioni ed espressioni nella storia umana, gli interventi politici e le misure a tutela dell'ambiente scaturiscono da esigenze essenzialmente etiche ed hanno conte-

## 1. Aspetti di fatto

La decisione in argomento giunge a conclusione di un complesso *iter* istruttorio avviato nel 2006, che coinvolgeva, oltre al competente ente comunale rodigino, la Provincia, l'ASL polesana, l'ARPAV (enti tutti evocati nel 2007 in sede di Conferenza di servizi ai sensi dell'art. 269, comma 3, dlgs n. 152 del 2006 «per il contestuale esame degli interessi coinvolti»), al fine di valutare quantità e qualità delle emissioni derivanti dal potenziale insediamento di uno stabilimento industriale finalizzato alla macinazione, miscelazione, frantumazione di leganti idraulici e carbonato di calcio nel ciclo produttivo del cemento nell'area urbana (siccome comprendente i Comuni di Bosaro e di Pontecchio Polesine, limitrofi rispetto al territorio di Rovigo).

Gli atti di diniego e i relativi pareri (che esprimevano la non compatibilità ambientale dell'impianto richiesto, sviluppavano le criticità ravvisate nell'esame delle potenziali emissioni, includevano l'insediamento tra le industrie insalubri di prima classe ex art. 216 del r.d. n. 1265/1934) venivano impugnati dai richiedenti l'autorizzazione innanzi al competente TAR Veneto, unitamente alle conseguenti delibere recanti modifiche e varianti urbanistiche. In particolare, avverso l'art. 23 delle Norme Tecniche di Attuazione del Piano particolareggiato («i fumi, le esalazioni e le polveri non devono risultare nocive all'uomo e all'ambiente») veniva dedotta l'incompetenza comunale alla fissazione di parametri in quanto l'impianto avrebbe rispettato parametri stabiliti da norme e regolamenti; veniva dedotto l'asserito vizio di eccesso di potere per difetto di motivazione dei pareri negativi espressi e del diniego del permesso di costruire: con ricorso per motivi aggiunti veniva altresì proposta domanda risarcitoria.

nuti e finalità morali» ne discendono importanti conseguenze sull'azione della Pubblica amministrazione e sulle esperienze giurisdizionali, poiché «(...) tutte le volte in cui si tratta di valutare in sede amministrativa se autorizzare un'attività, un'opera, un intervento (nell'industria, nell'agricoltura o nelle infrastrutture) potenzialmente dannoso o di decidere in ambito giudiziario se siano legittimi i relativi atti amministrativi, il cosiddetto "bilanciamento degli interessi" ossia la comparazione tra quei valori preminenti e gli interessi economici e politici sottesi alla realizzazione non può avere alcuna giustificazione una volta in cui siano sottoposti a valutazione elementi scientificamente validi che facciano ritenere quell'attività, quell'opera, quell'intervento – anche solo potenzialmente – lesivi di valori primari come la salute, la vita, l'integrità dell'ambiente e degli ecosistemi. Né si può pretendere la dimostrazione a priori della certezza del danno essendo sufficiente la ragionevole prospettiva che quella realizzazione possa arrecare pregiudizi all'interesse generale». L'ampia citazione si chiude con un monito, ben sintetizzato di seguito: «(...) i principi dell'azione preventiva e di precauzione, che sono codificati nel vigente Trattato dell'Unione Europea, dovrebbero informare sempre le decisioni dei pubblici amministratori e dei giudici: nel dubbio, l'opzione non può che essere a favore dell'etica della terra, della protezione dei valori fondamentali della salute, dell'incolumità, dell'intangibilità della vita, della sopravvivenza delle condizioni di convivenza, dell'identità culturale di una comunità, dell'integrità morfologica ed estetica di un paesaggio».

Il TAR Veneto nominava un consulente tecnico d'ufficio al quale sottoponeva specifici quesiti riguardanti sia gli "attuali" (*ratione temporis*) livelli delle emissioni inquinanti per la ZTO in esame, sia quelli ipotizzabili aggiuntivi per il caso di insediamento, con eventuali accentuazioni dannose per la salute.

Sulla pedissequa riproposizione in sede decisionale della CTU *medio tempore* svolta, nonché su alcune delle menzionate doglianze dei ricorrenti, poggiava l'annullamento dei provvedimenti opposti *in prime cure* e la sentenza di accoglimento del ricorso da parte del TAR Veneto.

Avverso la decisione di accoglimento di primo grado veniva interposto gravame dalla difesa dell'Ente civico, deducendo l'«errata e falsa applicazione dell'art. 23 delle NTA del Piano particolareggiato approvato dal Consiglio comunale con delibera del 15 febbraio 2008; l'errata e mancata applicazione dell'elenco delle industrie insalubri di prima classe approvato con D.M. 5 settembre 1994, ai sensi dell'art. 216 del T.U. n. 1265 del 1934, che comprende l'attività progettata<sup>5</sup>; l'eccesso di potere per manifesta illogicità e per difetto di istruttoria», così contestando integralmente le valutazioni del CTU fatte proprie dal giudice di primo grado sia in ordine alle emissioni dell'impianto sia quelle relative alla situazione di inquinamento generale della pianura padana e al non aggravamento delle stesse, in contrasto con la finalità di riduzione dell'inquinamento prevista anche dal dlgo n. 351 del 4 agosto 1999<sup>6</sup>.

La riforma della sentenza del TAR Veneto avviene anzitutto valorizzando le deduzioni comunali inerenti la classificazione dell'attività in questione, rientrante (poiché «*dato testuale tassativo*», p. 11 sent.) nel novero delle industrie insalubri di prima classe (al n. 83 dell'Elenco, parte prima, lettera B-Prodotti e materiali, del d.m. 5 settembre 1994).

Di tal guisa risulta pienamente operante, nei limiti sopra descritti, il divieto di cui all'anzidetto art. 23 delle NTA del Piano particolareggiato, e *a fortiori* legittimo il diniego all'insediamento dell'impianto in questione, il quale avrebbe giocoforza un significativo impatto negativo su un ambiente delicato stante l'incremento del notevole inquinamento già presente

<sup>5</sup> Con tale motivo si sostiene che l'attività di macinazione, frantumazione e miscelazione del clinker e carbonato di calcio dichiarata nel progetto comporta comunque l'emissione di polveri inquinanti e rientra tra le industrie insalubri di prima classe in base all'elenco del d.m. 5 settembre 1994 e quindi è vietata dall'art. 23 delle Norme Tecniche di Attuazione (NTA) nel testo approvato con la delibera del Consiglio comunale di Rovigo del 15 febbraio 2008.

<sup>6</sup> Peraltro, venivano presentati dagli Enti ulteriori documenti relativi all'inquinamento dell'area e non veniva contestata in appello la disposizione di cui all'art. 23 delle NTA del Piano particolareggiato c.d. Interporto, approvata dal Consiglio comunale di Rovigo e contenente l'espresso divieto di attività produttive disciplinate dal dlgo n. 238 del 2005, dal dlgo n. 152 del 2006, parte II (T.U. Ambiente) e di quelle insalubri di prima classe ai sensi dell'art. 216 del r.d. 27 luglio 1934 n. 1265 (Testo Unico delle leggi sanitarie).

(peraltro documentato da plurimi sforamenti dei limiti giornalieri di cui al d.m. 60/2002).

Con riferimento all'istruttoria, e su tali basi, si richiama all'uopo il parere espresso dall'azienda sanitaria («la messa in funzione dell'impianto potrà comportare un rilevabile peggioramento della qualità dell'aria relativamente al parametro PM 10 e conseguentemente anche del parametro PM 2,5»): ciò con specifico riguardo alle polveri ed alle influenze deleterie nei territori comunali limitrofi previste sulla scorta di dati precisi.

Su tali basi, il Giudice d'appello richiama l'ulteriore normativa comunitaria, derivante anzitutto dall'art. 191 TFUE, ed anche quella interna: in particolare, il dlgs n. 351/1999<sup>7</sup>, che tra le finalità prevedeva all'art. 1, lett. d., («mantenere la qualità dell'aria ambiente, laddove è buona, e migliorarla negli altri casi»), così come il noto art. 2 del Testo Unico in materia ambientale (TUA), recante la finalità della «promozione dei livelli di qualità della vita umana, da realizzare attraverso la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni dell'ambiente e l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali», a fondamento dell'obbligo (precauzional-preventivo) di assicurare un elevato livello di tutela.

Le precisazioni svolte nelle parti finali della pronuncia – invocando il menzionato principio di precauzione per la prevalenza delle esigenze connesse alla protezione dei valori pubblici di salute, sicurezza ed ambiente – rivelano la rinvigorita attenzione del Supremo Consesso nel fornire una protezione quanto più possibile elevata per i consociati ed un rilevante grado di stabilità nell'applicazione del ridetto principio.

## 2. Motivi di diritto e orientamenti fondanti

Come è stato autorevolmente sostenuto<sup>8</sup>, il principio in esame «inneriva in molteplici dimensioni della conoscenza e dell'azione» ben potendosi attingere simultaneamente alla dimensione scientifica (quale criterio operativo, appunto), economica (per la declinazione in concreto del concetto di *sviluppo sostenibile*), etica (rivolgendo ad esso la misura del grado di responsabilità sociale per le scelte politico-amministrative), quindi politica (per il coinvolgimento della discrezionalità propria della Pubblica amministrazione) ed ovviamente giuridica.

<sup>7</sup> Attuazione della direttiva n. 96/62/Ce in materia di valutazione e di gestione della qualità dell'aria ambiente (poi abrogato dal dlgs n. 13 agosto 2010, n. 155).

<sup>8</sup> C. VIVANI, *Principio di precauzione e conoscenza scientifica*, Nota a commento della sent. Consiglio di Stato, Sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495 in *Giur. it.*, novembre 2015, p. 2475 ss.

Sin dalla contemporanea presenza di contenuti di simil rango, emerge il delicato spirito compositivo ben sintetizzato nella recentissima decisione.

Per il vero, l'approdo giurisprudenziale:

1. sviluppa ulteriori aspetti che già i commentatori avevano avuto modo di sviscerare, *in primis* l'immediata questione del rapporto tra discrezionalità amministrativa e valutazioni tecniche, il cui solo vaglio è appannaggio giurisdizionale in sede di controllo *ex post*, sulla quale in tale sede non pare opportuno soffermarsi;

2. ribadisce la natura di norma imperativa e non meramente programmatica<sup>9</sup> del principio sancito anche dall'art. 3 *bis* TUA;

3. consolida, rinnovandolo ed ampliandolo, l'indirizzo scientifico dettato da una pronuncia in tema di sanità<sup>10</sup>. Con riferimento ed a superamento di tale ultima decisione (ove viene rimarcata la differenza concettuale che intercorre tra precauzione, ossia la limitazione di rischi ipotetici o basati su indizi, e prevenzione, ossia la limitazione di rischi oggettivi e provati), vengono superati i dubbi ermeneutici inerenti l'opzione del c.d. «rischio zero», ossia dell'analisi dei vantaggi e degli oneri in gioco nella proporzione valutativa e nel relativo bilanciamento, optando per un provvedimento di totale eliminazione del rischio. Peraltro, negli stessi termini si era anche sostenuto che sulla base di tale principio, quindi, un'autorità pubblica potesse «giustificare la propria decisione regolatoria e restrittiva della libertà economica o commerciale senza dover dimostrare scientificamente che esiste un nesso di causalità fra il bene o l'attività vietata o limitata e il rischio paventato, potendo limitarsi a provare che nel merito la scienza è incerta e che esiste la possibilità che il rischio si verifichi»<sup>11</sup>;

<sup>9</sup> In tal senso la sentenza in esame, p. 17; l'affermazione riecheggia svariati commenti ad una nota pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. VI n. 269 del 10 aprile 2014. L'originaria interpretazione secondo cui il principio guida le scelte politico-legislative in campo ambientale ha lasciato il posto ad una nuova funzione, più spiccatamente precettiva: il principio di precauzione è oggi applicato dalla giurisprudenza ogni qualvolta sussistano i presupposti nel rischio e nell'incertezza scientifica (M. POTO, *Il principio di precauzione: eterogenesi dei fini*, in *Giur. it.*, 2014, 10, p. 2254).

<sup>10</sup> Nello specifico si tratta del tema, di strettissima attualità, dei vaccini, che si teme in periodo di emergenza sanitaria possa riverberare con ulteriori addentellati: il riferimento è alla sent. n. 6655/2019, Cons. St., sez. III, del 3 ottobre 2019, con commento alla massima reperibile sul sito internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>11</sup> Così D. BEVILACQUA a commento della sentenza della Corte di giustizia del 1 ottobre 2019 in causa n. C-616/17, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2020, p. 000.

Con il consueto, autorevole rigore, P. MADDALENA nello scritto *L'etica della terra* (testimonianza rinvenibile in *L'avevamo detto...*, *cit. supra*, nota 4, p. 251 ss.), richiamando il problema fondamentale di stabilire «se nell'amministrazione della cosa pubblica e in particolare nell'amministrazione della giustizia, l'interesse alla tutela dell'ambiente e della salute umana possa essere oggetto di un "bilanciamento" con altri interessi contrapposti, specialmente con gli interessi di natura economica», fornisce articolato sostegno giurisprudenziale a favore dell'inaammissibilità di tale bilanciamento (quantomeno con riguardo alle sentenze del Consiglio di Stato; alterne, ma ormai consolidate, le pronunzie della Corte costituzionale (ultime, in ordine di tempo, le *ivi* citate n. 182/2006 e n. 367/2007).

4. rivela così nella sua *pars costruens* una rinnovata e per certi versi inedita apertura verso il settore dell'urbanistica così come collegata al ramo ambientale. Sinora, infatti, vi era una maggior cautela nell'applicazione del principio di precauzione, distinto dal principio di mera prevenzione generalmente utilizzato<sup>12</sup>: il primo emergendo nei soli casi di esistenza oggettivamente provata del rischio<sup>13</sup>.

Per completezza di trattazione, non sfugge che in dottrina alcune – seppur minoritarie – opinioni divergono sulla natura della norma, tra chi intende ravvisare un restringimento dell'applicabilità diretta del principio, talvolta ritenuta «non direttamente applicabile, ma necessitante di un intervento legislativo di attuazione, ed effettivamente attuata in taluni settori»<sup>14</sup>, e chi parallelamente muove il rilievo sulla applicazione «*in default*» del principio: la censura si incentra intorno all'idea secondo cui la precauzione celerebbe interessi corporativi, con il risultato di alimentare timori ed incanalare paure e in qualche modo di "velare" le aree di incertezza scientifica<sup>15</sup> o di ampliare eccessivamente (riprendendo quanto già accen-

<sup>12</sup> Con riferimento ad un diverso tipo di inquinamento, e sulla legittimità di alcune disposizioni che non consentivano (in generale) la localizzazione degli impianti nel centro storico o nelle adiacenze di altri siti sensibili (scuole ed ospedali), si veda P. BERTOLINI, *Principio di precauzione e localizzazione di impianti di telefonia mobile*, in *Riv. Giur. Amb.*, fasc. 3-4, 2014, p. 393 ss.

Analogamente si pone, sulla scia della sentenza in esame, il successivo provvedimento del Consiglio di Stato, n. 4893/2020, nei seguenti termini: «(...) sono fondati i dubbi manifestati dal Comune appellante e dagli altri soggetti intervenuti nel giudizio ad adiuvandum, circa la mancata effettiva ponderazione degli effetti derivanti dalla localizzazione della discarica di rifiuti non pericolosi rispetto ad un contesto territoriale già gravemente pregiudicato a livello ambientale e sottoposto a fattori di rischio e di pressione fortemente impattanti. Sul punto, si rinvia alle osservazioni illustrate dagli organismi tecnici preposti all'effettuazione degli accertamenti e delle rilevazioni, come risultanti dagli atti processuali e dai relativi allegati (...) Il giudizio positivo di compatibilità ambientale, sotto questo profilo, appare lacunoso e non adeguatamente rispettoso delle cautele che il principio generale di precauzione esige quando si tratta di realizzare impianti in aree già degradate e "stressate" da fattori di pressione che, combinati insieme, moltiplicano l'effetto di rischio di ciascuno singolarmente considerato (...)».

<sup>13</sup> La giurisprudenza costituzionale si è pronunciata sul punto, rilevando che «(...) l'imposizione di limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica, sulla base dei principi di prevenzione e precauzione nell'interesse dell'ambiente e della salute umana, può essere giustificata costituzionalmente solo sulla base di "indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi, di norma nazionali o sovranazionali, a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli organi tecnico scientifici" (sentenza n. 282 del 2002)» - Corte cost., 17 marzo 2006, n. 116, reperibile sul sito internet <http://www.giurcost.org>.

<sup>14</sup> Come quelli degli OGM (dlgvo n. 224 dell'8 luglio 2003), dei microrganismi geneticamente modificati (dlgvo n. 206 del 12 aprile 2001), dell'"elettrosmog" (l. n. 36 del 22 febbraio 2001) e della gestione dei rifiuti (art. 178 del dlgvo n. 152/2006). Sul punto, cfr. V. TONDI, *Il sequestro preventivo nel procedimento per reati ambientali*, in *Giur. it.*, n. 6/2018, p. 1535 (commento inerente reati ambientali, quindi con matrice penalistica).

<sup>15</sup> Secondo A. I. SCHAEFER e S. BEDER, il rimedio contro tale possibile effetto collaterale potrebbe trovarsi nella previsione di una prova scientifica di un danno effettivo nel caso di mancato intervento: «*the precautionary principle cannot be applied without scientific evidence of harm*». Paradosso e *probatio diabolica* di un principio che, concepito come salva-

nato con riferimento alla richiamata pronuncia n. 6655/2019 in tema di sanità pubblica e vaccini) l'opzione del c.d. "rischio zero", in potenziale tensione con il principio di proporzionalità e con le misure «congrue rispetto al livello prescelto di protezione»; altri ancora limitano la critica alle conseguenze, talvolta sminuite, di una piena precauzione rispetto a rischi meramente ipotizzati e supposti<sup>16</sup>. Trattasi di differenti impostazioni rifiorite a seguito del ben noto e particolare caso giudiziario relativo all'azienda industriale "ILVA" di Taranto, di cui alla sent. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85 ed alla successiva Cass. pen., sez. III, 18 settembre 2013, n. 41363, i cui tentativi di bilanciamento di interessi in conflitto (la continuità delle attività produttive, da un lato, la tutela dell'ambiente e della salute, dall'altro) venivano risolti, tuttavia, anche in via legislativa con decretazione d'urgenza.

Lo sforzo esegetico dei giudici del Consiglio di Stato propende così per il livello di sicurezza assoluta, con conferma nella fattispecie dell'*iter* istruttorio e procedimentale delle pubbliche amministrazioni.

Nel caso di specie, non potendosi dar luogo ad interventi progressivi ed incrementali<sup>17</sup>, ma dovendosi solamente decidere circa idoneità ed ammissibilità dell'insediamento industriale, sussisteva un margine discrezionale consistente nel «(...) livello di protezione scelto dall'Autorità competente nell'esercizio del suo potere discrezionale», posto che le decisioni adottate implicano «un'elevata responsabilità sul piano istituzionale, dovendosi stabilire (...) quale sia sul piano nazionale il grado di rischio di volta in volta tollerabile, il che necessariamente rientra nell'ambito di un

vita per tutti i casi di incertezza delle scienze esatte, abbisogna oggi di una prova scientifica del danno che il suo mancato intervento causerebbe. (A. I. SCHAEFER - S. BEDER, *Role of the precautionary principle in water recycling*, 2006, reperibile sul sito internet <http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=artspapers>) e richiamato in M. POTO, *Il principio di precauzione: eterogenesi dei fini*, cit. *supra*, nota 9.

<sup>16</sup> Le conseguenze vengono elencate come: *a.* inversione dell'onere della prova (il sospetto giustifica l'intervento limitativo, fino a quando il privato fornisca la prova contraria); *b.* la fisiologica temporaneità dei provvedimenti soggetti all'evoluzione delle conoscenze scientifiche (oltre che ai mutamenti dello scenario fattuale), vevoli appunto fisiologicamente *rebus sic stantibus*, pertanto naturalmente revocabili; *c.* un *deficit* di legalità sostanziale (il comando legislativo, stante l'incertezza scientifica, non è in grado di fissare criteri di decisione, che vengono quindi delegati all'Amministrazione, fortemente procedimentalizzata); *d.* il sindacato giurisdizionale, che a sua volta si concentrerebbe sul rispetto del metodo procedimentale della Pubblica amministrazione (R. GIOVAGNOLI, *Problematiche giuridiche della protezione dell'ambiente*, reperibile sul sito internet [federalismi.it](http://federalismi.it), n. 16/2019).

<sup>17</sup> Così come affermati in Corte cost. n. 127/1990, che afferma il principio della gradualità nella realizzazione della tutela ambientale, alla luce della sostenibilità economica per le imprese delle misure antinquinamento, purché entro i limiti legislativi della tollerabilità: così S. BARTOLE - R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, sub art. 32, Padova, Cedam, 2008.

potere discrezionale rimesso alle Autorità competenti che ne assumono conseguentemente la responsabilità di fronte alla collettività interessata»<sup>18</sup>.

Di tale assunzione del rischio, il Consiglio di Stato esprime appunto un proprio convincimento evidente laddove opera, anche con richiamo ad un precedente esame (Consiglio di Stato, sez. II, parere n. 862 del 29 marzo 2018), la scelta verso il c.d. «rischio zero» confermando le valutazioni dell'Amministrazione comunale di tutela assoluta di un valore fondamentale della persona quale quello della salute garantita dall'art. 32 della Costituzione.

Dal punto di vista concettuale, come si è visto, il principio di precauzione, infatti, «fa obbligo alle Autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di scongiurare i rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente», senza dover attendere che siano pienamente dimostrate l'effettiva esistenza e la gravità di tali rischi e prima che subentrino più avanzate, risolutive e sicure tecniche di contrasto.

Dal punto di vista metodologico, esso presuppone pertanto: una lacuna normativa o scientifica, cui sopperisce il percorso amministrativo dell'ente deputato all'applicazione dello stesso (senza differenziazione alcuna, ai sensi dell'art. 3 TUA e nei limiti di cui all'art. 118 Cost.); una incertezza sui rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa; un mancato consolidamento delle conoscenze scientifiche (all'uopo richiamandosi, *ex multis*, a Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5525 e sez. V, 18 maggio 2015, n. 2495).

Altro *punctum pruriens* della questione su cui si è concentrato il Consiglio di Stato (una volta espresse le parti della sentenza impugnata oggetto di doglianze, nonché la preminenza e la correttezza delle valutazioni espresse ed adottate dai competenti Enti) riguarda la relazione tra l'incertezza scientifica e quella cognitiva dell'Ente preposto.

Come noto, sulla scia dell'esperienza maturata innanzi allo stesso Giudice e sulla scorta dell'insegnamento elaborato dalla Commissione europea<sup>19</sup> ormai invalso a livello generale, la gestione del rischio derivante dalla minaccia non può prescindere da «dati scientifici affidabili e un ragionamento rigorosamente logico che porti ad una conclusione la quale esprima la possibilità del verificarsi e l'eventuale gravità del pericolo sul-

<sup>18</sup> In questo senso, cfr. ancora TAR Trentino Alto Adige-Trento, sez. I, n. 171/2010 nonché la successiva ed analoga sent. TAR Lazio-Roma, sez. II bis, n. 665/2012, riportate da L. GIAMPIETRO, *Rassegna critica di giurisprudenza nazionale sul principio di precauzione*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 6/2016, p. 393 ss.

<sup>19</sup> Commissione europea, Comunicazione della Commissione sul principio di precauzione, Com(2000) def, Bruxelles, 2000, reperibile sul sito internet <http://www.eur-lex.europa.eu>.

l'ambiente o sulla salute di una popolazione data, compresa la portata dei possibili danni, la persistenza, la reversibilità e gli effetti ritardati».

Di tali requisiti (ben noti ai Giudici tanto che il richiamo al parere n. 862 del 29 marzo 2018 reso in sede consultiva dal medesimo Organo appariva quanto mai conferente), vi era stato il pieno rispetto nell'agire delle amministrazioni venete, delle quali – con formulazione dirimente – si denota una completezza procedurale, avendo le stesse demandato la ridetta ponderazione a propri specifici organi in possesso delle necessarie competenze tecnico-scientifiche e valutato «(...) una molteplicità di elementi di fatto e di interessi oggetto di ponderazione, secondo quanto previsto dalla disciplina in materia ambientale e che non possono essere integralmente sostituite da un altro giudizio espresso dal CTU»<sup>20</sup>.

Le valutazioni degli Enti polesani vengono infatti definite corrette, compiute concordemente e nel contraddittorio della Conferenza di servizi.

Riprendendo le critiche alla competenza sopra accennate, ad avviso dei Giudici di Palazzo Spada sussiste(vano) la piena legittimazione ed ampi poteri di valutazione della tollerabilità della situazione *in fieri* e potenzialmente lesiva dell'area; nulla si poteva pertanto muovere, quale censura di legittimità, all'operato dell'Ente locale che avesse (ed aveva) così perseguito, ed in un'ottica cautelare, la prevenzione di gravi e invalidanti ripercussioni sulla salute, qualora cagionate dagli inquinanti pur descritti nel Piano comunale della qualità dell'aria; ancora, era completo il rispetto delle linee guida comunitarie, le quali suggeriscono «l'identificazione del pericolo, la caratterizzazione del pericolo, la valutazione dell'esposizione e la caratterizzazione del rischio. I limiti della conoscenza scientifica possono influenzare ciascuna di queste componenti, e quindi anche il livello generale d'incertezza e le basi delle future azioni protettive o preventive»<sup>21</sup>.

### 3. Cenni conclusivi

Con la decisione analizzata, il Consiglio di Stato ha offerto importanti indicazioni operative, supportando i requisiti che sorreggono l'applicazione in concreto dello strumento precauzionale: tra gli stessi rientrano le imprescindibili acquisizioni scientifiche e le valutazioni tecniche prodromiche all'emissione dei provvedimenti discrezionali della Pubblica amministrazione (nel caso di specie, pienamente confermati), qualora frutto di

<sup>20</sup> Così a p. 18 della sentenza.

<sup>21</sup> Come ancora riportato da C. VIVANI, *Principio di precauzione e conoscenza scientifica*, cit. *supra*, nota 8, p. 2476.

motivata ponderazione e di adeguato coinvolgimento intersoggettivo degli Enti.

Di più, il monito che pare scorgersi nelle espressioni finali della pronuncia imporrebbe ai vari livelli amministrativi (con richiamo ed estensione agli ulteriori, concorrenti poteri legislativi financo giudiziari) il primato della tutela del valore fondamentale della salute costituzionalmente garantito mediante l'eliminazione radicale del rischio che essa possa essere compromessa da attività classificate insalubri.

**Giorgio Roman\***

#### SINTESI

Con la decisione in esame emergono svariate questioni di rilievo amministrativo, urbanistico-ambientale, e transnazionale: in particolar modo per quanto concerne la conformità del giudizio, espresso dalle Amministrazioni, sia al principio di precauzione sia agli obblighi di riduzione delle emissioni assunti anche a livello internazionale e comunitario, di cui all'art. 191 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. Nei settori della salute e dell'ambiente detto principio opera imperativamente «nel quadro degli ordinamenti nazionali, vincolati ad applicarlo qualora sussistano incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone», confermandosi nella pronuncia, in armonia con l'art. 32 Cost., l'opzione discrezionale – come prescelta dalle Amministrazioni – del c.d. «rischio zero».

#### ABSTRACT

*With the examined decision, various issues of administrative, urban-environmental, and transnational law emerge: in particular regarding the compliance of the judgment, expressed by the Administrations, with the Precautionary Principle and even with the obligations to reduce emissions also assumed at an international and community level, which at 191th article of the Treaty on the Functioning of the European Union. In the health and environmental sector, that principle imperatively operates "within the framework of national legal systems, bound to apply it if there are uncertainties regarding the existence or extent of risks to people's health", confirming in the pronouncement, in accordance with art. 32 of the Constitution, the discretionary option - as selected by the administrations - called «zero risk».*

\* Avvocato / Foro di Vicenza



# **ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE**

---

## **LE CONCESSIONI BALNEARI TRA DIRITTO COMUNITARIO E DIRITTO NAZIONALE**

**Direttiva 2006/123/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno\***

*(Omissis)*

### **CAPO III - LIBERTÀ DI STABILIMENTO DEI PRESTATORI**

#### Sezione 1 - Autorizzazioni

##### *Articolo 9 - Regimi di autorizzazione*

1. Gli Stati membri possono subordinare l'accesso ad un'attività di servizio e il suo esercizio ad un regime di autorizzazione soltanto se sono soddisfatte le condizioni seguenti:

- a. il regime di autorizzazione non è discriminatorio nei confronti del prestatore;
- b. la necessità di un regime di autorizzazione è giustificata da un motivo imperativo di interesse generale;
- c. l'obiettivo perseguito non può essere conseguito tramite una misura meno

\* In *Gu-UE* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36 ss. Il testo integrale della direttiva è reperibile sul sito internet [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu). In argomento v. *infra*, p. 371 ss., il commento di *CRISTINA POZZI E DI PIERO BELLANDI*.

restrittiva, in particolare in quanto un controllo a posteriori interverrebbe troppo tardi per avere reale efficacia.

2. Nella relazione prevista all'art. 39, par. 1, gli Stati membri indicano i propri regimi di autorizzazione e ne motivano la conformità al par. 1 del presente articolo.

3. Le disposizioni della presente sezione non si applicano agli aspetti dei regimi di autorizzazione che sono disciplinati direttamente o indirettamente da altri strumenti comunitari.

#### *Articolo 10 - Condizioni di rilascio dell'autorizzazione*

1. I regimi di autorizzazione devono basarsi su criteri che inquadrino l'esercizio del potere di valutazione da parte delle autorità competenti affinché tale potere non sia utilizzato in modo arbitrario.

2. I criteri di cui al par. 1 devono essere:

- a. non discriminatori;
- b. giustificati da un motivo imperativo di interesse generale;
- c. commisurati all'obiettivo di interesse generale;
- d. chiari e inequivocabili;
- e. oggettivi;
- f. resi pubblici preventivamente;
- g. trasparenti e accessibili.

3. Le condizioni di rilascio dell'autorizzazione relativa ad un nuovo stabilimento non rappresentano un doppiante di requisiti e controlli equivalenti o sostanzialmente comparabili, quanto a finalità, a quelli ai quali il prestatore è già assoggettato in un altro Stato membro o nello stesso Stato membro. I punti di contatto di cui all'art. 28, par. 2 e il prestatore assistono l'autorità competente fornendo le informazioni necessarie in merito a questi requisiti.

4. L'autorizzazione permette al prestatore di accedere all'attività di servizi o di esercitarla su tutto il territorio nazionale, anche mediante l'apertura di rappresentanze, succursali, filiali o uffici, tranne nei casi in cui la necessità di un'autorizzazione specifica o di una limitazione dell'autorizzazione ad una determinata parte del territorio per ogni stabilimento sia giustificata da un motivo imperativo di interesse generale.

5. L'autorizzazione è concessa non appena da un adeguato esame risulti che le condizioni stabilite per ottenere l'autorizzazione sono soddisfatte.

6. Salvo nel caso del rilascio di un'autorizzazione, qualsiasi decisione delle autorità competenti, ivi compreso il diniego o il ritiro di un'autorizzazione deve essere motivata, e poter essere oggetto di un ricorso dinanzi a un tribunale o ad un'altra istanza di appello.

7. Il presente articolo non mette in discussione la ripartizione di competenze, a livello locale o regionale, delle autorità degli Stati membri che concedono tale autorizzazione.

*(Omissis)*

*Articolo 12 - Selezione tra diversi candidati*

1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.

2. Nei casi di cui al par. 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami.

3. Fatti salvi il par. 1 e gli artt. 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario.

*(Omissis)*



## DALLE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME AD USO TURISTICO-RICREATIVO ALL'IMPRESA BALNEARE: ANALISI DELLA RIFORMA OPERATA DALLA LEGGE N. 145/2018 E CONSIDERAZIONI *DE IURE CONDENDO*

**Sommario:** 1. *Premessa ed excursus normativo* - 2. *La sentenza Promoimpresa: i principi sanciti* - 3. *La recente giurisprudenza in materia di concessioni demaniali ad uso turistico-ricreativo* - 4. *Le questioni irrisolte: riflessioni de iure condendo* - 5. *Rilievi finali e conclusivi.*

### 1. Premessa ed *excursus* normativo

La compatibilità della disciplina italiana delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo con il diritto europeo continua ad essere oggetto di analisi e di adattamenti normativi da parte del legislatore, come pure materia di studio per la dottrina<sup>1</sup> e fonte di controversie in sede

<sup>1</sup> In dottrina, sul dibattito, si leggano le considerazioni di E. AMANTE, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla proroga automatica delle concessioni demaniali, il legislatore interno corre ai ripari: due passi avanti e uno indietro a favore della concorrenza*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, n. 2, p. 97 ss.; F. SANCHINI, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo tra meccanismi di proroga e tutela dei principi europei di libera competizione economica: profili evolutivi alla luce della pronuncia della Corte di giustizia resa sul caso Promoimpresa-Melis*, in *Riv. reg. mercati*, 2016, n. 2, p. 182 ss.; L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2016, p. 912 ss.; M. MAGRI, *Direttiva Bolkestein e legittimo affidamento dell'impresa turistico-balneare: verso un'importante decisione della Corte di giustizia Ue*, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, p. 359; C. BENETAZZO - S. GOBBATO, *Concessioni balneari in Italia e direttiva 2006/123/EC nel contesto europeo*, Studio per la Commissione PETI, 2017, reperibile al seguente indirizzo internet: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL\\_STU\(2017\)596809\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596809/IPOL_STU(2017)596809_IT.pdf); M. TIMO, *Le concessioni demaniali marittime: tra tutela della concorrenza e protezione della costa*, in *Giur. it.*, 2017, n. 10, p. 2191; L. ANCIS, *La Corte di giustizia dichiara illegittima la proroga automatica ex lege delle concessioni turistico-ricreative. Il legislatore italiano risponde confermando la validità dei rapporti in atto*, in *Dir. trasp.*, 2017, p. 527 ss.; C. SEVERONI, *Problematiche emergenti in tema di concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo alla luce dei più recenti orientamenti della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. nav.*, 2019, n. 1, p. 314 ss.

giudiziaria<sup>2</sup>.

Ciò, anche in considerazione dei cambiamenti avvenuti nel settore, in particolare in quello balneare, sia con riferimento al Codice della navigazione sia, più recentemente, con riferimento al *corpus* normativo in vigore al momento dell'apertura della prima procedura di infrazione da parte della Commissione europea nei riguardi dell'Italia<sup>3</sup>.

Occorre premettere che la disciplina normativa nazionale in tema di concessioni demaniali marittime è contenuta negli articoli da 36 a 49 del Codice della navigazione<sup>4</sup>.

L'art. 36 definisce la concessione come il «*provvedimento con cui la Pubblica Amministrazione marittima può concedere, per un determinato periodo di tempo, l'occupazione e l'uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone del mare territoriale*».

Il secondo comma del medesimo articolo – da leggersi in combinato disposto con gli articoli da 1 a 40 del Regolamento per l'esecuzione del Codice della navigazione – distingue, in virtù di un criterio di durata, tre diverse tipologie di concessione, anche sotto il profilo della forma e dell'autorità competente al rilascio: **a.** le concessioni infraquadriennali che non comportano impianti di difficile rimozione sono di competenza del

<sup>2</sup> Nella più recente giurisprudenza, tra le pronunce più rilevanti si vedano: ordinanza del 2 novembre 2018 del Tribunale del riesame di Genova, reg. ries. n. 778/18; sent. Cass. pen., sez. III, del 6 marzo 2019, n. 25993/19; sent. Consiglio di Stato, sez. V, del 24 ottobre 2019, nn. 7251-2-3-4-5-6-7-8; sent. Consiglio di Stato, sez. VI, del 18 novembre 2019, n. 7874; sent. TAR Veneto, sez. I, del 3 marzo 2020, n. 218; sent. TAR Abruzzo-Pescara, sez. I, del 10 marzo 2020, n. 54; sent. Tribunale di Venezia, sez. I, dell'8 aprile 2020, n. 635, G.I. Grisanti; tutte le sentenze e le ordinanze di diritto amministrativo indicate sono reperibili integralmente sul sito internet <https://www.giustizia-amministrativa.it>; le sentenze citate della Corte di cassazione sono reperibili integralmente sul sito internet <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>.

<sup>3</sup> Ci si riferisce alla procedura n. 2008/4908; la legge regionale censurata era la n. 22 del 13 novembre 2006 del Friuli Venezia Giulia - Norme in materia di demanio marittimo con finalità turistico-ricreativa e modifica alla legge regionale n. 16/2002 in materia di difesa del suolo e di demanio idrico, in *BUR Friuli Venezia Giulia* del 15 novembre 2006, n. 46; la lettera di costituzione in mora è il provvedimento C(2009)328 del 29 gennaio 2009. Proprio in conseguenza dell'apertura della procedura fu modificato l'art. 37 del Codice della navigazione, abrogando il c.d. *diritto di insistenza*.

<sup>4</sup> La dottrina sul demanio marittimo è assai vasta. Per un inquadramento generale si leggano: F. QUERCI, *Demanio marittimo*, in *Enc. Dir.*, XII, 1964; N. GRECO - B. MURRONI, *Demanio marittimo, zone costiere, assetto del territorio*, Bologna, Il Mulino, 1980; F. A. QUERCI, *Note sui procedimenti per le concessioni sul demanio marittimo*, in *Riv. dir. nav.*, 1962, I, p. 308; P. VALBONESI, *Le concessioni amministrative di beni demaniali marittimi*, in *Funz. Amm.*, 1993, p. 522. Sulle concessioni del demanio turistico-ricreativo si vedano: C. ANGELONE, *Profili evolutivi della disciplina delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo: durata, finalità, competenze*, in *Dir. trasp.*, 1999, p. 807; C. ANGELONE, *Le concessioni «stagionali» di demanio marittimo per finalità turistiche e ricreative*, in *Dir. mar.*, 2005, p. 745; L. ANCIS, *Tendenze evolutive delle concessioni turistico-ricreative sul demanio marittimo*, in *Dir. trasp.*, 2006, p. 157; per un'ampia e approfondita disamina della giurisprudenza in materia di demanio marittimo cfr. C. ANGELONE - G. SILINGARDI, *Il demanio marittimo*, Milano, Giuffrè, 1999.

Capo del Compartimento marittimo, **b.** le concessioni di durata superiore a quattro anni, ma inferiori a quindici sono di competenza del Direttore marittimo ed infine **c.** le concessioni ultraquindicinali sono di diretta competenza del Ministro dei trasporti<sup>5</sup>.

Sotto il profilo formale degli atti autorizzatori, le concessioni quadriennali che non comportino impianti di difficile rimozione sono rilasciate per licenza, mentre quelle superiori al quadriennio o che comportino impianti di difficile rimozione hanno la forma dell'atto pubblico.

Con la legge n. 494 del 1993 è stato ampliato il novero delle finalità collegate alle concessioni, precisando che esse possono essere rilasciate, oltre che per servizi pubblici e attività portuali e produttive, anche per la gestione di stabilimenti balneari, l'esercizio di ristorazione e somministrazione di bevande, cibi e generi di monopolio, il noleggio di imbarcazioni e natanti, la gestione di strutture ricettive ed attività ricreative, l'esercizio del commercio, servizi di altra natura e conduzione di strutture abitative, connesse con le finalità precedenti<sup>6</sup>.

Tali concessioni hanno la durata di sei anni e, alla scadenza, si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così, successivamente<sup>7</sup>.

L'art. 37 del Codice della navigazione, rubricato «*Concorso di più domande di concessione*», prevede, al primo comma, una preferenza a favore del soggetto in grado di offrire maggiori garanzie di proficua utilizzazione del bene e che si proponga di avvalersene per un uso che, a giudizio della Amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico<sup>8</sup>.

Il secondo comma del medesimo articolo, oggi modificato, disciplinava il rilascio di concessioni per attività turistico-ricreative e accordava un van-

<sup>5</sup> Dpr 15 febbraio 1952, n. 328, Approvazione del Regolamento per l'esecuzione del Codice della navigazione, in *Guri* n. 94 del 21 aprile 1952, *suppl. ord.*

<sup>6</sup> Legge 4 dicembre 1993, n. 494, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, recante disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime, in *Guri* n. 285 del 4 dicembre 1993.

<sup>7</sup> Il contenzioso con la Commissione europea trae origine, come ormai noto, proprio dalla disciplina del rinnovo delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo alla loro scadenza.

<sup>8</sup> Il testo originario dell'art. 37 del Codice della navigazione stabiliva: «nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico. Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze. Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata». Il periodo «È altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze» è stato abrogato dall'art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 convertito con l. n. 25 del 26 febbraio 2010, in *Guri* n. 48 del 27 febbraio 2010, *suppl. ord.*

taggio alle richieste che comportassero la realizzazione di strutture totalmente amovibili, con la chiara finalità di tutelare il più possibile la conservazione dell'assetto ambientale costiero stabilendo altresì, al momento del rinnovo, una preferenza per le concessioni già rilasciate rispetto alle nuove istanze.

È il noto «*diritto di insistenza*» – oggi abrogato – che permetteva al precedente concessionario di ottenere, quasi automaticamente, il rinnovo della concessione alla sua scadenza<sup>9</sup>.

La disciplina fu oggetto di censura prima da parte dell'AGCM<sup>10</sup>, poi della Commissione europea che aprì, nel 2008, una procedura di infrazione contro lo Stato italiano per violazione dell'art. 49 del TFUE, nonché del disposto della direttiva n. 2006/123/Ce<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Non può qui non osservarsi come la originaria prospettazione del tema, nel confronto con la Commissione europea, non abbia, forse, correttamente evidenziato come esistesse una procedura di comparazione, prevista dall'art. 18 del Regolamento di esecuzione del Codice della navigazione, che consentiva un raffronto tra concorrenti alla domanda sullo stesso bene e un'adeguata tutela del principio di proficuità nell'uso del bene demaniale marittimo che, anche per la conformazione geografica del Paese, costituisce un interesse pubblico del tutto peculiare nel panorama europeo. Sulla natura del diritto di insistenza si leggano, in dottrina, i contributi di G. PESCATORE, *Sulla disciplina del demanio marittimo*, in *Studi per la codificazione del diritto della navigazione*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1941, vol. III, p. 883. La posizione dottrinale è nel senso della esistenza di un mero interesse legittimo al rinnovo della concessione, e non di un diritto soggettivo. Si leggano anche E. SANTORO, *Concessione di beni pubblici e procedure di evidenza pubblica con riferimento ai porti turistici*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2005, 7-8, p. 2388. In giurisprudenza si legga sent. TAR Sicilia-Catania, 1° giugno 1994, n. 1115, secondo la quale il diritto di insistenza non implica un rinnovo: «il diritto di insistenza previsto dall'art. 37 cod. nav. non comporta alcun automatismo di rinnovo delle concessioni demaniali marittime, ma si limita ad assicurare una posizione privilegiata al precedente concessionario nel caso di pluralità di aspiranti ferma restando la possibilità che l'Amministrazione, indipendentemente dalla sussistenza di qualsiasi clausola in tal senso nell'atto concessorio, decida alla scadenza di esso che l'area non debba più essere data in concessione ad alcuno», in *I Tribunali amministrativi regionali*, 1994, I, p. 3458. Nello stesso senso si è espresso il TAR Sardegna, sent. 22 febbraio 1996, n. 312, precisando: «il c.d. diritto di insistenza del precedente concessionario costituisce un criterio sussidiario nella concessione dei beni del demanio marittimo, che può essere utilizzato solo qualora nei giudizio di comparazione gli aspiranti nuovi concessionari non offrano condizioni migliori in vista della proficua utilizzazione della concessione e il miglior uso della stessa nel pubblico interesse». Conformemente, sent. TAR Campania-Napoli, sez. I, 9 maggio 1984, n. 265; sent. Cons. Stato, sez. IV, 1° ottobre 1993, n. 817.

<sup>10</sup> Boll. AGCM n. 39 del 12 novembre 2008, p. 70, segnalazione AS481 del 20 ottobre 2008.

<sup>11</sup> Procedura di infrazione n. 2008/4908; oltre l'art. 37 del Codice della navigazione, *cit. supra*, nota 8, la legge regionale censurata era la n. 22 del 13 novembre 2006, *cit. supra*, nota 3; la lettera di costituzione in mora è il provvedimento C(2009)328 del 29 gennaio 2009. La Commissione aveva rilevato il contrasto tra l'art. 37 del cod. nav. e l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/Ce che riguarda la selezione tra diversi candidati e stabilisce che «Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. 2. Nei casi di cui al par. 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. (...)». Il comma 3 del medesimo articolo conferisce, poi, agli Stati membri la possibilità di tenere conto di particolari elementi nella definizione della procedura di selezione.

A fronte dell'iniziativa della Commissione, il Governo italiano, da un lato, abrogò il secondo periodo del secondo comma della norma censurata, dall'altro lato, prorogò *ex lege* la validità delle concessioni allora in essere sino al 31 dicembre 2015<sup>12</sup>.

A seguito di ulteriori rilievi, mossi dalla Commissione europea con lettera di messa in mora complementare, intervenne l'abrogazione del secondo comma dell'art. 1 del decreto legge n. 400/1993, e il Governo fu delegato ad emanare, entro il 2013, una revisione con riordino complessivo della materia delle concessioni demaniali marittime che determinò la conseguente chiusura della procedura di infrazione (cfr. Decisione della Commissione del 27 febbraio 2012)<sup>13</sup>.

Successivamente, è stata disposta un'ulteriore proroga al 31 dicembre 2020, con riferimento a tutte le concessioni demaniali marittime vigenti alla data del 30 dicembre 2009, estesa con legge di stabilità del 2013 ad una serie più ampia di concessioni.

Da ultimo, nel 2018, con la legge di bilancio n. 145/2018, è stata operata una nuova riforma, che ha inciso in modo differente sul regime esistente, estendendo la durata di una serie di concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo sino al 2033, ma, questa volta, non con una proroga automatica, ma con un'estensione del termine di scadenza, nelle more della realizzazione di una più complessa riforma, costituita da più fasi<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Come già annotato, il secondo periodo del secondo comma dell'art. 37 del Codice della navigazione è stato abrogato dall'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 30 dicembre 2009, convertito con l. n. 25 del 26 febbraio 2010, in *Guri* n. 48 del 27 febbraio 2010, *suppl. ord.* Sul punto sia consentito un rinvio a C. POZZI, *Le concessioni demaniali marittime: stato dell'arte dopo l'apertura della procedura di infrazione comunitaria*, in questa *Rivista*, 2011, p. 379 ss.

<sup>13</sup> Legge n. 221 del 17 dicembre 2012, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge n. 179 del 18 ottobre 2012, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese, in *Guri* n. 294 del 18 dicembre 2012, *suppl. ord.*

<sup>14</sup> Si riporta, per completezza, il testo dell'art. 1, commi da 675 a 685, della legge n. 145 del 30 dicembre 2018, recante «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021», in *Guri* n. 302 del 31 dicembre 2018, *suppl. ord.*, che si riferisce alla materia delle concessioni demaniali marittime: «675. Al fine di tutelare, valorizzare e promuovere il bene demaniale delle coste italiane, che rappresenta un elemento strategico per il sistema economico, di attrazione turistica e di immagine del Paese, in un'ottica di armonizzazione delle normative europee, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti il Ministro dello sviluppo economico, il Ministro per gli affari europei, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, il Ministro per gli affari regionali e la Conferenza delle regioni e delle province autonome, sono fissati i termini e le modalità per la generale revisione del sistema delle concessioni demaniali marittime. 676. Il decreto di cui al comma 675, in particolare, stabilisce le condizioni e le modalità per procedere: a) alla ricognizione e mappatura del litorale e del demanio costiero-marittimo; b) all'individuazione della reale consistenza dello stato dei luoghi, della tipologia e del numero di concessioni attualmente vigenti nonché delle aree libere e concedibili; c) all'individuazione della tipologia e del numero di imprese concessionarie e sub-concessionarie; d) alla ricognizione degli investimenti

effettuati nell'ambito delle concessioni stesse e delle tempistiche di ammortamento connesse, nonché dei canoni attualmente applicati in relazione alle diverse concessioni; e) all'approvazione dei metodi, degli indirizzi generali e dei criteri per la programmazione, pianificazione e gestione integrata degli interventi di difesa delle coste e degli abitati costieri di cui all'articolo 89, comma 1, lettera h), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112. 677. Il decreto di cui al comma 675 contiene, inoltre, i criteri per strutturare: a) un nuovo modello di gestione delle imprese turistico-ricreative e ricettive che operano sul demanio marittimo secondo schemi e forme di partenariato pubblico-privato, atto a valorizzare la tutela e la più proficua utilizzazione del demanio marittimo, tenendo conto delle singole specificità e caratteristiche territoriali secondo criteri di: sostenibilità ambientale; qualità e professionalizzazione dell'accoglienza e dei servizi; accessibilità; qualità e modernizzazione delle infrastrutture; tutela degli ecosistemi marittimi coinvolti; sicurezza e vigilanza delle spiagge; b) un sistema di *rating* delle imprese di cui alla lettera a) e della qualità balneare; c) la revisione organica delle norme connesse alle concessioni demaniali marittime, con particolare riferimento alle disposizioni in materia di demanio marittimo di cui al codice della navigazione o a leggi speciali in materia; d) il riordino delle concessioni ad uso residenziale e abitativo, tramite individuazione di criteri di gestione, modalità di rilascio e termini di durata della concessione nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 37, primo comma, del codice della navigazione e dei principi di imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità e tenuto conto, in termini di premialità, dell'idonea conduzione del bene demaniale e della durata della concessione; e) la revisione e l'aggiornamento dei canoni demaniali posti a carico dei concessionari, che tenga conto delle peculiari attività svolte dalle imprese del settore, della tipologia dei beni oggetto di concessione anche con riguardo alle pertinenze, della valenza turistica. 678. Le amministrazioni competenti per materia, così come individuate nel decreto di cui al comma 675, provvedono, entro due anni dalla data di adozione del predetto decreto, all'esecuzione delle attività di cui ai commi 676 e 677, ciascuna per gli aspetti di rispettiva titolarità. 679. Sulla base delle risultanze dei lavori svolti ai sensi del comma 678, è avviata una procedura di consultazione pubblica, nel rispetto dei principi e delle previsioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, in merito alle priorità e modalità di azione e intervento per la valorizzazione turistica delle aree insistenti sul demanio marittimo, che deve concludersi entro il termine massimo di centottanta giorni dalla data di conclusione dei lavori da parte delle amministrazioni di cui al comma 678. 680. I principi ed i criteri tecnici ai fini dell'assegnazione delle concessioni sulle aree demaniali marittime sono definiti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. 681. Al termine della consultazione di cui al comma 679, secondo i principi e i criteri tecnici stabiliti dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri previsto dal comma 680, sono assegnate le aree concedibili ma prive di concessioni in essere alla data di entrata in vigore della presente legge. 682. Le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'articolo 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677, rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale. 683. Al fine di garantire la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e tutelare l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari, le concessioni di cui al comma 682, vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, nonché quelle rilasciate successivamente a tale data a seguito di una procedura amministrativa attivata anteriormente al 31 dicembre 2009 e per le quali il rilascio è avvenuto nel rispetto dell'articolo 18 del decreto del Presidente della Repubblica 15 febbraio 1952, n. 328, o il rinnovo è avvenuto nel rispetto dell'articolo 02 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677 rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale. 684. Le concessioni delle aree di demanio marittimo per finalità residenziali e abitative, già oggetto di proroga ai sensi

La revisione prevedeva, infatti, una serie di attività ed in particolare: **a.** una ricognizione e una mappatura del litorale e del demanio costiero marittimo al fine di avere un'approfondita conoscenza delle risorse naturali disponibili e suscettibili di sfruttamento economico; **b.** l'istituzione di un sistema di qualificazione, con tenuta di un elenco a livello nazionale degli operatori economici interessati alla partecipazione alle procedure di evidenza pubblica di affidamento delle concessioni; **c.** l'assoggettamento a revisione periodica quinquennale della posizione degli operatori iscritti all'elenco; **d.** l'individuazione di nuovi modelli di gestione delle imprese che operano sul demanio marittimo secondo forme di partenariato pubblico-privato; **e.** la definizione di precisi e puntuali obblighi in capo ai titolari di concessione. Tra tali obblighi rientrano: **1.** la tutela e la riqualificazione ambientale; **2.** l'ecocompatibilità delle strutture; **3.** la valorizzazione dei beni culturali e del paesaggio; **4.** l'accessibilità agli utenti; **5.** la vigilanza e la sicurezza della balneazione e delle spiagge; **6.** una consultazione pubblica sull'andamento del nuovo modello di gestione, al fine di individuare ulteriori esigenze di correzioni e interventi.

L'estensione delle concessioni operata dalla legge n. 145/2018, difformemente dalle precedenti, non pare, quindi, riconducibile ad una proroga *tout court*, ma si inserisce in un riordino complessivo della materia demaniale, con la definizione di contenuti, tempistica e modalità di adozione delle normative secondarie, come verrà meglio in seguito approfondito.

## 2. La sentenza *Promoimpresa*: i principi sanciti

La compatibilità con la normativa europea della disciplina italiana che stabiliva proroghe automatiche delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo è stata sottoposta, nel 2014, al vaglio della Corte di giustizia che si è pronunciata, nel 2016, stabilendo principi ancora oggi attuali<sup>15</sup>.

del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 125, hanno durata di quindici anni a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge. 685. Quale misura straordinaria di tutela delle attività turistiche che hanno subito danni conseguenti agli eventi atmosferici verificatisi nei mesi di ottobre e novembre 2018, ubicate nelle regioni per le quali è stato dichiarato lo stato di emergenza con deliberazione del Consiglio dei ministri 8 novembre 2018, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 266 del 15 novembre 2018, è sospeso, quale anticipazione risarcitoria in favore delle imprese balneari, il canone demaniale fino all'avvenuta erogazione del risarcimento o comunque nel limite massimo di cinque anni.»

<sup>15</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 2016 in cause riunite n. C-458/14 e n. C-67/15, *Promoimpresa srl e a. c. Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e a.*, EU:C:2016:558. Domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia e dal Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna.

Come è noto, la questione sottoposta alla Corte era relativa alla compatibilità della proroga legislativa al 31 dicembre 2015 (nonché quella successiva al 31 dicembre 2020) delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo con la disciplina di cui agli artt. 49, 56 e 106 del TFUE nonché con l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/Ce (in seguito direttiva servizi)<sup>16</sup>.

Nella sentenza *Promoimpresa* la Corte esprime un articolato ragionamento ermeneutico, distinguendo una serie di aspetti e di questioni che, nel tempo, paiono non essere stati compiutamente colti dalla giurisprudenza nazionale che richiama la pronuncia, ed in particolare: **a.** l'ascrivibilità o meno delle concessioni demaniali marittime italiane alla nozione di «autorizzazioni» di cui alla direttiva servizi; **b.** se tali autorizzazioni debbano essere concesse in numero limitato per via della scarsità delle risorse naturali; **c.** come debba essere tutelato il principio del legittimo affidamento dei concessionari; **d.** quali elementi debbano assumere rilevanza nella valutazione della sussistenza di tali circostanze; **e.** cosa debba intendersi per proroga automatica e generalizzata<sup>17</sup>.

La Corte afferma, *in primis*, che le concessioni in questione rientrano nella nozione di autorizzazione, definita dal legislatore europeo come «qualsiasi procedura che obblighi un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servi-

<sup>16</sup> Si riportano, per la loro rilevanza come si dirà meglio *infra*, le questioni pregiudiziali così come prospettate *a.* dal TAR Lombardia: «I principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli artt. 49, 56 e 106 del TFUE nonché il canone di ragionevolezza in essi racchiuso, ostano ad una normativa nazionale che, per effetto di successivi interventi legislativi, determina la reiterata proroga del termine di scadenza di concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviale di rilevanza economica, la cui durata viene incrementata per legge per almeno undici anni, così conservando in via esclusiva il diritto allo sfruttamento ai fini economici del bene in capo al medesimo concessionario, nonostante l'intervenuta scadenza del termine di efficacia previsto dalla concessione già rilasciata, con conseguente preclusione per gli operatori economici interessati di ogni possibilità di ottenere l'assegnazione del bene all'esito di procedure ad evidenza pubblica»; *b.* dal TAR Sardegna: «Se i principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza di cui agli artt. 49, 56 e 106 del TFUE ostano ad una normativa nazionale che, per effetto di successivi interventi legislativi, determina la reiterata proroga del termine di scadenza di concessioni di beni del demanio marittimo di rilevanza economica; se l'art. 12 della direttiva 123/2006/CE osti ad una disposizione nazionale, quale l'art. 1 comma 18 del decreto legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito in legge 26 febbraio 2010 n. 25 e successive modifiche ed integrazioni, che consente la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere per attività turistico-ricreative, fino al 31 dicembre 2015, ovvero fino al 31 dicembre 2020, ai sensi dell'art. 34 duodecimo del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 inserito dall'articolo 1, comma 1, della legge 17 dicembre 2012 n. 221, di conversione del predetto decreto legge».

<sup>17</sup> Sulla direttiva servizi, sebbene la dottrina sia molto ampia, si leggano per tutti, G. FONDERICO, *Il Manuale della Commissione per l'attuazione della direttiva servizi*, in *Giur. Dir. amm.*, 2008, p. 921; F. BESTAGNO - L. RADICATI DI BROZOLO, *Il mercato unico dei servizi*, Milano, Giuffrè, 2007.

zio o al suo esercizio», proprio perché presuppongono un atto formale che i prestatori debbono ottenere dall'Autorità nazionale per poter esercitare la loro attività economica<sup>18</sup>.

In prospettiva di analisi critica, sul punto, deve osservarsi come, proprio considerando la *ratio* della direttiva servizi, che era stata emanata con la finalità della massima liberalizzazione possibile del mercato, l'autorizzazione può essere ritenuta come un'eccezione ed una forma di cautela per quelle imprese che appartengono a settori strategici, nell'interesse dei consumatori. L'autorizzazione non può divenire, tuttavia, proprio per questo motivo, un metodo per contingentare il mercato, poiché, in questo caso, andrebbe a contraddire proprio i principi della direttiva<sup>19</sup>.

Le concessioni (*rectius* autorizzazioni) oggetto dell'esame della Corte riguardavano aree lacustri e marine e, quindi, risorse naturali.

L'art. 12 della direttiva prevede una procedura di selezione nel caso in cui il numero di autorizzazioni disponibili possa essere limitato a causa della scarsità della risorsa naturale<sup>20</sup>.

La previsione del legislatore europeo, in verità, appare assai criptica poiché nella direttiva servizi non è indicato il criterio in base al quale si possa stabilire che una risorsa naturale sia da considerare esigua.

Il punto è di estremo interesse poiché, ove un'Autorità competente non ritenga di essere in presenza di una risorsa naturale scarsa, non attiverà la procedura di selezione di cui all'art. 12.

Una tale previsione normativa può impattare, nell'ambito della materia oggetto del presente contributo, anche sulla stessa *ratio* della direttiva servizi poiché lascia, di fatto, la scelta di applicare la procedura di selezio-

<sup>18</sup> La Corte esclude, invece, che le concessioni per cui è causa possano rientrare nella categoria delle concessioni di servizi atteso che vertono non su una prestazione di servizi determinata dall'ente aggiudicatore, bensì sulla autorizzazione ad esercitare un'attività economica in un'area demaniale; così il punto 47 della sentenza: «Orbene, nei procedimenti principali, come sottolinea la Commissione, le concessioni vertono non su una prestazione di servizi determinata dall'ente aggiudicatore, bensì sull'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale. Ne risulta che le concessioni di cui ai procedimenti principali non rientrano nella categoria delle concessioni di servizi (v., per analogia, sentenza del 14 novembre 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, punti da 26 a 28)».

<sup>19</sup> Sulla onnicomprensività della nozione di autorizzazioni adottata dalla direttiva, con volontà di massima estensione della propria operatività, diversamente dalle classificazioni operate dal diritto italiano, si legga L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, cit. *supra*, nota 1, p. 912.

<sup>20</sup> L'art. 12 stabilisce, infatti, che «qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento». Con riferimento alla procedura comparativa da adottare, si fa sin da ora notare come la direttiva non parli di bandi di gara, ma di «selezione», con formula ampia, che lascia ampio spazio interpretativo.

ne in capo alle diverse Autorità nazionali, creando un potenziale *vulnus* nelle norme armonizzate.

Pur a fronte di un siffatto quadro normativo, la Corte non ha affrontato la questione, limitandosi ad osservare che spetta al Giudice nazionale verificare se le concessioni in questione debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni, a causa della scarsità delle risorse naturali.

A complicare ulteriormente il problema, con riferimento alla predetta valutazione – ossia se le aree che possono essere oggetto di uno sfruttamento economico siano in numero limitato – si aggiunge il fatto che tali concessioni vengono rilasciate dai Comuni e non a livello nazionale<sup>21</sup>.

Sul punto, si deve osservare come la Corte non abbia colto appieno il ruolo dei Comuni: come è noto, in seguito alla modifica del Titolo V della Costituzione, i poteri gestionali sul demanio marittimo fanno oggi capo alle Regioni che delegano la sola gestione amministrativa ai Comuni, i quali, dunque, non hanno titolo per stabilire il calcolo numerico o la quantificazione delle concessioni.

La Corte di giustizia affronta anche il tema del legittimo affidamento dei concessionari, in particolare in relazione all'ammortamento degli investimenti effettuati, sottolineando, in accordo con le conclusioni dell'Avvocato Generale, che la valutazione deve essere operata «caso per caso», al fine di accertare se il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente attendersi il rinnovo della stessa e, se e in che misura, abbia effettuato gli investimenti considerando tale elemento<sup>22</sup>.

Il punto è di estremo interesse poiché i Giudici di Lussemburgo hanno affermato che la tutela del legittimo affidamento non può essere invocata quale valida giustificazione a sostegno di una proroga automatica, istituita dal legislatore ed applicata indiscriminatamente a tutte le autorizzazioni in questione.

Sempre proseguendo nell'analisi della pronuncia, si deve evidenziare come la Corte enuclei un altro principio, ossia quello dell'interesse transfrontaliero certo: tale criterio viene in rilievo per individuare il mercato

<sup>21</sup> Il ruolo del Giudice del rinvio è ribadito anche al punto 49 della sentenza, ove tale valutazione è esplicitamente affermata quale presupposto per la eventuale ritenuta applicabilità delle procedure di selezione dei candidati.

<sup>22</sup> Si confrontino le conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar presentate il 25 febbraio 2016, punti 92-93: «In ogni caso, ritengo che la giustificazione relativa al principio della tutela del legittimo affidamento invocata dai ricorrenti nel procedimento principale e dal governo italiano richieda una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare, attraverso elementi concreti, che il titolare dell'autorizzazione abbia potuto aspettarsi legittimamente il rinnovo della propria autorizzazione e abbia effettuato i relativi investimenti. Detta giustificazione non può pertanto essere invocata validamente a sostegno di una proroga automatica, come quella istituita dal legislatore italiano, che è applicata indiscriminatamente a tutte le concessioni demaniali marittime e lacuali».

rilevante poiché la sua sussistenza è presupposto per l'interesse della concessione per imprese con sede in un altro Stato membro.

La verifica di tale criterio deve tenere conto dell'importanza economica dell'operazione, del luogo della sua esecuzione, delle sue caratteristiche tecniche, nonché della situazione geografica del bene e del valore economico della concessione (valutazione che, ancora una volta, spetta al giudice del rinvio).

Tenendo conto, imprescindibilmente, dell'assetto geografico del turismo balneare europeo e delle caratteristiche territoriali, dovremmo concludere che il parametro di riferimento per la relativa valutazione, è il mercato di dimensione europea, con una nicchia di pregio nei Paesi del mediterraneo<sup>23</sup>.

Tuttavia la direttiva servizi – che ha comportato l'abolizione del diritto di insistenza – interviene in un settore, il turismo balneare, che presenta profonde differenze strutturali sia sotto l'aspetto geografico sia sotto l'aspetto amministrativo.

Ne consegue che, a fronte di situazioni che non presentano profili di identità o almeno di comparabilità, l'applicazione puntuale della normativa europea può comportare la creazione di evidenti disparità di trattamento<sup>24</sup>.

In conclusione, la Corte di giustizia, che si è pronunciata nello stretto solco del rinvio operato dal giudice rimettente, pur affermando la contrarietà al diritto dell'Unione europea delle norme di legge che proroghino *tout court* le concessioni (*rectius* autorizzazioni), evidenzia come le disposizioni europee subordinino la loro applicazione alla presenza di alcune condizioni, che lo stesso legislatore europeo ha previsto.

Solo in presenza di quelle condizioni, la cui individuazione concreta la Corte di giustizia ha lasciato, "pilatescamente", alla competenza delle autorità nazionali competenti, diventerà obbligatoria l'applicazione di una procedura di selezione, procedura che, in ogni caso, dovrà essere costruita tenendo conto degli interessi generali meritevoli di tutela che l'ordinamento giuridico europeo da sempre considera e valorizza<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Anche tra gli stessi Stati membri, poi, esistono differenze di cui non si può non tenere conto, considerando, ad esempio, che una concessione balneare in Italia non è analoga a una insistente in Costa Azzurra o sull'area oceanica francese, neppure sotto il profilo degli oneri amministrativi. Pertanto, una valutazione che non tenesse conto di tali disparità permetterebbe il trattamento analogo di situazioni del tutto diverse e potrebbe persino creare una discriminazione alla rovescia, penalizzando posizioni che non sono comparabili.

<sup>24</sup> Contraddicendo, in tal guisa, in un mercato di autorizzazioni non omogenee, anche il principio di proporzionalità.

<sup>25</sup> Così il terzo comma della direttiva servizi stabilisce che «fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della

È, dunque, alla luce degli spunti presenti nella motivazione della sentenza *Promoimpresa* che occorrerà stabilire la sorte delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico e ricreativo, materia che, in ogni caso, necessita di una riforma organica, come già prevista dal legislatore italiano con l'adozione delle disposizioni di cui ai commi 675 e seguenti della legge n. 145/2018.

### **3. La recente giurisprudenza in materia di concessioni demaniali ad uso turistico-ricreativo**

Nel corso dell'ultimo anno si è assistito ad un certo numero di pronunce e provvedimenti che, a vario titolo, sono intervenuti sulla materia, in particolare in relazione all'accertamento della legittimità dell'estensione delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo all'anno 2033, operata dalla legge n. 145/2018, già menzionata, richiamando proprio i principi della sentenza *Promoimpresa*.

Ad oggi, non può affermarsi che vi sia stata una reale disapplicazione della norma, risultando avviata soltanto in data 3 dicembre 2020 una procedura di infrazione contro la Repubblica italiana.

Finora si è assistito ad un'altalenante giurisprudenza amministrativa, che ha sostenuto posizioni differenziate, e ad una serie di provvedimenti degli enti competenti di vario contenuto e forma. Taluni di essi hanno dato attuazione, considerandola legittima, all'estensione fino al 2033 della durata delle concessioni, altri hanno invece negato l'estensione perché sussisterebbe un contrasto con il diritto europeo.

Passeremo in rassegna, di seguito, la più rilevante giurisprudenza del giudice amministrativo, nonché quella della Corte costituzionale e del giudice civile, limitandoci alle decisioni successive alla riforma operata dalla legge n. 145/2018, rinviando, per un raffronto più sistematico, all'assai più copiosa ed ampia giurisprudenza in materia, sia precedente sia successiva alla sentenza *Promoimpresa*<sup>26</sup>.

Partendo, per seguire un ordine cronologico, dalle pronunce del Consiglio di Stato, deve darsi conto di una prima posizione, reiterata in otto casi uguali. Si trattava di ricorsi contro sentenze di primo grado che dichiaravano illegittima la messa in gara di una serie di concessioni dema-

salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario».

<sup>26</sup> Per una ricognizione dello stato dell'arte precedente alla sentenza *Promoimpresa*, si leggano in dottrina G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 3, 2010, p. 678; sent. TAR Campania, sez. VII, 14 febbraio 2017, n. 911.

niali del 2013 relativa a sessantuno villini, su area demaniale a Lido dei Pini, ricorsi conclusi con declaratoria di improcedibilità della domanda.

Il Consiglio di Stato, pur svolgendo qualche osservazione sulla natura della concessione demaniale e sulla sua ascrivibilità alla categoria «turistico-ricreativa» ha ritenuto operante l'estensione di cui alla legge n. 145/2018 affermando che «non vi è infatti interesse a discutere in ordine al soggetto competente (Comune di Anzio o Regione Lazio) ad introdurre un procedimento di licitazione privata per la concessione di beni demaniali marittimi allorché la concessione, di cui si contesta la mancata proroga, risulta in realtà prorogata dal sopravvenuto art. 1, commi 682 e seguenti, della legge n. 145 del 2018»; la decisione è stata replicata in sette casi analoghi e contestuali<sup>27</sup>.

In una prima fase, dunque, il Consiglio di Stato prende atto ed applica l'estensione al 2033.

Successivamente, poche settimane dopo, è stata emanata la sentenza n. 7874 del 18 novembre 2019 (sezione VI) che, pur non disapplicando la legge n. 145/2018 – non trattandosi di procedimento di annullamento – ha precisato una serie di elementi dei quali occorre dare conto, anche per l'eco avuta dalla pronuncia<sup>28</sup>.

Da un lato, la sentenza ritiene che l'estensione del termine operato dalla riforma costituisca una proroga *ex lege* e pertanto, afferma che «l'operatività delle proroghe disposte dal legislatore nazionale non può che essere esclusa in ossequio alla pronuncia del 2016 del giudice eurounitario, comportante la disapplicazione dell'art. 1, comma 18, d.l. n. 194/2009 e dell'art. 34-duodecies, d.l. 179/2012, di talché la proroga legale delle concessioni demaniali in assenza di gara non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento, come del resto la giurisprudenza nazionale ha in più occasioni già riconosciuto (cfr., per tutte e tra le più recenti, C.d.S., Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1368). Del resto, più volte il Consiglio di Stato ha sancito in via generale l'illegittimità di una normativa sulle proroghe *ex lege* della scadenza di concessioni demaniali, perché equivalenti a un rinnovo automatico di per sé ostativo a una procedura selettiva. Inoltre, già

<sup>27</sup> Sent. Consiglio di Stato, sez. V, del 24 ottobre 2019, nn. 7251-2-3-4-5-6-7-8; la motivazione afferma: «il comma 682 dispone in particolare che "le concessioni disciplinate dal comma 1 dell'articolo 01 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 dicembre 1993, n. 494, vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge hanno una durata, con decorrenza dalla data di entrata in vigore della presente legge, di anni quindici. Al termine del predetto periodo, le disposizioni adottate con il decreto di cui al comma 677, rappresentano lo strumento per individuare le migliori procedure da adottare per ogni singola gestione del bene demaniale". L'art. 1 del d.l. n. 400 del 1993 include, tra le attività suscettibili di concessione, anche quelle concernenti la conduzione di strutture ad uso abitativo».

<sup>28</sup> Sent. Consiglio di Stato, sez. VI, del 18 novembre 2019, n. 7874, *cit. supra*, nota 2.

*decisioni precedenti della CGUE avevano affermato l'illegittimità di leggi regionali contemplanti, a talune condizioni, la proroga automatica delle concessioni del demanio marittimo al già titolare, evidenziando che proroga e rinnovo automatico, determinando una disparità di trattamento tra operatori economici mediante preclusioni o ostacoli alla gestione dei beni demaniali oggetto di concessione, violano in generale i principi del diritto comunitario su libertà di stabilimento e tutela della concorrenza. In conclusione, alla luce del prevalente indirizzo giurisprudenziale, non è in alcun modo riscontrabile una proroga automatica ex lege di una concessione demaniale marittima».*

Dall'altro lato, la pronuncia, mitigando il suo stesso *decisum* precisa, poi, che «*la più volte citata sentenza della Corte di giustizia UE, sebbene abbia dichiarato che le disposizioni nazionali che consentono la proroga generalizzata ed automatica delle concessioni demaniali fino al 31 dicembre 2020 contrastano con l'ordinamento comunitario (si tratta del già menzionato art. 1, comma 18, d.l. 194/2009, nella versione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 34-duodecies d.l. 179/2012, articolo introdotto in sede di conversione con l. 221/2012), ha nel contempo però precisato che una proroga di una concessione demaniale è giustificata laddove sia finalizzata a tutelare la buona fede del concessionario, ovvero sia qualora questi abbia ottenuto una determinata concessione in un periodo in cui "non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza". La tutela della buona fede del concessionario, quindi, va relazionata alla data di adozione della direttiva 2006/123/CE (cosiddetta Bolkestein), cosicché nell'ipotesi di concessione demaniale marittima rilasciata in data antecedente, secondo la Corte di giustizia, la cessazione anticipata della concessione "deve essere preceduta da un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico"».*

Deve osservarsi come, in sostanza, pur affermando, in via generale, di ritenere l'estensione operata dalla legge n. 145/2018 una proroga *ex lege* e, come tale, contraria al diritto europeo, il Consiglio di Stato ponga, poi, dei distinguo, proprio sulla base dei principi sanciti dalla sentenza *Promoimpresa*, che ha molto delimitato, come già osservato, la perentorietà delle proprie conclusioni.

In particolare, la sentenza in esame ha sottolineato come la Corte avesse indicato una possibile data come termine di decorrenza del legittimo affidamento, ossia quella dell'entrata in vigore della direttiva servizi, così come aveva sottolineato la necessità di un adeguato periodo transitorio a tutela degli imprenditori coinvolti, prendendo quindi atto delle molte

sfaccettature della decisione della Corte<sup>29</sup>.

Anche le sentenze di primo grado appaiono di significativo interesse, sulla base proprio di tali ultime considerazioni.

Ad inizio 2020 era stato il TAR Pescara ad intervenire sulla materia, con un'ordinanza cautelare nella quale ha precisato che «*considerato che il principio della gara pubblica per l'assegnazione delle concessioni demaniali, dettato dalla c.d. Direttiva c.d. Bolkestein 2006/123/CE, e dall'articolo 49 TFUE, per come interpretato dalla Corte di Giustizia con sentenza 14 luglio 2016, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche in essere per attività turistico-ricreative "nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo"; considerato che, nella specie, l'amministrazione, nell'indire la gara, non ha precisato se e in che misura si trattasse di un bando avente ad oggetto concessioni demaniali di interesse transfrontaliero certo ravvisabile qualora ricorra la combinazione dei seguenti tre elementi: valutazione economica, collocazione geografica e caratteristiche tecniche della concessione*»<sup>30</sup>.

Si tratta di una delle prime pronunce nelle quali viene ben valorizzato il ragionamento della sentenza *Promoimpresa*, secondo cui occorre, appunto, che, caso per caso, sia effettuata una valutazione della concessione in rapporto al mercato balneare e alla effettiva sussistenza di un interesse transfrontaliero alla autorizzazione – valutazione che, a parere del Giudice, deve risultare espressamente dalla procedura<sup>31</sup>.

Proprio tale criterio, da valutarsi secondo i plurimi parametri già detti, appare, oggi, un'importante dirimente, che ben evidenzia come la situazione delle singole concessioni sia difficilmente paragonabile e, quindi, disciplinabile in modo uniforme.

Per quanto attiene al criterio del legittimo affidamento, era stato sempre il TAR Abruzzo a ritenere meritevole di accoglimento la richiesta di proroga di una concessione demaniale di uno stabilimento demaniale sino a tutto il 2035, presentata ex comma 4 *bis* dell'art. 3 del d.l. n. 400/93

<sup>29</sup> Sul limite del decorso del legittimo affidamento sarebbe più opportuno, in ogni caso, il riferimento alla data di recepimento della direttiva servizi nel nostro ordinamento, atteso che sino a quella data certamente l'imprenditore non poteva avere contezza del tipo di selezione che sarebbe stata adottata e dei criteri di temperamento della stessa.

<sup>30</sup> Ord. TAR Abruzzo-Pescara, sez. I, del 10 marzo 2020, n. 54.

<sup>31</sup> Conformemente TAR Campania: «tale incompatibilità delle proroghe automatiche non ha però portata generalizzata ma va riconosciuta, per espressa precisazione della Corte, quanto tali concessioni presentino, in ragione delle relative caratteristiche geografiche ed economiche, un interesse transfrontaliero certo (quest'ultimo deve essere valutato sulla base di tutti i criteri rilevanti, quali «l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione» (sentenza n. 911/2017, *cit. supra*, nota 26).

s.m.i., nel caso in cui sia la concessione sia gli investimenti siano stati compiuti prima della notifica, da parte della Commissione europea, della lettera di costituzione in mora (2 settembre 2009) di cui alla procedura di infrazione comunitaria n. 2008/4908, nonché prima della scadenza del termine di recepimento della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno n. 2006/123/Ce del 12 dicembre 2006 (28 dicembre 2009), ed infine prima ancora che la Repubblica italiana attuasse tale direttiva con il dlgs n. 59 del 26 marzo 2010<sup>32</sup>.

Proseguendo la disamina, deve darsi conto del consistente contenzioso che ha visto opposti i Bagni Liggia, *rectius* la società Zeffiro, e la Procura di Genova, con riferimento, invero, a fattispecie di contestazione di abuso edilizio relativo, tuttavia, a concessione demaniale marittima ad uso turistico-ricreativo, elemento che ha cagionato una valutazione che incide sulla materia che stiamo trattando.

Pur ritenendo che la questione attenga ad un caso del tutto peculiare, deve darsi conto sia del deciso, in via cautelare, dal Tribunale in sede di riesame, sia dalla Corte di cassazione, che ha definitivamente confermato il sequestro<sup>33</sup>.

Pare di assoluta rilevanza, innanzitutto, quanto affermato dal Tribunale il quale, in sede di riesame del provvedimento cautelare, ha precisato che *«di fronte ad uno Stato che nonostante l'avvio della procedura di infrazione per la vigenza di norme in contrasto con principi di rango sovranazionale, ha adottato plurime leggi con le quali ha protratto nel tempo nell'asserita attesa di un riordino del settore l'efficacia di titoli concessori che dovrebbero ritenersi spazzati via a seguito della pubblicazione della direttiva Bolkestein, risulta rispettosa di quei principi cardine dell'ordinamento penale la scelta delle Sezioni Unite di richiamare lo Stato inadempiente alle sue responsabilità nei confronti dell'Unione europea, piuttosto che scaricare sul cittadino concessionario l'obbligo di uniformarsi sua sponte»*.

Si evidenzerebbe, quindi, una responsabilità dello Stato per non avere completato una riforma sostitutiva del vuoto normativo creato dalla abro-

<sup>32</sup> Sent. TAR Abruzzo-L'Aquila, del 2 luglio 2018, n. 271.

<sup>33</sup> Tribunale del riesame di Genova, Reg. ries. n. 778/18; il caso *Liggia* è relativo ad una controversia penale attinente la demolizione di un muro divisorio tra due stabilimenti balneari, che ha cagionato una richiesta di sequestro preventivo da parte del Pubblico ministero, oltre al rilievo che il titolare non sarebbe stato in possesso di concessione valida ed in essere. A fronte del rigetto da parte del G.I.P., il Procuratore proponeva ricorso in appello e, successivamente in Cassazione, che confermava il provvedimento richiesto. Nelle motivazioni dei provvedimenti che si sono succeduti, i giudici hanno svolto un'ampia e circostanziata ricognizione – anche con profili critici – in ordine allo stato dell'arte normativo ed alla natura dei provvedimenti che hanno stabilito proroghe della durata delle concessioni demaniali marittime in essere. Per le motivazioni della Corte di cassazione si leggano sia la sentenza n. 25993 del 6 marzo 2019 sia la sentenza n. 10218 del 7 febbraio 2020.

gazione del diritto di insistenza, e, nel contempo, il riconoscimento di un legittimo affidamento del cittadino-concessionario.

Sul medesimo caso, la Corte di cassazione ha richiamato quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 213 del 18 luglio 2011, chiamata a valutare la legittimità costituzionale di alcune disposizioni regionali in tema di proroga automatica di concessioni demaniali – il menzionato art. 1, comma 18, D.L. n. 194 del 2009 – affermando che ha «*carattere transitorio in attesa della revisione della legislazione in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi da realizzarsi, quanto ai criteri e alle modalità di affidamento, sulla base di una intesa da raggiungere in sede di Conferenza Stato – Regioni, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento, di garanzia dell'esercizio, dello sviluppo, della valorizzazione delle attività imprenditoriali e di tutela degli investimenti, nonché in funzione del superamento del diritto di insistenza di cui al citato art. 37 cod. nav., comma 2. La finalità del legislatore è stata, dunque, quella di rispettare gli obblighi comunitari in materia di libera concorrenza e di consentire ai titolari di stabilimenti balneari di completare l'ammortamento degli investimenti nelle more del riordino della materia, da definire in sede di Conferenza Stato-Regioni*».

La Corte, quindi, richiamando la propria precedente giurisprudenza, ribadisce la natura di proroga non automatica persino del termine al 31 dicembre 2020, con ciò circoscrivendo con chiarezza, per quanto qui di interesse, cosa debba intendersi per proroga *ex lege*.

All'ordinanza appena citata, che rinviava al riesame accogliendo il ricorso formulato dal concessionario, ha fatto seguito la recente sentenza n. 10218 del 7 febbraio 2020, con la quale la Corte ha invece confermato il sequestro richiesto, affermando, per quanto qui di interesse, che «*le successive disposizioni del legislatore nazionale, tendenti ad introdurre nuove fattispecie di proroga automatica delle concessioni de quibus (vds. Legge n. 160/2016 di conversione del D.L. 113/2016 e da ultimo della legge 30 dicembre 2018, n. 145), hanno formato oggetto di disapplicazione da parte della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, sia pure con esclusione delle concessioni nuove, sorte cioè in data successiva alla legge 88/2001*»<sup>34</sup>.

Ancora più recentemente, la Corte di cassazione è intervenuta nuovamente sul tema, in un caso relativo al sequestro di uno stabilimento balneare sul ricorso proposto dal pubblico ministero<sup>35</sup>.

La Corte ripercorre la successione di norme che hanno esteso la validità delle concessioni demaniali marittime – quelle precedenti alla legge n.

<sup>34</sup> Le sentenze alle quali la pronuncia si riferisce sono: Cassazione, sez. III, del 16 marzo 2018, n. 21281; e la sentenza del Consiglio di Stato n. 7874/2019, *cit. supra*, nota 2.

<sup>35</sup> Cassazione penale, sez. III, del 21 ottobre 2020, n. 29105.

145/2018, che non viene in rilievo nel caso di specie – e si sofferma, poi, con una puntuale analisi, sul contenuto della sentenza della Corte di giustizia nel caso *Promoimpresa*, evidenziandone bene tutte le «aperture» che mitigano il divieto di rinnovo automatico.

Ribadisce, poi, un principio che va via via consolidandosi, ossia la necessità di una espressa istanza di estensione del concessionario, per consentire un controllo da parte della pubblica amministrazione dell'esistenza a monte di un titolo valido nonché del permanere in capo al concessionario dei requisiti esistenti al momento dell'inizio della concessione.

Quindi, non può non evidenziarsi come la giurisprudenza penale citata non abbia affatto disapplicato la legge n. 145/2018, ma lo abbia fatto, come già detto, con riferimento a norme precedenti diverse per contenuto dall'ultima disposizione, che, a parere di chi scrive, non costituisce proroga generalizzata ed automatica.

È, poi, recente una decisione del TAR Veneto che ha ritenuto, invece, di disapplicare la legge n. 145/2018, affermandone la contrarietà al diritto europeo<sup>36</sup>.

Si trattava di una vicenda relativa ad una concessione in area lagunare, in Comune di Chioggia, destinata all'ormeggio di natanti e imbarcazioni da diporto.

La questione prendeva le mosse dall'iniziativa di un club velico, soggetto controinteressato all'assegnazione della concessione, invitato a presentare osservazioni ai sensi dell'art. 18 del regolamento di esecuzione del Codice della navigazione, che si era visto respingere l'istanza presentata in concorrenza per l'assegnazione dell'area ed aveva proposto impugnativa avanti il competente TAR, ritenendo che l'assegnazione effettuata a favore dell'altro contraente, il precedente concessionario, fosse in contrasto con l'art. 12 della direttiva servizi nonché con l'art. 49 del TFUE.

Limitando la presente disamina al merito della causa decisa, si può osservare che il TAR Veneto richiama la diretta operatività della direttiva servizi – senza invero dare conto delle ragioni che sorreggono tale assunto – e proprio la sentenza *Promoimpresa*. Differentemente da come riportato, tuttavia, e come già osservato, la pronuncia della Corte di giustizia, prima di giungere alle proprie conclusioni aveva svolto un ampio e circostanziato ragionamento, valorizzando una serie di principi che debbono essere imprescindibilmente tenuti presenti nella valutazione, da svolgere caso per caso.

Ci si riferisce ai criteri di ricognizione della limitazione del numero delle autorizzazioni a causa della scarsità delle risorse naturali, dell'interesse transfrontaliero certo nonché dell'accertamento del ritorno economico degli investimenti, elementi da valutare caso per caso.

<sup>36</sup> Sent. TAR Veneto, del 3 marzo 2020, n. 218/2020.

Inoltre la sentenza del TAR Veneto, con un'affermazione del tutto difforme da quanto previsto dalla pronuncia *Promoimpresa*, afferma che la concessione in esame «ha avuto una durata sufficientemente estesa (dodici anni) per consentire l'ammortizzazione [ammortamento sic!] degli investimenti iniziali, mentre non sarebbero rilevanti eventuali investimenti realizzati in tempi più recenti, non potendo il concessionario vantare per essi un legittimo affidamento».

L'affermazione, che contraddice proprio i principi della sentenza *Promoimpresa*, non è corroborata dall'analisi economico-finanziaria degli investimenti attuati, della loro portata e del loro periodo di ammortamento, ma si risolve in una semplice affermazione apodittica che non dà conto degli elementi economici e finanziari da considerare rilevanti.

La pronuncia, infatti, si ferma a mere supposizioni relative ad elementi di utilità pluriennale, non affrontando in alcun modo il tema del tempo necessario al ritorno finanziario dei beni investiti per la gestione dell'attività propria del soggetto richiedente.

Pur trattandosi di pronuncia non definitiva, si ritiene di darne conto poiché non può non cogliersi una sostanziale difformità proprio dai criteri ribaditi dalla giurisprudenza europea e una svalutazione degli aspetti economico-finanziari, che vengono affrontati in modo semplicistico, come appena illustrato, senza l'acquisizione di elementi tecnico-contabili a supporto del ragionamento che sorregge la loro esclusione dalla valutazione.

Di diverso ed opposto avviso è la recentissima pronuncia del Tar Firenze che ha invece ritenuto pienamente valida l'estensione prevista dalla legge n. 145/2018<sup>37</sup>.

Si trattava di un giudizio promosso da alcuni stabilimenti balneari volto all'accertamento del diritto al ristoro, ai sensi dell'art. 49 del cod. nav., delle utilità economiche correlate alla titolarità della concessione demaniale marittima, che sarebbero andate perdute *ex lege* allo spirare del periodo transitorio previsto dalla legge n. 145/2018 e dell'indennizzo conseguentemente spettante.

Il Tribunale amministrativo ha affermato che i ricorrenti sono titolari di concessioni demaniali marittime non ancora scadute, poiché il termine della loro durata è stato prorogato sino al 31 dicembre 2020 e, successivamente, al 31 dicembre 2033.

Pertanto, la pronuncia rileva la carenza di un interesse attuale e concreto dei ricorrenti, poiché il loro pregiudizio non potrebbe sorgere prima della cessazione delle concessioni, non ancora verificatasi.

<sup>37</sup> TAR Firenze, sez. III, del 9 novembre 2020, n. 1377.

La sentenza, pur se incidentalmente, ma in modo molto chiaro, afferma la piena applicabilità della legge n. 145/2018 e dell'estensione dalla stessa disposta, precisando ulteriormente che «la scadenza delle concessioni demaniali si inserirà in un quadro normativo che potrebbe essere del tutto diverso dall'attuale».

Ancora più recentemente il TAR Puglia (Lecce) è intervenuto sul tema con una decisione che ha assunto una notevole rilevanza per le argomentazioni svolte. Si tratta della sentenza n. 1322/2020 su ricorso di un concessionario di Castrignano del Capo che si era visto annullare in autotutela dal Comune l'estensione della durata della concessione balneare al 2033, precedentemente ottenuta.

Il Tar Lecce, pur riconoscendo che esiste un potere di disapplicazione in capo sia al giudice sia al pubblico funzionario, ne chiarisce molto puntualmente la funzione e la portata, osservando come nel caso della direttiva n. 2006/123/Ce il pubblico funzionario, che in astratto avrebbe il potere di disapplicare, non avrebbe dovuto farlo per le caratteristiche della norma europea in questione, che non è né direttamente applicabile né direttamente efficace<sup>38</sup>.

Nella recente giurisprudenza civile è poi possibile rintracciare un'altra pronuncia di rilievo.

Ci si riferisce ad una recente sentenza del Tribunale ordinario di Venezia<sup>39</sup> pronunciata in un giudizio relativo alla determinazione dei canoni, ove il Giudice affronta due argomenti di interesse per la ricognizione che stiamo effettuando, ossia la visione imprenditoriale del concessionario, con riferimento agli investimenti aziendali e alla durata dell'autorizzazione (il legittimo affidamento), in rapporto ai provvedimenti normativi che hanno inciso sulle decisioni aziendali e all'inquadramento dell'attività svolta, in particolare nel rapporto tra bene concesso ed autorizzazione.

Il primo argomento viene affrontato nell'esaminare la domanda introdotta, in via riconvenzionale, dall'amministrazione demaniale avente ad oggetto la richiesta di condanna della società concessionaria al pagamento di una somma pari al triplo del canone a titolo di sanzione per l'occupazione *sine titulo* ai sensi dell'art. 8, d.l. n. 400/93, formulata sulla base della sentenza della Corte di giustizia (cause riunite n. C-458/14 e n. C-67/15, *Promoimpresa*), in merito all'incompatibilità con la normativa eurolunitaria del meccanismo di estensione della durata delle concessioni demaniali marittime previsto dall'ordinamento italiano (legge n. 145/2018).

<sup>38</sup> Tar Puglia-Lecce, sez. I, sent. 18 novembre 2020-27 novembre 2020, n. 1322.

<sup>39</sup> Sentenza del Tribunale civile di Venezia, sez. I, 8 aprile 2020, n. 635, G. I. Dott.ssa Grisanti, *inedita*.

La concessione rilasciata alla società attrice, in essere alla data di entrata in vigore del d.l. n. 194/2009, presentando una scadenza anteriore al 31 dicembre 2011, rientra, a parere del Tribunale, nell'ambito di applicazione dell'art. 1, comma 18, del d.l. citato, che aveva previsto la proroga fino al 31 dicembre 2012, poi posticipata al 31 dicembre 2015 nonché, ai sensi dell'art. 34 del d.l. n. 221/2012, convertito nella l. n. 294 del 2012, al 31 dicembre 2020.

Il Tribunale, valorizzando la differenza tra una proroga *ex lege* ed un provvedimento adottato nelle more di una complessa riforma, sottolinea, condividendone quindi l'applicazione, come, ai sensi dell'art. 3 *septies*, l. n. 160/2016, tale estensione della durata sia stata prevista «*nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l'interesse pubblico all'ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base all'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25*».

Il Tribunale interpreta, dunque, il senso della sentenza *Promoimpresa*, analizzando la natura del compendio dei beni aziendali, inserendosi nel concetto di valutazione caso per caso, che effettua, e del bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, ossia la tutela della concorrenza e la massima partecipazione – considerate in astratto – nonché il legittimo affidamento – questo invece concretamente inteso.

E così, è corretto valorizzare l'affidamento, persino se illegittimo, purché incolpevolmente riposto dalla società concessionaria nella normativa statale che ha disposto l'estensione delle concessioni demaniali marittime (e la sentenza fa riferimento a quella attualmente vigente fino al 2033).

Il punto è conforme alla già citata recente giurisprudenza del Tribunale di Genova nell'ormai noto caso *Liggia*.

Il secondo argomento, di non minore rilievo, soprattutto per le considerazioni conclusive che si svolgeranno *infra*, è quello effettuato dal Tribunale ai fini della corretta determinazione del canone di concessione dovuto dalla società attrice, cui la consulenza tecnica d'ufficio ha ritenuto applicabili i parametri OMI (Osservatorio mercato immobiliare) riferibili al settore terziario (turistico-ricreativo).

Il Tribunale distingue, con un ragionamento di pregevole rilevanza e profondità, il termine «*attività commerciale*» di ispirazione civilistica, riferito a tutte le attività e imprese commerciali aventi scopo di lucro e soggette ad iscrizione nel registro delle imprese (cfr. art. 2084 c.c.), con la più circoscritta nozione di «*destinazione commerciale*» riferita alla tipologia immobiliare OMI.

Secondo tale qualificazione non sono, infatti, necessariamente a destinazione commerciale tutti gli immobili nei quali si esercita una delle attività indicate dall'art. 2195 c.c., dovendosi verificare se trattasi di attività e di immobili destinati alla produzione o al commercio di beni e delle relative attività o di immobili destinati ad attività terziarie come nel caso in esame (richiamando anche Corte di appello di Venezia, sez. II, 12 marzo 2018, n. 580, *inedita*).

Alla luce di quanto puntualmente chiarito dalla giurisprudenza citata, in merito alla distinzione tra attività commerciale ai sensi dell'art. 2195 c.c., e sulla base dei criteri indicati per la qualificazione dell'attività svolta secondo i parametri OMI, il Tribunale ha accertato che l'attività esercitata dalla concessionaria deve essere ricondotta al settore terziario-ricreativo consistendo, quanto all'utilizzo delle pertinenze demaniali, nella locazione a terzi di singole unità abitative arredate, con aggiunta della fornitura di energia elettrica, acqua e gas e di ulteriori servizi accessori. L'attività in questione risulta pertanto caratterizzata dalla stagionalità, e richiede un'organizzazione d'impresa per la gestione delle prenotazioni, l'accoglienza e l'assistenza dei turisti, gli interventi di manutenzione e riparazione dei fabbricati, e va ricondotta al novero delle attività aventi ad oggetto la gestione, in forma imprenditoriale, di una struttura ricettiva extra-alberghiera.

Si valorizza qui, con una considerevole attività ermeneutica, l'importanza del compendio aziendale dell'impresa balneare, sottolineando – come solo può fare la prospettazione del giudice civile – che sia l'impresa autorizzata alla disponibilità del bene demaniale il punto di vista principale e non più la mera rendita di questo, spostando l'attenzione verso il più elevato concetto di formazione della ricchezza che solo attraverso un'impresa può determinarsi.

Si deve, poi, dare conto dell'ampio contenzioso avviato con i ricorsi per incostituzionalità promossi dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri avverso le numerose leggi regionali che consentivano agli operatori di richiedere la proroga della durata delle concessioni in essere per periodi variabili da venti a trent'anni<sup>40</sup>.

Si tratta delle sentenze n. 180 del 20 maggio 2010, n. 233 del 1° luglio 2010 e n. 340 del 26 novembre 2010. Più recentemente sono state pronun-

<sup>40</sup> Per un'ampia e completa disamina critica di tutto il contenzioso tra le Regioni e la Corte costituzionale in materia si legga C. SEVERONI, *Problematiche emergenti in tema di concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo alla luce dei più recenti orientamenti della Corte costituzionale*, cit. *supra*, nota 1. Ricorsi della Presidenza del Consiglio n. 63 del 24 settembre 2009, in *Guri* n. 43 del 28 ottobre 2009, 1° serie speciale; n. 33 del 4 marzo 2010, in *Guri* n. 14 del 7 aprile 2010, 1° serie speciale; n. 90 del 9-13 maggio 2009, in *Guri* n. 47 del 25 novembre 2009, 1° serie speciale.

ciate le sentenze n. 213 del 18 luglio 2011, n. 40 del 24 febbraio 2017 e n. 1 del 9 gennaio 2019<sup>41</sup>.

Tale giurisprudenza ha una specifica rilevanza sia perché consolida l'orientamento che vede la competenza in capo allo Stato in ordine alla regolazione del mercato delle concessioni demaniali, trattandosi di materia di libera concorrenza, sia perché introduce un tema di sempre più significativo rilievo – soprattutto per le considerazioni che si svolgeranno in via conclusiva in ordine al mutamento della natura delle concessioni demaniali marittime – ossia quello dell'indennizzo del concessionario soccombente, in un eventuale procedimento di gara o di evidenza pubblica.

Con la prima pronuncia, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Emilia-Romagna n. 8 del 23 luglio 2009, che disponeva che i titolari di concessione demaniale marittima potessero richiedere, entro il 31 dicembre 2009, la proroga della durata della concessione fino ad un massimo di venti anni a partire dalla data di rilascio, secondo quanto previsto dalla legge n. 296/2006<sup>42</sup>, art. 1, comma 253<sup>43</sup>.

Nelle argomentazioni esposte in sede di ricorso, la Presidenza del Consiglio sottolineava come la legge regionale si ponesse in contrasto con l'art. 117 della Costituzione, per incoerenza con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di libertà di stabilimento e tutela della concorrenza, in particolare con gli artt. 43 e 81 del Trattato Ce.

La difesa della Regione, *a contrario*, rilevava come la norma impugnata non facesse altro che dare attuazione al disposto della legge n. 296 del 2006 e prevedesse la possibilità non tanto di avere un rinnovo automatico della concessione per un periodo di vent'anni ma, piuttosto, una riassegnazione della concessione, a fronte di un programma di investimenti per la valorizzazione del bene demaniale.

Solo al termine della positiva valutazione in ordine a tale piano di investimenti, la Pubblica Amministrazione avrebbe potuto assentire al prolungamento della concessione, apprezzando la valorizzazione del bene e delle infrastrutture connesse, anche in un'ottica di migliore interesse territoriale e della collettività.

La sentenza della Corte è la prima delle decisioni in ordine ai ricorsi presentati dalla Presidenza del Consiglio e contiene i principi costante-

<sup>41</sup> Pubblicate tutte nella 1° serie speciale della *Gazzetta ufficiale*, rispettivamente nei seguenti numeri: n. 21 del 26 maggio 2010; n. 27 del 7 luglio 2010; n. 48 del 1° dicembre 2010; n. 31 del 20 luglio 2011; n. 9 del 1° marzo 2017; n. 3 del 16 gennaio 2019. Le sentenze sono reperibili anche sul sito internet [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>42</sup> Legge n. 296 del 27 dicembre 2006, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007), in *Guri* n. 299 del 27 dicembre 2006, *suppl. ord.*

<sup>43</sup> Sentenza della Corte costituzionale n. 180 del 12-20 maggio 2010, in *Guri* n. 21 del 26 maggio 2010.

mente ribaditi nelle pronunce successive: in particolare, la Corte, dissentendo da quanto argomentato dalla difesa regionale, rileva come la norma sottoposta al suo vaglio attribuisca al concessionario, a suo parere, un vero e proprio rinnovo automatico della concessione.

Tale modalità di rinnovo, di fatto, priverebbe qualsiasi altro operatore della possibilità di prendere il posto del precedente gestore, salvo il caso in cui il gestore stesso ometta di chiedere la proroga o il piano di investimenti presentato non appaia soddisfacente.

La Corte fa anche notare come l'argomentazione della Regione potrebbe essere valida solo nel ben diverso caso in cui la norma impugnata fosse intervenuta a sanare gli effetti di una norma successiva che avesse indebitamente ridotto il termine della concessione.

Nel caso di specie, invece, si tratta di prorogare concessioni già scadute.

Dello stesso segno è la pronuncia n. 340 del 26 novembre 2010 relativa alla legge della Regione Toscana n. 77 del 23 dicembre 2009 (legge finanziaria per l'anno 2010) con la quale la Regione disponeva che il concessionario di una concessione demaniale marittima ad uso turistico ricreativo potesse ottenere una proroga della concessione sino a un massimo di vent'anni, dimostrando l'entità degli investimenti realizzati e dei relativi ammortamenti, sulla base di criteri e modalità stabiliti con Regolamento della Giunta regionale<sup>44</sup>.

La Presidenza del Consiglio, nel proprio ricorso, censurava la norma, che introdurrebbe un automatismo a tutti gli effetti, violando i principi comunitari di concorrenza e libertà di stabilimento.

La difesa della Regione Toscana sottolineava, invece, nella propria memoria, come la norma imponesse una valutazione «caso per caso», tenuto conto dei singoli investimenti effettuati e dei relativi ammortamenti, introducendo un corretto bilanciamento tra tutela della concorrenza e tutela del turismo<sup>45</sup>, settore che, come è noto, è di competenza regionale.

Con una motivazione, invero piuttosto sintetica, la Corte costituzionale dichiarava l'incostituzionalità dell'art. 16 della legge della Regione Toscana, richiamando integralmente quanto argomentato nella sentenza n. 180/2010 appena citata<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Sentenza della Corte costituzionale n. 340 del 17-26 novembre 2010, in *Guri* n. 48 del 1° dicembre 2010.

<sup>45</sup> La Regione sottolineava anche come, nel caso della Toscana, il turismo abbia rilevanti ricadute occupazionali.

<sup>46</sup> Deve osservarsi che nella motivazione la Corte si limita a richiamare la propria precedente giurisprudenza, senza prendere specifica posizione sulla argomentazione della Regione in relazione alla necessità di contemperare la tutela della concorrenza e la tutela del turismo, voce di primo piano del bilancio regionale.

Allo stato, risultano ancora in corso numerosi procedimenti, che, con ogni probabilità avranno il medesimo esito, essendosi formato un orientamento costante che la Corte sta seguendo<sup>47</sup>.

Infine, ma non in ordine di importanza per le considerazioni che più avanti si effettueranno, appare di significativa rilevanza la pronuncia della Corte costituzionale n. 157/2017<sup>48</sup> con la quale è stata censurata la legge n. 31 del 9 maggio 2016 della Regione Toscana.

Si ritiene, infatti, che la Corte costituzionale abbia qui formulato alcune riflessioni di particolare pregio.

*In primis*, la Corte afferma che «*la disciplina legislativa statale di riferimento, contenuta nel Codice della navigazione, non assegna alcun rilievo alle componenti economico-aziendali dell'impresa del concessionario uscente; le stesse realizzazioni non amovibili, se acquisite al demanio ai sensi dell'art. 49 cod. nav., non comportano oneri destinati a gravare sul nuovo concessionario*».

Di conseguenza la Corte sancisce che, prevedendo la norma regionale censurata una novità nella regolamentazione delle situazioni patrimoniali conseguenti alla cessione del rapporto, esse differenzierebbero la disciplina della Regione da quella prevista per il resto del territorio nazionale.

Coglie qui la Corte un tema di certa rilevanza nel dibattito in materia di concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo: la disciplina del Codice della navigazione, ormai molto risalente, era dettata per un mercato con ben diverse caratteristiche, ove era inesistente la nozione stessa di impresa balneare, e la concessione consisteva nella mera messa a disposizione di un bene ad un soggetto definito in modo molto elementare nella sua organizzazione imprenditoriale, trattandosi spesso di un operatore individuale che si avvale dell'apporto familiare.

Oggi il mercato è radicalmente mutato e la regolazione degli aspetti patrimoniali ed economici del rapporto concessorio è divenuta primaria: la legge regionale colmava, a parere di chi scrive, quello che oggi è un vuoto normativo, introducendo nozioni economiche e di mercato nella disciplina positiva, atteso che il bene demaniale ha perso centralità a favore dell'attività che si svolge sullo stesso.

Da ciò deriva anche l'impossibilità di condividere le osservazioni della seconda parte della sentenza: la Corte potremmo dire "liquida" la que-

<sup>47</sup> Ci si riferisce al ricorso n. 66/2010 per l'impugnativa della legge della Regione Marche n. 7, art. 4; al ricorso n. 67/2010 per l'impugnativa della legge della Regione Veneto n. 13, art. 5; al ricorso n. 68/2010 per l'impugnativa della legge della Regione Abruzzo n. 3, artt. 1 e 2, tutti in *Guri* n. 21 del 26 maggio 2010, *1ª serie speciale*.

<sup>48</sup> Sentenza del 7 luglio 2017, in *Guri* n. 28 del 12 luglio 2017, *1ª serie speciale*, reperibile anche sul sito internet [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

stione relativa all'indennizzo ritenendola un requisito di accesso al mercato e, come tale, rientrante nella materia di tutela della concorrenza, di esclusiva competenza statale.

Non sono state quindi oggetto di analisi le argomentazioni fornite sia dalla Regione Toscana sia dal Governo che, seppure sotto diverse angolazioni, suggeriscono interessanti riflessioni.

Il Governo afferma di non escludere che la disciplina attuativa della direttiva consenta una tutela degli investimenti del concessionario, a maggior ragione se effettuati in un periodo nel quale si poteva confidare sulla stabilità del titolo conferita dal diritto di insistenza o dalle proroghe dettate *ope legis*<sup>49</sup>.

La Regione, dal canto proprio, ritiene, invece, che la previsione di un indennizzo a favore del concessionario uscente sia del tutto legittima e proporzionata e, motivo imperativo di interesse generale, utile a tutelare l'ammortamento degli investimenti effettuati, contemperando i principi europei in gioco.

Il Governo, tuttavia, non ritiene che sia definito in modo certo, all'interno del dettato della norma impugnata, il valore aziendale di impresa, che rimarrebbe «un coacervo dai confini incerti, suscettibile di comprendere beni di proprietà del concessionario e beni acquisiti dallo Stato».

Sul punto è opportuno ricordare come esista oggi una norma UNI, la n. 1602950, creata proprio con lo scopo di fornire i metodi e la procedura per la stima del valore di mercato di una impresa balneare, e come, più in generale, i principi PIV (principi italiani di valutazione delle aziende) costituiscono senza dubbio un quadro certo di principi che possono definire con chiarezza il valore aziendale di impresa<sup>50</sup>.

Pertanto, non può condividersi l'affermazione, molto riduttiva, per cui non vi sarebbero strumenti adatti all'individuazione di una nozione, che, invero, ha trovato ampia definizione sia generale sia riferita al mercato particolare.

Più recentemente, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della legge della Regione Liguria n. 24 del 30 luglio 2012, modificante la precedente legge che recava «Disciplina delle funzioni in materia di difesa della costa, ripascimento degli arenili, protezione e osservazione dell'am-

<sup>49</sup> Sul tema dell'indennizzo al concessionario uscente, si deve dare conto del fatto che il TAR Veneto ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 54 della legge della Regione Veneto 4 novembre 2002, n. 33, nella parte in cui prevede che il rilascio delle concessioni demaniali marittime in esito a procedura comparativa sia subordinato alla corresponsione, a carico dell'aggiudicatario, di un indennizzo in favore del gestore uscente. Ord. TAR Veneto, sez. I, del 27 maggio 2019, n. 651, Pres. Nicolosi, Est. De Berardinis.

<sup>50</sup> Norma volontaria atta a definire in modo omogeneo il valore di uno stabilimento balneare.

biente marino e costiero, demanio marittimo e porti», con la quale era stata disposta una proroga automatica, senza determinazione temporale, a favore dei concessionari che avessero investito per i lavori necessari al ripristino delle strutture e per la tutela degli arenili, a seguito di mareggiate, tenuto conto proprio dell'investimento effettuato.

Ancora una volta, conformemente all'orientamento già descritto, la Corte afferma la contrarietà di una proroga automatica con i vincoli derivanti dall'ordinamento eurolunitario, in particolare in materia di libertà di stabilimento e di tutela della libera concorrenza.

Il contenzioso con la Regione Liguria ha visto anche una recente pronuncia, la n. 1 del 2019<sup>51</sup>, che ha dichiarato l'incostituzionalità della legge n. 26/2017, con la quale era stata fissata una durata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative in un minimo di anni venti ed un massimo di anni trenta.

La Corte ha ritenuto che la disposizione costituisca una «ingiustificata ed insuperabile barriera all'ingresso di nuovi entranti nel mercato», ribadendo sia la competenza statale esclusiva in materia di concorrenza (nel caso considerato, di accesso al mercato) sia la necessità che la durata delle concessioni venga determinata in conformità ai principi eurolunitari.

In particolare la Consulta ha chiarito infatti che – come, ribadito dalla sentenza n. 118 del 2018 (in linea con le precedenti sentenze n. 157 e n. 40 del 2017) – la tutela dell'affidamento degli operatori balneari riguarda una «sfera di competenza riservata in via esclusiva alla legislazione statale, alla quale unicamente spetta disciplinare in modo uniforme le modalità e i limiti della tutela dell'affidamento dei titolari delle concessioni già in essere nelle procedure di selezione per il rilascio di nuove concessioni», per la ragione, appunto, che la tutela di tale affidamento incide sui «criteri e le modalità di affidamento delle concessioni su beni del demanio marittimo», i quali «devono essere stabiliti nell'osservanza dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale, e corrispondenti ad ambiti riservati alla competenza esclusiva statale in forza dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.».

E, dunque, anche nel contenzioso amministrativo, civile, penale – eccettuato quello costituzionale che ha ormai sancito il proprio orientamento in modo deciso e conforme – si registra, ancora oggi, un orientamento altalenante, certamente determinato da una sentenza della Corte di giustizia che ha lasciato ampi spazi interpretativi aperti, ma anche causato da un cambiamento del mercato, che vede oggi profilarsi una nuova attenzione

<sup>51</sup> Sentenza della Corte costituzionale n. 1/2019 del 9 gennaio 2019, in *Guri* n. 3 del 16 gennaio 2019, 1<sup>a</sup> serie speciale, p. 1, reperibile anche sul sito internet [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

all'aspetto dinamico della concessione, intesa come autorizzazione e non più come mera concessione di beni<sup>52</sup>.

#### 4. Le questioni irrisolte: riflessioni *de iure condendo*

Dopo aver pertanto esaminato la normativa allo stato vigente, la recente riforma e la giurisprudenza più recente, comunitaria e nazionale, è ora possibile svolgere alcune riflessioni, in chiave critica e di prospettiva legislativa.

La prima questione concerne la natura delle concessioni demaniali marittime italiane ad uso turistico-ricreativo, per verificarne l'effettiva ascrivibilità alla categoria delle autorizzazioni, così come definita dalla normativa europea rilevante, sopra descritta.

La questione potrebbe, forse, essere più ampia abbracciando la stessa configurazione dell'istituto: l'atto concessorio italiano – escluso espressamente dal novero delle concessioni di servizi dalla stessa Corte anche nella sentenza *Promoimpresa* – consiste, infatti, nella messa a disposizione di un bene al fine di esercitare, in seguito, un'attività economica specifica, che di quel bene certamente necessita.

Sul punto occorre ricordare che potrebbe anche riaprirsi il dibattito se si tratti di concessioni di beni o di servizi<sup>53</sup>.

Tuttavia, e fu ben chiarito anche dallo Stato italiano nelle difese nel caso *Promoimpresa*, le autorizzazioni che il concessionario balneare ottiene per svolgere le attività caratteristiche sono distinte e successive rispetto alla concessione e sono altresì del tutto diversificate nel proprio ambito

<sup>52</sup> Accanto alla altalenante giurisprudenza si deve anche dare conto di alcuni provvedimenti amministrativi ed interventi di Autorità che hanno preso varie posizioni sulla questione: si richiamano qui, per completezza di esposizione, la circolare del Ministero dei trasporti del 19 dicembre 2019, con la quale, richiamando la sentenza del Consiglio di Stato n. 7874/19, affermava – invero in modo assai semplicistico, con richiami non puntuali alla sentenza *Promoimpresa* – la necessità che l'apparato amministrativo non applicasse norme in contrasto con l'ordinamento eurounitario; di segno non dissimile una Nota della Procura della Repubblica di Genova che, prendendo le mosse dalla descritta vicenda del Bagno Liggia, richiamava tutti gli enti competenti alla disapplicazione della norma e all'esperimento di procedure di evidenza pubblica. Si dà conto di tali provvedimenti, che ben chiariscono come anche l'apparato amministrativo dello Stato, ad ogni livello, abbia inferito nella interpretazione delle proroghe, sino alla estensione operata dalla legge n. 145/2018, muovendo, in ogni caso, da una non condivisibile interpretazione della sentenza *Promoimpresa*.

<sup>53</sup> Per una disamina del tema si leggano le considerazioni di E. VERMIGLIO, *Concessioni di beni demaniali marittimi e concessioni di servizi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE: una distinzione dai contorni sempre più sfumati?*, in *Il diritto marittimo*, 2017, p. 730; la dottrina ha da tempo colto l'evoluzione della natura della concessione demaniale marittima, nella quale il bene, da oggetto diviene strumento per offrire il servizio caratteristico; nella dottrina più risalente si confronta il contributo di F. BENVENUTI, *Demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Riv. dir. nav.*, 1965, p. 154 ss.; più recentemente, S. MAGNOLI, *L'evoluzione della disciplina normativa sull'uso del demanio marittimo a scopo turistico-ricreativo: tra tutela del mercato e salvaguardia degli interessi imprenditoriali*, in *Riv. dir. nav.*, 2011, p. 120 ss.

(taluni operatori esercitano molteplici attività quali ristorazione, intrattenimento, somministrazione di beni alimentari, mentre altri si limitano a servizi più basilari).

Inoltre, il contenuto stesso dell'atto concessorio evidenzia un rapporto tra ente concedente e concessionario che ha caratteristiche del tutto peculiari, sia rispetto alla locazione di beni sia rispetto ai numerosi oneri posti a carico di quest'ultimo, anche in adempimento a doveri di carattere pubblicistico.

Ci si riferisce – e si riportano per evidenziarne ampiezza e contenuti – agli obblighi in materia di salvataggio, primo soccorso, pulizia ed igiene delle spiagge e degli arenili, tutela della pubblica incolumità, garanzia di accesso alle strutture per i disabili, allacciamento alle reti idriche e fognarie.

Potrebbe, dunque, affermarsi che la concessione è oggi «un'autorizzazione con vincoli»<sup>54</sup>.

Pertanto, sia la configurazione dell'istituto giuridico, che contempera obblighi privatistici e pubblicistici, del tutto peculiare nel nostro ordinamento, sia la differenza ontologica tra autorizzazioni e concessioni non consentono oggi di ritenere superato il dibattito in ordine alla natura giuridica delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo.

La seconda questione, di estremo interesse, riguarda, poi, il tema della scarsità delle risorse naturali, ossia l'interpretazione di quanto disposto dalla direttiva.

Sia la dottrina sia la sentenza *Promoimpresa* hanno ritenuto che i lidi, le spiagge e le coste debbano rientrare nella definizione di risorsa scarsa, al pari delle risorse minerarie, con un'affermazione per certi versi apodittica<sup>55</sup>.

Apparirebbe più consono, anche in considerazione della *ratio* della disposizione, interpretare tale formula come riferita alla scarsità delle risorse naturali, intese come quelle effettivamente esauribili: sarebbe ben condivisibile, così, la necessità di una valutazione attenta della scelta del soggetto che potesse sfruttare tali risorse, proprio nella considerazione della loro temporaneità e del fatto che si tratta di beni finiti.

Appare interessante, in questa luce, fare un raffronto tra la versione italiana della direttiva n. 2006/123/Ce e quella inglese e francese: la versione inglese utilizza l'espressione «scarcity of available resources», facendo un chiaro riferimento, a parere di chi scrive, alla esauribilità delle stesse; l'espressione francese è, invece, «rareté des ressources», che sembra invece richiamare la limitata disponibilità delle risorse sul mercato.

<sup>54</sup> Sulla natura dell'autorizzazione si tornerà, comunque, nelle conclusioni del presente scritto.

<sup>55</sup> S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE). Genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 58 ss.

La mera ascrizione delle spiagge alle risorse scarse, così come effettuata sino ad ora, appare, poi, ben poco attinente alla situazione, quantomeno dell'attuale mercato e del singolo Paese in particolare<sup>56</sup>.

Giova, infatti, ricordare che una delle finalità della riforma del 2018 è stata proprio quella dell'individuazione del numero esatto di concessioni demaniali marittime esistenti, nonché, in tale ambito, del numero di quelle libere e disponibili, tema che fa comprendere come, anche concretamente, possa oggi dubitarsi di una scarsità obiettiva della risorsa spiaggia.

Si aggiungano due considerazioni sul punto: la prima è che, anche tecnicamente, la risorsa sarebbe astrattamente moltiplicabile ed estensibile con modalità innovative (al pari di quanto avviene in altri Paesi), con la conseguenza che il numero di spiagge concedibili non può essere considerato, in astratto, come finito, sotto il profilo naturale; diversa, ed irrilevante sotto questo punto di vista, è la limitazione derivante da provvedimenti amministrativi che insistono sul territorio, che non possono incidere sulla nozione di scarsità della risorsa<sup>57</sup>.

La terza questione, per taluni versi la più rilevante, riguarda il concetto di proroga automatica.

La sentenza della Corte di giustizia più volte citata fa riferimento a «*proroghe automatiche e generalizzate*» che, effettivamente, abbiano la *ratio* di una pura e sterile estensione nel tempo della disciplina oggetto di censura.

Se si analizzano i testi delle proroghe intervenute sino alla legge n. 145/2018, è evidente come le stesse fossero volte ad un prolungamento dello *status quo*, sempre con la prospettiva di una riforma globale della materia, di cui, tuttavia, non erano stati delineati né i contenuti né i profili temporali.

La modifica intervenuta con la legge di bilancio 2018 appare del tutto differente (v. *supra* il contenuto letterale dei commi 682 e 683) poiché contiene un'estensione della durata – peraltro non applicabile a tutte le concessioni demaniali marittime in essere – di quindici anni quale termine massimo, nonché le fasi di una riforma della materia, precisando tempistiche, contenuti e motivazioni del predetto termine.

Non si tratta, dunque, a parere di chi scrive, di una proroga «*automatica e generalizzata*», per le appena spiegate ragioni, ma della prima riforma che, concretamente, individua un periodo transitorio – conforme, peraltro, sia alle Comunicazioni della Commissione in materia di concessioni sia ad alcuni principi ribaditi proprio dalla detta pronuncia della Corte di giusti-

<sup>56</sup> Per una applicazione della nozione di scarsità della risorsa si legga la Determina del Comune di Piombino n. 408 del 21 maggio 2020, Concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico ricreative. Legge 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1, commi n. 682, n. 683, n. 684. Determinazione in esecuzione delle disposizioni legislative per l'estensione della scadenza al 31 dicembre 2033.

<sup>57</sup> Si è già detto, sul punto, che il ruolo dei Comuni è quello di meri gestori amministrativi.

zia – durante il quale si dovrà verificare a quali condizioni e con quali modalità dovrà mutarsi la disciplina delle concessioni balneari.

Pertanto, allo stato, non può dirsi che la legge n. 145/2018 introduca una proroga automatica censurabile ai termini della disciplina europea, ma più correttamente determinerà un'estensione temporale che consentirà di addivenire ad una nuova complessiva disciplina della materia, nel contemperamento di tutti gli interessi in gioco, compresi quelli del tessuto imprenditoriale interessato.

A ciò si deve aggiungere un'ulteriore considerazione.

Allo stato, nel mercato italiano, sussistono numerose concessioni che sono state assegnate con procedure di evidenza pubblica, o, più genericamente, di comparazione: in altri termini non può neppure affermarsi che il mercato interno sia oggi totalmente chiuso od osti al fatto che un'impresa europea possa partecipare ad una procedura selettiva, essendovene molte in corso di aggiudicazione o già aggiudicate.

Il continuo stratificarsi delle riforme e delle competenze amministrative sulle concessioni ha cagionato, infatti, un mercato del tutto differenziato, con aree concesse per periodi e con modalità del tutto variabili, cosicché, oggigiorno, non può dirsi che vi sia omogeneità né delle concessioni esistenti né dell'estensione operata, che, appunto, si applica solo ad una parte delle stesse.

Di più, appare, ancora oggi, un tema aperto di analisi interpretativa quello riferito al legittimo affidamento.

Se si ripercorrono a ritroso gli interventi normativi sino ad oggi effettuati, dei quali si è dato conto in premessa, occorre ripensare più ampiamente al tema, per coglierne l'effettiva portata.

Il diritto di insistenza – che seppur con i limiti già detti era parte dell'ordinamento italiano sul quale poteva senz'altro essere fondato il legittimo affidamento dei concessionari – fu abrogato nel 2009, in modo improvviso, aprendo un vuoto legislativo che solo oggi può dirsi parzialmente colmato.

Sempre con riferimento alla sentenza *Promoimpresa*, deve osservarsi come proprio la Corte riconduca il legittimo affidamento ad un motivo imperativo di interesse generale, riconoscendone uno specifico valore nel mercato balneare.

Vi è, poi, sul punto, un ulteriore aspetto di primaria importanza attinente alla valutazione degli investimenti effettuati dall'impresa e alla loro valorizzazione in termini di eventuale indennizzo (*rectius*: equa remunerazione).

Deve qui svolgersi una considerazione preliminare: il tessuto imprenditoriale dei concessionari balneari è mutato nel tempo, e le imprese, una volta micro imprese familiari, hanno assunto oggi dimensioni organizzati-

ve, occupazionali ed economiche molto significative, pur all'interno di un mercato molto differenziato<sup>58</sup>.

Un eventuale indennizzo, facendo riferimento alle Comunicazioni della Commissione europea in materia di appalti, dovrebbe tenere conto non solo degli investimenti effettuati, ma anche del valore aziendale dell'impresa (*goodwill*/avviamento), così come stratificatosi nel tempo, essendo quell'impresa legata a quello specifico bene demaniale.

Con riferimento alla quantificazione dell'indennizzo non può non effettuarsi un riferimento alla sentenza *Laezza*, che ha affermato, con riferimento al mercato del gioco d'azzardo, che il ristoro spettante al concessionario deve comprendere i beni materiali ed immateriali, richiamando così la nozione di avviamento e l'art. 2555 c.c.<sup>59</sup>.

Sul punto, la stessa sentenza *Promoimpresa* demanda alla valutazione caso per caso, imponendo, di fatto, la valutazione del singolo caso, cogliendo in pieno la disomogeneità del mercato e la necessità di valorizzare la singola impresa<sup>60</sup>.

È forse questo, oggi, il tema di maggior interesse nel dibattito, anche di diritto europeo.

<sup>58</sup> Sulle modifiche del mercato del demanio marittimo C. ANGELONE, *Profili evolutivi*, cit. *supra*, nota 4, p. 809.

<sup>59</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 2016 in causa n. C-375/14, procedimento penale a carico di *Rosanna Laezza*, EU:C:2016:60, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Tribunale di Frosinone (Italia), con decisione del 9 luglio 2014, pervenuta in cancelleria il 6 agosto 2014, nella quale si afferma «Alla luce dell'insieme di queste considerazioni, occorre risolvere la questione proposta dichiarando che gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una disposizione nazionale restrittiva, quale quella in questione nel procedimento principale, la quale impone al concessionario di cedere a titolo non oneroso, all'atto della cessazione dell'attività per scadenza del termine della concessione, l'uso dei beni materiali e immateriali di proprietà che costituiscono la rete di gestione e di raccolta del gioco, qualora detta restrizione ecceda quanto è necessario al conseguimento dell'obiettivo effettivamente perseguito da detta disposizione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare». Sull'avviamento cfr. Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza del 3 novembre 2009, n. 23198, in *Foro it.*, ottobre 2010, c. 2829 ss.

<sup>60</sup> In punto all'indennizzo si legga l'ordinanza del TAR Veneto, sez. I, del 27 maggio 2019, n. 651 che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 54 della legge regionale del Veneto 4 novembre 2002, n. 33, nella parte in cui prevede che il rilascio delle concessioni demaniali marittime in esito a procedura comparativa sia subordinato alla corresponsione, a carico dell'aggiudicatario, di un indennizzo in favore del gestore uscente, affermando che è rilevante e non manifestamente infondata la «questione di legittimità costituzionale dell'art. 54 della legge regionale del Veneto 4 novembre 2002, n. 33, nella parte in cui (commi da 2 a 5) prevede che il rilascio delle concessioni demaniali marittime in esito a procedura comparativa sia subordinato alla corresponsione, a carico dell'aggiudicatario, di un indennizzo in favore del gestore uscente, e stabilisce criteri e modalità di determinazione del predetto indennizzo, per violazione dell'articolo 117, secondo comma, lett. e) (tutela della concorrenza) e lett. l) (ordinamento civile), Cost.». Sul tema la Corte costituzionale si è invero già espressa, ma il tema è ancora oggi dibattuto. Si legga anche *Lettera di costituzione in mora complementare – Infrazione n. 2011/2026*, per ampie considerazioni sulla natura e sulle modalità di calcolo dell'indennizzo, reperibile all'indirizzo internet: <https://www.camera.it/temiap/2019/09/17/OCD177-4133.pdf>.

Considerando, dunque, valida e compatibile con il diritto europeo la riforma avviata dallo Stato italiano nel 2018 – stante la già detta natura di estensione della durata delle concessioni, periodo transitorio necessario ad attuare una complessiva riforma della materia nel rispetto del principio di proporzionalità – occorre oggi spostare l'attenzione sulla soluzione normativa che dovrà contemperare gli interessi dei concessionari e i principi di diritto europeo.

La valutazione delle molteplici esigenze imperative di interesse generale che caratterizzano la situazione italiana – cui debbono aggiungersi anche quelle di tutela ambientale essendo il demanio marittimo italiano bene del tutto unico nel panorama europeo per la conformazione geografica del Paese e, quindi, bene di primario interesse dello Stato, delle Regioni e, soprattutto, dei Comuni – dovrà includere anche la valutazione dell'impresa balneare, poiché nel settore non possono venire in rilievo, proprio per le sue peculiarità, i soli investimenti non ammortizzati.

Una visione corretta del problema, dunque, è oggi tale se si considerano anche gli elementi economici e finanziari del mercato e non solo quelli strettamente giuridici<sup>61</sup>.

## 5. Rilievi finali e conclusivi

In via conclusiva, possono formularsi alcune osservazioni, *de iure condendo*, anche in considerazione del fatto che la materia appare ancora aperta ad ampie discussioni e riflessioni per quanto riguarda il suo inquadramento normativo.

*In primis* si deve osservare come la congerie di sentenze e di provvedimenti amministrativi, di segno anche molto diverso tra loro, manifesti l'opportunità di una ripresa della discussione in merito alle fattispecie trattate, ma anche la forte necessità di addivenire ad una disciplina definitiva ed affidabile, anche in relazione ai valori economici in gioco.

Possiamo affermare che l'attuale qualificazione delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo rispetto al diritto europeo non è pacifica, coinvolgendo anche diversi aspetti sui quali la dottrina e la giu-

<sup>61</sup> Il tema è invero del tutto risalente poiché anche la Commissione istituita nel 1975 presso il Ministero di Grazia e Giustizia per la revisione del Codice della navigazione osservò, con un orientamento minoritario, la carenza nella disciplina codicistica della valutazione delle utilità economiche dei beni demaniali amministrati solo con criteri a carattere garantistico-conservativo. Si veda F. IBBA, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo alla luce dei principi dell'Unione europea*, tesi di dottorato, 2017, pubblicata dall'Università di Trieste, reperibile sul sito internet <https://core.ac.uk>; M. L. CORBINO, *Il demanio marittimo - Nuovi profili sostanziali*, Milano, Guffrè, 1990, p. 246 ss.

risprudenza, ancora oggi, dibattono, anche per gli ampi spazi interpretativi che, come abbiamo sopra ricordato, la stessa Corte di giustizia ha lasciato aperti nella sentenza *Promoimpresa*.

Ci riferiamo ad un dibattito che appare ancora oggi così acceso, anche in ragione di una oggettiva difficoltà a comprendere se e come una direttiva destinata a disciplinare altre fattispecie, sia consona alla regolazione delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo.

A questo proposito vale la pena di rileggere le considerazioni svolte da F. Capelli, nel suo libro «*Le direttive comunitarie*», scritto in epoca non sospetta, dalle quali si desume la necessità di classificare previamente in modo sistematico le direttive in rapporto alle norme del Trattato allo scopo di evitare l'errore di applicarle al di fuori del loro campo di applicazione<sup>62</sup>.

È da ritenere infatti che una classificazione sistematica delle direttive metterebbe in evidenza che le norme del Trattato alle quali occorrerebbe far riferimento per disciplinare in sede europea le concessioni balneari non sono né quelle in materia di servizi, né quelle in materia di diritto di stabilimento, bensì l'art. 352 del TFUE secondo cui «1. Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione, secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo. 2. La Commissione, nel quadro della procedura di controllo del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 5, paragrafo 3 del trattato sull'Unione europea, richiama l'attenzione dei parlamenti nazionali sulle proposte fondate sul presente articolo. 3. Le misure fondate sul presente articolo non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui i trattati la escludono».

È proprio l'attenta disamina dei principi ivi sanciti, così come del ragionamento effettuato dalla Corte di giustizia che devono condurci a riflettere sulla disciplina da applicare in questa materia.

La più recente giurisprudenza di merito, che ha valorizzato i singoli criteri della sentenza *Promoimpresa*, per effettuare quella valutazione *caso per caso* che proprio la Corte ha richiesto, ha evidenziato come vi sia un panorama molto variegato di concessioni e come la valutazione del singolo caso sia espressione ed attui il principio di proporzionalità.

<sup>62</sup> F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 389 ss.

Le questioni che restano oggi aperte al dibattito quali la nozione di risorsa scarsa, quella addirittura presupposta di risorse naturali, quella di autorizzazione, di proroga automatica, di interesse transfrontaliero certo, costituiranno indubbiamente i temi su cui si formerà la giurisprudenza sino alla piena attuazione della riforma operata dalla legge di bilancio 2018.

L'analisi della sussistenza di tali elementi e, quindi, della necessità di sottoporre a valutazione comparativa l'assegnazione dell'autorizzazione, resta oggi in capo al singolo funzionario o al Giudice nazionale: sul punto non ci si può esimere dall'osservare come, a fronte di un'eventuale disapplicazione della proroga, ci si trovi poi di fronte alla necessità di scegliere quale norma applicare, che dovrà essere il dlgs n. 59/2010, ossia il provvedimento che ha recepito internamente la direttiva servizi.

Deve tuttavia osservarsi come la norma in questione non abbia affatto definito una procedura da seguire e neppure abbia adeguatamente compreso nel recepimento i criteri di cui alla sentenza *Promoimpresa*<sup>63</sup>.

Potrebbe forse soccorrere l'art. 18 del Regolamento di esecuzione del Codice della navigazione, che, ad oggi, rappresenta la sola norma che indichi espressamente una procedura comparativa, dettagliandone le modalità di pubblicità<sup>64</sup>.

Va tuttavia osservato che, allo stato, all'eventuale disapplicazione della norma, potranno seguire procedure del tutto diverse, aprendo la strada a contenziosi fondati sulla proporzionalità, sull'equità, sull'uniformità e censurabilità delle procedure stesse da parte di chi ne abbia interesse.

<sup>63</sup> L'art. 16 del dlgs n. 59/2010, in *Guri* n. 94 del 23 aprile 2010, *suppl. ord.*, recita infatti: «Selezione tra diversi candidati. 1. Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurare l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi. 2. Nel fissare le regole della procedura di selezione le autorità competenti possono tenere conto di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario. 3. L'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità di cui al comma 1 deve risultare dai singoli provvedimenti relativi al rilascio del titolo autorizzatorio. (...)». Lo Stato italiano non ha quindi correttamente trasposto l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/Ce e a fronte di tale inadempimento le disposizioni della direttiva n. 2006/123/Ce non possono avere alcuna efficacia giuridica in danno del singolo. Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria una disposizione contenuta in una direttiva comunitaria non attuata o non correttamente attuata può, in presenza di particolari condizioni, avere una particolare efficacia giuridica. Ma tale efficacia può essere fatta valere esclusivamente dal singolo contro lo Stato responsabile dell'inadempimento all'obbligo comunitario, mai invece dallo Stato inadempiente contro il singolo.

<sup>64</sup> Si leggano le ampie considerazioni sul punto in C. BENETAZZO - S. GOBBATO, *Concessioni balneari in Italia e direttiva 2006/123/EC nel contesto europeo*, cit. *supra*, nota 1.

In presenza delle incertezze indicate, appare conveniente aggiungere un ulteriore tema di dibattito costituito dal valore aziendale di impresa in rapporto all'indennizzo dovuto al concessionario uscente.

Nel mercato attuale il bene su cui insiste la concessione ha assunto un valore del tutto diverso da quello del periodo codicistico<sup>65</sup>.

Possiamo così affermare che la disponibilità del bene finalizzato all'impresa demaniale è essa stessa parte integrante dell'*iter* autorizzativo imprenditoriale, coerentemente con quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Promoimpresa*, che necessita dello strumento «azienda» per esplicitarsi<sup>66</sup>.

La sentenza citata introduce, così, un concetto nuovo per l'ordinamento giuridico amministrativo italiano: il bene concesso e concedibile diventa, trasformandosi in via ermeneutica, autorizzazione e, quindi, impresa esso stesso, legandosi indissolubilmente al complesso dei beni aziendali che è il mezzo per intraprendere quanto autorizzato dal nuovo concetto bene-autorizzazione<sup>67</sup>.

Pertanto, l'eventuale procedura comparativa, con i limiti appena espressi, dovrebbe certamente riguardare – per le concessioni che erano in vigore all'epoca della riforma del diritto di insidenza, anche se prorogate – il valore aziendale dell'impresa stessa, inteso come quel complesso di valori sviluppati dall'impresa su quel bene e allo stesso legati<sup>68</sup>.

Le sentenze della Corte costituzionale sul punto non hanno mai escluso un indennizzo per il concessionario uscente, non entrando però nel merito della questione, perdendo così l'occasione di esprimere un'opinione su

<sup>65</sup> Sul punto si legga Tribunal Constitucional de España, sentencia 233/2015 de 5 de noviembre, in *Boletín Oficial del Estado* núm. 296 de 11 de diciembre de 2015, pág. 117150, ECLI:ES:TC:2015:233, reperibile all'indirizzo internet <https://www.boe.es/boe/dias/2015/12/11/pdfs/BOE-A-2015-13480.pdf>.

<sup>66</sup> Oggi potremmo affermare che il bene è parte indissolubile del patrimonio aziendale il cui possesso costituisce autorizzazione d'impresa e, quindi, parte del valore dell'azienda stessa, che, pur non essendone proprietaria, nella maggior parte dei casi, ne è stata il gestore per un tempo molto consistente, ed in costanza del diritto di insidenza, quasi indefinito.

<sup>67</sup> C. ANGELONE, *Profili evolutivi della disciplina delle concessioni demaniali marittime*, cit. *supra*, nota 4, p. 809, secondo cui «il passaggio da una fase statica ad una fase dinamica del demanio marittimo, caratterizzata da una più accentuata e generale utilizzazione dei beni demaniali ai fini produttivi e ricreativi, ha determinato il superamento della eccezionalità dell'istituto concessorio».

<sup>68</sup> In prospettiva di approfondimento ulteriore della ricerca può osservarsi come lo Stato consenta al concessionario di esercitare un'attività su un bene di particolare pregio, riservandosi un controllo *ex ante*; in prospettiva di riforma legislativa apparirebbe oggi più consona al mercato un'autorizzazione unica che, proprio in omaggio ai principi di liberalizzazione della direttiva, consentisse una semplificazione dell'accesso, pur controllato, al mercato. L'autorizzazione consentirebbe anche a chi oggi è in possesso del complesso di autorizzazioni esistenti di poter accedere al mercato, conservando i diritti derivanti dall'essere stato titolare delle stesse e, quindi, già sottoposto alla valutazione preventiva appena detta.

un aspetto di notevole rilevanza che avrebbe potuto fornire un indirizzo interpretativo di indubbia utilità.

È così da condividere l'operato delle Regioni che, in presenza di un vuoto normativo ancora oggi non colmato, hanno da tempo ipotizzato criteri di indennizzo, sui quali, invero, non vi sono ad oggi censure di merito.

**Piero Bellandi\***  
**Cristina Pozzi\*\***

#### SINTESI

La sorte delle concessioni demaniali marittime resta, ad oggi, uno dei temi più discussi sia a livello politico sia nella più recente giurisprudenza. Come noto le concessioni "balneari" sono, ancora oggi, oggetto di una vicenda che muove la propria origine dalla abrogazione del secondo comma dell'art. 37 del Codice della navigazione, che disciplinava il c.d. diritto di insistenza, ovvero il diritto del concessionario ad essere preferito nella riassegnazione della concessione a terzi a pari condizioni, nell'interesse e con la finalità del migliore e più proficuo utilizzo del demanio marittimo. La disciplina fu oggetto, nel 2008, di una procedura di infrazione comunitaria, ritenendo la Commissione europea che il sistema appena descritto contrastasse con il principio della libertà di stabilimento e con la direttiva n. 2006/123, c.d. Bolkestein, poiché sottraeva i beni demaniali al libero gioco della concorrenza, riservandoli, di fatto, al medesimo soggetto. L'abrogazione del secondo comma dell'art. 37 – lungi dal risolvere la situazione – l'ha, anzi, del tutto cristallizzata, poiché ha aperto un vuoto normativo, che non è stato colmato sino a tempi recentissimi, costringendo i governi che si sono succeduti ad una serie di proroghe automatiche del termine delle concessioni all'epoca esistenti, a tutela del legittimo affidamento degli allora concessionari, in attesa della emanazione di una disciplina conforme al diritto europeo.

Da ultimo la legge n. 145/2018 ha esteso la durata delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo al 2033, delineandone una complessiva riforma; alla legge è seguita una giurisprudenza di vario orientamento che ne ha progressivamente confermato la validità.

La relazione fa il punto sullo stato dell'arte sia normativo che giurisprudenziale per rispondere, da ultimo, alla domanda se la disciplina attuale sia o meno contraria al diritto europeo.

#### ABSTRACT

*The legislation of maritime state concessions remains, to date, one of the most discussed issues, both at the political level and in the most recent jurisprudence. As known, the "bathing" concessions are still today, the subject of a story*

\* Docente esterno di Economia e strategie del mercato mobiliare / Università di Pisa

\*\* Professore di Diritto comunitario dei trasporti J. M. / Università degli Studi di Parma

*that originates from the repeal of the second paragraph of art. 37 of the Italian Navigation Code, which governed the c.d. right of insistence, that is the right of the concessionaire to be preferred in the reassignment of the concession to third parties under equal conditions, in the interest and with the aim of the best and most profitable use of the marine State property. The rules were subject of a Community infringement procedure in 2008, the European Commission being of the opinion that the system described above was contrary to the principles of freedom of establishment and Directive n. 2006/123, c.d. Bolkestein, because it removed the state property from the free play of competition, reserving it, in fact, to the same subject. The repeal of the second paragraph of art. 37 far from resolving the situation, it has, in fact, completely crystallized it, since it has opened a gap in the rules, which has not been filled until very recently, forcing successive governments to extend other time the term of the concessions in force, in order to protect the legitimate expectations of the concessionaires, pending the enactment of a regulation in accordance with European law.*

*Last the Italian law n. 145/2018 has extended the duration of the marine state property concessions to tourist-recreational use to 2033, outlining some total reform of it; a jurisprudence of various orientation is followed that of it has progressively confirmed the validity.*

*The report describes the state of the art, both regulatory and jurisprudential, in order to finally answer the question if the current legislation is contrary to European law or not.*

## **CONSIGLIO EUROPEO\***

### **Videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 23 aprile 2020**

#### **Principali risultati**

Il 23 aprile 2020 i *leader* dell'UE hanno valutato i progressi compiuti in merito ai diversi aspetti della risposta europea alla pandemia di Covid-19. È stata la quarta riunione in videoconferenza di questo tipo<sup>1</sup>.

#### **Revoca delle misure di contenimento della Covid-19**

I *leader* hanno accolto con favore la tabella di marcia europea verso la revoca delle misure di contenimento della Covid-19 presentata dai presidenti Michel e von der Leyen il 15 aprile<sup>2</sup>.

#### **Tabella di marcia per la ripresa**

I *leader* hanno accolto con favore anche la tabella di marcia comune per la ripresa, in cui si definiscono quattro principali ambiti d'azione – mercato unico, ingenti sforzi di investimento, azione globale dell'UE e migliore *governance* – e vengono stabiliti alcuni principi importanti, quali i principi di solidarietà, coesione e convergenza<sup>3</sup>.

\* Riportiamo di seguito i resoconti delle riunioni in videoconferenza dei membri del Consiglio europeo tenutesi nei mesi di aprile e giugno 2020, reperibili sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/>.

<sup>1</sup> Le Conclusioni del Presidente Charles Michel a seguito della videoconferenza con i membri del Consiglio europeo del 23 aprile 2020 sono reperibili sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/04/23/conclusions-by-president-charles-michel-following-the-video-conference-with-members-of-the-european-council-on-23-april-2020/>.

<sup>2</sup> La Tabella di marcia comune europea verso la revoca delle misure di contenimento della Covid-19 è reperibile sul sito internet [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/european-roadmap-lifting-coronavirus-containment-measures\\_it](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/european-roadmap-lifting-coronavirus-containment-measures_it).

<sup>3</sup> La tabella di marcia per la ripresa è reperibile sul sito internet [https://www.consilium.europa.eu/media/43414/20200421-a-roadmap-for-recovery\\_it.pdf](https://www.consilium.europa.eu/media/43414/20200421-a-roadmap-for-recovery_it.pdf).

### **Reti di sicurezza**

I Capi di Stato o di Governo hanno approvato l'accordo raggiunto dall'Eurogruppo in merito a tre reti di sicurezza per i lavoratori, le imprese e gli enti sovrani, con un pacchetto del valore di 540 miliardi di euro. Hanno chiesto che il pacchetto sia operativo a partire dal 1° giugno 2020<sup>4</sup>.

### **Fondo per la ripresa e QFP**

I *leader* hanno inoltre convenuto di lavorare alla creazione di un fondo per la ripresa. A tal fine hanno incaricato la Commissione di analizzare le esigenze esatte e di presentare con urgenza una proposta<sup>5</sup>.

### **Trivellazioni illegali a Cipro**

Alcuni Stati membri hanno sollevato la questione delle attività illegali di trivellazione condotte dalla Turchia nella zona economica esclusiva di Cipro. I *leader* hanno espresso piena solidarietà a Cipro, ricordando e ribadendo le loro precedenti conclusioni sulla questione.

### **Videoconferenza con i Balcani occidentali**

I *leader* hanno inoltre deciso di tenere una videoconferenza con i Balcani occidentali il 6 maggio 2020.

## **Videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 19 giugno 2020**

### **Principali risultati**

Il 19 giugno i membri del Consiglio europeo si sono riuniti in videoconferenza. I *leader* dell'UE hanno esaminato la questione della creazione di un fondo per la ripresa per rispondere alla crisi Covid-19 e hanno discusso il nuovo bilancio a lungo termine dell'UE. Hanno inoltre portato l'attenzione sulle relazioni UE-Regno Unito e sull'attuazione degli accordi di Minsk<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> La Relazione dell'Eurogruppo sulla risposta globale di politica economica alla pandemia di Covid-19, comunicato stampa, 9 aprile 2020 è reperibile sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/04/09/report-on-the-comprehensive-economic-policy-response-to-the-covid-19-pandemic/>.

<sup>5</sup> La nota «Covid-19: pandemia di coronavirus e risposta dell'UE (informazioni generali e cronistoria)» è reperibile sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/coronavirus/>.

<sup>6</sup> Le Osservazioni del presidente Charles Michel al termine della videoconferenza dei membri del Consiglio europeo del 19 giugno 2020 sono reperibili sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/06/19/charles-michel-statement-at-the-end-of-the-eu-council-video-conference/>.

## Fondo per la ripresa e bilancio a lungo termine dell'UE

I *leader* hanno valutato la proposta relativa a un nuovo strumento per la ripresa e al quadro finanziario pluriennale (QFP) per il periodo 2021-2027, presentata dalla Commissione europea il 27 maggio 2020.

Il presidente Michel avvierà immediatamente i negoziati veri e propri con gli Stati membri e convocherà un vertice in presenza intorno a metà luglio a Bruxelles per concentrarsi su proposte concrete. "Siamo consapevoli che è essenziale decidere il più rapidamente possibile", ha dichiarato.

### Informazioni generali

Il 23 aprile 2020 il Consiglio europeo ha deciso di lavorare alla creazione di un fondo per la ripresa al fine di rispondere alla crisi Covid-19. Ha incaricato la Commissione europea di elaborare con urgenza una proposta che chiarisca anche il nesso tra il fondo e il bilancio a lungo termine dell'UE<sup>7</sup>.

### Relazioni UE-Regno Unito

Il presidente del Consiglio europeo Charles Michel e la presidente della Commissione Ursula von der Leyen hanno informato i leader in merito alle loro discussioni con il primo ministro Boris Johnson in occasione della *riunione ad alto livello UE-Regno Unito* tenuta in videoconferenza il 15 giugno 2020<sup>8</sup>.

### Accordi di Minsk

La cancelliera Angela Merkel e il presidente Emmanuel Macron hanno informato i *leader* sullo stato di avanzamento dell'attuazione degli accordi di Minsk. Il Consiglio procederà alla proroga delle sanzioni economiche nei confronti della Russia<sup>9</sup>.

### Presidenza croata

Il presidente Charles Michel ha ringraziato il primo ministro Andrej Plenković per il lavoro svolto e per la cooperazione durante la presidenza croata, svoltasi nelle circostanze eccezionali della crisi Covid-19.

[www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/06/19/remarks-by-president-charles-michel-after-video-conference-of-the-members-of-the-european-council-19-june-2020/](https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/06/19/remarks-by-president-charles-michel-after-video-conference-of-the-members-of-the-european-council-19-june-2020/).

<sup>7</sup> La videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 23 aprile 2020 è reperibile sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/european-council/2020/04/23/>; il documento «Un piano per la ripresa dell'Europa (informazioni generali e cronistoria)» è riportato sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-recovery-plan/>; Il Quadro finanziario pluriennale 2021-2027 (informazioni generali) è reperibile sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/the-eu-budget/long-term-eu-budget-2021-2027/>.

<sup>8</sup> La videoconferenza ad alto livello UE-Regno Unito, 15 giugno 2020 è reperibile sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/it/meetings/international-summit/2020/06/15/>.

<sup>9</sup> Le «Misure restrittive dell'UE in risposta alla crisi in Ucraina (informazioni generali)» sono reperibili sul sito internet <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/sanctions/ukraine-crisis/>.



# DOCUMENTAZIONE

---

## L'ACCORDO CETA TRA L'UNIONE EUROPEA E IL CANADA

### Accordo Economico e Commerciale Globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra\*

Il Canada, da una parte, e

l'Unione europea, il Regno del Belgio, la Repubblica di Bulgaria, la Repubblica ceca, il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica di Estonia, l'Irlanda, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica di Croazia, la Repubblica italiana, la Repubblica di Cipro, la Repubblica di Lettonia, la Repubblica di Lituania, il Granducato di Lussemburgo, l'Ungheria, la Repubblica di Malta, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Polonia, la Repubblica portoghese, la Romania, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica slovacca, la Repubblica di Finlandia, il Regno di Svezia, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall'altra,

di seguito denominati congiuntamente «le parti»,  
decisi a:

*Rafforzare* ulteriormente le loro strette relazioni economiche basandosi sui rispettivi diritti ed obblighi a norma dell'accordo di Marrakech che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, concluso il 15 aprile 1994, e di altri strumenti multilaterali e bilaterali di cooperazione;

*Favorire* lo sviluppo e la sicurezza del mercato delle merci e dei servizi mediante la riduzione o la soppressione degli ostacoli al commercio e agli investimenti;

*Stabilire* norme chiare, trasparenti, prevedibili e reciprocamente vantaggiose per disciplinare gli scambi e gli investimenti delle parti;

\* In *Gu-UE* n. L 11 del 14 gennaio 2017, p. 23 ss. Il testo integrale dell'Accordo è reperibile sul sito internet [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu). In argomento v. *infra*, p. 415 ss., il commento di LUDOVICA MULAS.

E

*Riaffermando* il loro profondo sostegno alla democrazia e ai diritti fondamentali sanciti dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, sottoscritta a Parigi il 10 dicembre 1948, e concordando nel ritenere che la proliferazione delle armi di distruzione di massa costituisca una grave minaccia per la sicurezza internazionale;

*Riconoscendo* l'importanza della sicurezza internazionale, della democrazia, dei diritti umani e dello Stato di diritto per lo sviluppo del commercio internazionale e della cooperazione economica;

*Riconoscendo* che le disposizioni del presente accordo preservano il diritto delle parti di legiferare nei rispettivi territori e la flessibilità di cui dispongono nel perseguire obiettivi politici legittimi, ad esempio nei settori della sanità pubblica, della sicurezza, dell'ambiente, della morale pubblica e della promozione e tutela della diversità culturale;

*Ribadendo* i loro impegni in qualità di parti firmatarie della Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali (Convenzione UNESCO), conclusa a Parigi il 20 ottobre 2005, e riconoscendo che gli Stati hanno il diritto di mantenere, sviluppare e attuare le loro politiche culturali, di sostenere i loro settori della cultura al fine di potenziare la diversità delle espressioni culturali, e di preservare la loro identità culturale, anche mediante il ricorso a interventi normativi e al sostegno finanziario;

*Riconoscendo* che le disposizioni del presente accordo proteggono gli investimenti e gli investitori in relazione ai loro investimenti e sono destinate a stimolare un'attività commerciale reciprocamente vantaggiosa, senza pregiudicare il diritto delle parti di legiferare in difesa dell'interesse pubblico nei rispettivi territori;

*Riaffermando* il loro impegno a promuovere lo sviluppo sostenibile e il potenziamento del commercio internazionale in modo da contribuire allo sviluppo sostenibile nelle sue dimensioni economica, sociale e ambientale;

*Incoraggiando* le imprese operanti nel loro territorio o sotto la loro giurisdizione a rispettare gli orientamenti e i principi riconosciuti a livello internazionale in materia di responsabilità sociale delle imprese, tra cui le linee guida dell'OCSE destinate alle imprese multinazionali, e a perseguire le migliori pratiche in materia di comportamento responsabile delle imprese;

*Dando attuazione* al presente accordo in modo da garantirne la compatibilità con l'applicazione delle rispettive legislazioni in materia di lavoro e ambiente e da rafforzare i rispettivi livelli di protezione ambientale e del lavoro, sulla base dei loro impegni internazionali in materia di lavoro e ambiente;

*Riconoscendo* lo stretto legame tra innovazione e commercio e l'importanza dell'innovazione per la crescita economica futura, e ribadendo il loro impegno a favorire l'ampliamento della cooperazione nel settore dell'innovazione, nonché nei relativi ambiti di ricerca e sviluppo, della scienza e della tecnologia, e a promuovere il coinvolgimento degli organismi pubblici e privati competenti,

hanno convenuto quanto segue:

(*Omissis*)

## **IL COMPREHENSIVE ECONOMIC AND TRADE AGREEMENT (CETA): TRA LIBERALIZZAZIONE E REGOLAMENTAZIONE PRUDENZIALE**

**Sommario:** 1. *Introduzione* - 2. *I servizi finanziari* - 3. *Le misure prudenziali* - 4. *Il CETA e i servizi finanziari* - 4.1 *La liberalizzazione dei servizi nel CETA* - 4.2 *Disamina del capo 13: le disposizioni principali sui servizi finanziari* - 4.3 *Il trattamento nazionale* - 4.4 *La clausola della nazione più favorita* - 4.5 *L'accesso al mercato* - 4.6 *Le misure prudenziali nel CETA* - 4.7 *La risoluzione delle controversie tra Stati* - 4.8 *Le controversie in materia di investimenti nei servizi finanziari* - 5. *Gli allegati al capo 13 sui servizi finanziari* - 6. *Conclusioni*.

### **1. Introduzione**

L'Accordo economico e commerciale globale (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*)<sup>1</sup>, noto comunemente come CETA, è stato ufficialmente siglato da Unione europea e Canada il 30 ottobre 2016 al termine di un lungo *iter* di negoziazioni iniziato nel 2009 e conclusosi con la sua applicazione provvisoria.

L'Accordo è entrato provvisoriamente in vigore il 21 settembre 2017, in quanto, essendo stato qualificato come accordo di natura "mista"<sup>2</sup>, risul-

<sup>1</sup> In *Gu-UE* n. L 11 del 14 gennaio 2017, p. 23 ss., *Accordo Economico e Commerciale Globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra* (da qui in avanti CETA), reperibile sul sito internet [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114(01)&from=IT).

<sup>2</sup> Gli accordi che l'Unione europea negozia a livello internazionale con terze parti si definiscono misti quando vanno a coinvolgere ambiti decisionali che secondo i Trattati non sono di esclusiva competenza dell'Unione (come ad esempio la politica monetaria o comune dell'UE), ma prevedono invece almeno una parte di contenuti che è di competenza specifica degli Stati membri (ad esempio clausole per la non proliferazione delle armi o per la tutela dei diritti umani).

ta necessaria la ratifica da parte dei singoli parlamenti nazionali dei Paesi membri dell'UE, affinché il CETA entri in vigore in maniera completa e definitiva<sup>3</sup>.

La procedura per la conclusione degli accordi internazionali tra l'Unione europea ed i Paesi terzi è regolata dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che, all'art. 218 TFUE<sup>4</sup>, stabilisce la disciplina di carattere generale da applicarsi per tutte le politiche dell'Unione<sup>5</sup>. A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Commissione europea aveva indicato sé stessa quale unico negoziatore per l'Unione europea degli accordi di natura mista<sup>6</sup>. Tuttavia, a seguito delle problematiche scaturite nel corso delle negoziazioni relative alla Convenzione di Minamata<sup>7</sup>, volta a regolare e limitare l'uso del mercurio a livello internazionale, Commissione e Consiglio hanno raggiunto un compromesso tale per cui «[l]a Commissione conduce i negoziati a nome dell'Unione, per le materie di competenza dell'Unione e in relazione alle quali l'Unione ha adottato norme», mentre «[n]ella misura in cui l'accordo tratta di materie che rientrano nella competenza concorrente dell'Unione e dei suoi Stati membri, la Commissione e gli Stati membri dovrebbero collaborare strettamente durante la fase negoziale affinché l'Unione e i suoi Stati membri siano rappresentati in maniera unitaria a livello internazionale»<sup>8</sup>. Dal momento che questa procedura comporta una notevole dilazione dei tempi di entrata in vigore degli accordi internazionali, viene spesso fatto uso dello strumento di entrata in vigore a titolo provvisorio, in modo tale da dare un'adeguata risposta alle esigenze politiche ed economiche di applicazione immediata degli accordi, senza per questo violare le norme di diritto internazionale sulla conclusione dei trattati. L'art. 25 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 prevede espressamente che «1. [a] treaty or a part of a treaty is applied provisionally pending its entry into

<sup>3</sup> Cfr. il sito internet [https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-explained/index\\_it.htm](https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-explained/index_it.htm). Per un inquadramento degli accordi negoziati dall'Unione europea cfr. R. ADAM - A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2016.

<sup>4</sup> All'art. 218 TFUE si affiancano l'art. 219 TFUE, dedicato agli accordi in materia di regime monetario o valutario, e l'art. 207 TFUE relativo alla procedura da seguirsi per la conclusione degli accordi di politica commerciale comune.

<sup>5</sup> E. BARONCINI, *L'Unione Europea e la Procedura di Conclusione degli Accordi Internazionali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2013, Vol. 5, N° 1, p. 5.

<sup>6</sup> *Ivi*, p. 11.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Consiglio dell'Unione europea, Doc. 16632/10, Decisione del Consiglio sulla partecipazione dell'Unione ai negoziati riguardanti uno strumento giuridicamente vincolante sul mercurio a seguito della decisione 25/5 del Consiglio direttivo del Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente (UNEP), 6 dicembre 2010.

force if: (a) the treaty itself so provides; or (b) the negotiating States have in some other manner so agreed. 2. Unless the treaty otherwise provides or the negotiating States have otherwise agreed, the provisional application of a treaty or a part of a treaty with respect to a State shall be terminated if that State notifies the other States between which the treaty is being applied provisionally of its intention not to become a party to the treaty»<sup>9</sup>. Lo stesso art. 218, comma 5, TFUE contempla questa modalità, statuendo che «[i]l Consiglio, su proposta del negoziatore, adotta una decisione che autorizza la firma dell'accordo e, se del caso, la sua applicazione provvisoria prima dell'entrata in vigore»<sup>10</sup>, formula che si è rivelata ideale per la serie di nuovi accordi commerciali di libero scambio che l'Unione ha iniziato a stipulare negli ultimi anni, in quanto, essendo stata scelta per tutti la forma mista, l'approvazione provvisoria consente una loro rapida entrata in vigore, senza dover attendere i tempi di ratifica degli attuali 27 Stati membri. Negli ultimi anni abbiamo assistito, infatti, alla nascita di questo nuovo tipo di accordi commerciali regionali (i c.d. *Mega-Regionals*): tali accordi sono stati definiti come *partnership* di profonda integrazione tra paesi o regioni con una quota importante del commercio mondiale e degli investimenti diretti esteri che, al di là del semplice incremento dei rapporti commerciali, mirano a migliorare la compatibilità normativa e a fornire un quadro normativo per l'eliminazione delle differenze in termini di investimenti e di rapporti commerciali<sup>11</sup>. Questo nuovo tipo di accordi commerciali segna il passaggio a un approccio diverso e innovativo al commercio internazionale, alla liberalizzazione degli scambi e persino, in senso più ampio, al diritto internazionale dell'economia rispetto al sistema dell'Or-

<sup>9</sup> «1. Un trattato o una parte di esso vengono applicati a titolo provvisorio in attesa della sua effettiva entrata in vigore: a) quando il trattato stesso così dispone; o, b) quando gli Stati che hanno partecipato ai negoziati avevano in qualche altro modo così convenuto. 2. A meno che il trattato non disponga altrimenti o gli Stati che hanno partecipato ai negoziati non abbiano convenuto altrimenti, l'applicazione a titolo provvisorio di un trattato o di una parte di esso nei confronti di uno Stato viene a cessare qualora tale Stato notifichi agli altri Stati fra i quali il trattato è applicato provvisoriamente, l'intenzione di non volerne diventare parte». Legge 12 febbraio 1974, n. 112, Ratifica ed esecuzione della convenzione sul diritto dei trattati, con annesso, adottata a Vienna il 23 maggio 1969, Traduzione non ufficiale, in *Guri* n. 111 del 30 aprile 1974, *suppl. ord.*

<sup>10</sup> Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in *Gu-Ue* n. C 326 del 26 novembre 2012, p. 47 ss., reperibile sul sito internet <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:IT:PDF>

<sup>11</sup> T. HIRST, *What are Mega-Regionals Trade Agreements?*, in *World Economic Forum*, 9 July 2014, reperibile sul sito internet <https://www.weforum.org/agenda/2014/07/trade-what-are-megaregionals/> «(...) deep integration partnerships between countries or regions with a major share of world trade and foreign direct investment which beyond simply increasing trade links aim to improve regulatory compatibility and provide a rules-based framework for ironing out differences in investment and business climates».

ganizzazione Mondiale del Commercio<sup>12</sup> e ai suoi tipici strumenti di negoziazione del commercio internazionale.

Con riguardo al ruolo del CETA – così come degli altri nuovi accordi commerciali regionali – all'interno del panorama economico internazionale, se l'idea alla base di questi nuovi accordi è stata forse quella di creare degli strumenti che funzionassero a fianco del sistema OMC, a completamento e miglioramento del sistema stesso, nella realtà sono andati oltre, introducendo nuove questioni, espandendosi verso nuovi campi, nuovi principi, nuovi strumenti del commercio internazionale.

L'Accordo è al centro del dibattito tra esperti nel campo del diritto economico internazionale a causa della sua complessità giuridica e delle controversie che ha suscitato.

Tra le novità introdotte dal CETA vi è, certamente, la decisione di prevedere un capitolo per i servizi finanziari – il capo 13 –, al fine di andare a disciplinare un settore in costante espansione e che, per la specificità e l'entità della tipologia dei servizi offerta, richiede una disciplina *ad hoc*.

L'obiettivo del seguente lavoro è quello di illustrare la disciplina CETA sui servizi finanziari. A tal fine procederemo, *in primis*, ad un'analisi

<sup>12</sup> L'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) – nome ufficiale *World Trade Organization* (WTO) – è l'organizzazione internazionale che si occupa di regolare gli scambi commerciali a livello globale. L'organizzazione è nata nel 1995, al termine dei negoziati dell'Uruguay Round (1986-1994) per sostituirsi al GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) che dal 1948 al 1994 è stato lo strumento per facilitare e regolamentare il commercio internazionale. Il sistema si basa sugli accordi OMC, negoziati e firmati dalla maggior parte delle nazioni del mondo, tanto che ad oggi l'OMC conta 164 Membri. Per i testi dell'Accordo istitutivo dell'OMC cfr. World Trade Organization, *Legal texts: the WTO agreements*, reperibile sul sito internet [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/final\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/final_e.htm). In questo lavoro sono utilizzate per i testi OMC sia la versione ufficiale in inglese sia la traduzione non ufficiale italiana disponibile in allegato alla decisione dell'Unione europea che ha approvato gli accordi di Marrakech: v. Decisione n. 94/800/Ce del Consiglio del 22 dicembre 1994 relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994), in *Guce* n. L 336 del 23 dicembre 1994. Per una presentazione del sistema dell'OMC cfr. G. ADINOLFI, *L'Organizzazione mondiale del commercio - profili istituzionali e normativi*, Padova, Cedam, 2001; S. CANTONI, *L'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del Commercio. Dal GATT 1947 al GATT 1994*, in A. COMBA (a cura di), *Neoliberalismo internazionale e global economic governance: sviluppi istituzionali e nuovi strumenti*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 173-220; M. FOOTER, *An Institutional and Normative Analysis of the World Trade Organization*, Leiden -Boston, Martinus Nijhoff, 2006; M. MATSUSHITA - T. SCHOENBAUM - P. MAVROIDIS - M. HAHN, *The World Trade Organization - Law, Practice and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2012; M. VELLANO, *Assetti istituzionali attuali e futuri dell'OMC*, in G. VENTURINI - G. COSCIA - M. VELLANO (a cura di), *Le nuove sfide per l'OMC a dieci dalla sua istituzione*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 3-27; P.-T. STOLL, *World Trade Organization (WTO)*, Max Plank Encyclopedia of International Law, 2014; P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, Cedam, 2002; E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2017; P. VAN DEN BOSSCHE - W. ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; G. VENTURINI (a cura di), *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, Giuffrè, 2015.

della nozione di servizi finanziari e di misure prudenziali, al fine di inquadrare la materia prima di dedicarci alla disamina del capo 13 del CETA.

## 2. I servizi finanziari

I servizi finanziari costituiscono un settore nevralgico per l'economia globale, andando a ricomprendere l'insieme dei servizi e dei prodotti forniti dal mercato finanziario e dalle istituzioni finanziarie che si occupano della gestione del denaro, in termini di utili e di capitalizzazione del mercato azionario. In senso lato, il CETA li identifica nei servizi di natura finanziaria offerti da un fornitore di servizi finanziari di una parte – UE o Canada –. La generalità di questa definizione significa che, in concreto, i servizi finanziari sono definiti facendo riferimento a elenchi di sotto-settori specifici che risultano raggruppati in due macro-categorie: da una parte, i servizi assicurativi e riassicurativi, e, dall'altra, i servizi bancari e gli altri servizi finanziari, che comprendono una vasta gamma di attività economiche tra cui gestione patrimoniale, prestiti, *leasing* finanziari, partecipazione in titoli, fornitura e trasferimento di informazioni finanziarie e servizi di consulenza.

Dunque, i servizi finanziari possono essere definiti come i prodotti e i servizi offerti da istituzioni finanziarie di vario genere per agevolare transazioni finanziarie e altre attività correlate al mondo della finanza come prestiti, assicurazioni, investimenti e gestione del denaro, nonché per fornire informazioni sul mercato azionario e sul suo andamento. Pertanto, svolgono molte funzioni all'interno dell'economia e dei mercati internazionali, *in primis* quella di mobilitare capitali e risparmi, consentendo di finanziare investimenti e di facilitare le transazioni, sotto forma di scambio di beni e servizi all'interno dell'economia globale.

In virtù di ciò, i servizi finanziari sono considerati un settore particolarmente adatto per la liberalizzazione degli scambi: la "merce" che viene spostata, ossia il capitale, è, infatti, per sua natura facilmente trasferibile, e tale velocità nelle transazioni è oggi ulteriormente implementata dalla digitalizzazione capillare degli scambi. Tuttavia, il settore è sempre stato ampiamente oggetto di regolamentazione e supervisione da parte degli Stati, i quali affiancano alla necessità di liberalizzazione dei servizi, l'esigenza di garantire la stabilità e l'integrità dei mercati finanziari, nonché di tutelare i consumatori, tramite l'adozione di misure prudenziali<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> A. KERN, *The World Trade Organization and Financial Stability: The Balance between Liberalisation and Regulation in the GATS*, Cambridge, University of Cambridge, 2003, Cambridge Judge Business School, p. 21.

### 3. Le misure prudenziali

Le misure prudenziali sono strumenti di regolamentazione utilizzati «per limitare l'accumulo di rischi finanziari, al fine di ridurre la probabilità e mitigare l'impatto di un crollo finanziario»<sup>14</sup>. La regolamentazione prudenziale protegge dunque l'integrità dei mercati finanziari, la libertà e la correttezza degli scambi e degli investimenti, nonché il consumatore e la collettività nel suo complesso. Infatti, nel momento in cui si vanno a tutelare i mercati, si forniscono garanzie sia al mondo imprenditoriale, che acquisisce un accesso costante a crediti e finanziamenti sani e ad ottime condizioni, sia alla collettività che può contare su un'economia nazionale e globale stabile.

Tuttavia, questo tipo di regolamentazione è suscettibile di limitare la libertà degli scambi nel settore e di pregiudicare la tutela degli investimenti stranieri nei servizi e nei prodotti finanziari<sup>15</sup>. In particolare, poi, in seguito alla crisi finanziaria del 2007, causata dal *crack* della *Lehman Brothers*<sup>16</sup>, gli Stati hanno notevolmente inasprito le legislazioni relative ai servizi finanziari, introducendo una serie di misure prudenziali molte severe e capillari<sup>17</sup>: da una parte hanno esteso la loro supervisione a *sub*-settori non regolamentati sino a quel momento, come ad esempio i fondi di investimento alternativi e, dall'altra, hanno intensificato i controlli e i requisiti richiesti ai settori tradizionalmente sottoposti a supervisione statale, quali banche e compagnie di assicurazione<sup>18</sup>.

La maggior parte degli *standard* di regolamentazione prudenziale viene adottata all'interno di organizzazioni internazionali, tra cui *in primis* il Comitato di Basilea, la IAIS (Associazione internazionale dei supervisori assicurativi)<sup>19</sup> e la IOSCO (Organizzazione internazionale delle commis-

<sup>14</sup> P. ANGELINI, *Monetary and Macroprudential Policies, Working Paper Series*, European Central Bank, 2012, n. 1449, p. 3: «Certainly, a primary purpose of macroprudential policies must be to limit the accumulation of financial risks, in order to reduce the probability and mitigate the impact of a financial crash».

<sup>15</sup> G. GARI, *Is the WTO's Approach to International Standards on Services Outdated?*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 19, 2016, n. 3, pp. 589-605.

<sup>16</sup> Cfr. <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/7615931.stm>. Per un inquadramento del *crack* della Lehman Brothers e della crisi economica che ne è seguita cfr. J. E. STIGLITZ, *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Torino, Einaudi, 2014.

<sup>17</sup> A. MITCHELL - J. K. HAWKINS - N. MISHRA, *Dear Prudence: Allowances Under International Trade and Investment Law for Prudential Regulation in the Financial Services Sector*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 19, 2016, n. 4, pp. 787-820.

<sup>18</sup> S. GRILLER - W. OBWEXER - E. VRANES, *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA. New Orientations for EU External Economic Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 188.

<sup>19</sup> È un'organizzazione volontaria di autorità di vigilanza e di regolamentazione con oltre 200 giurisdizioni, che vigila sul corretto equilibrio del mercato assicurativo, con lo scopo di sviluppa-

sioni sui valori mobiliari)<sup>20</sup>, in assenza, purtroppo, di un coordinamento con il *forum* multilaterale di politica commerciale dell'Organizzazione Mondiale del Commercio<sup>21</sup> (OMC)<sup>22</sup>. Infatti, al fine di rispondere alla necessità di coordinare l'obiettivo di liberalizzazione con la tutela degli investitori e dell'integrità dei mercati, all'interno del sistema dell'OMC è stato concluso nel 1994 l'Accordo Generale sugli Scambi di Servizi<sup>23</sup> – il c.d. accordo GATS, acronimo della denominazione in lingua originale «*General Agreement on Trade in Services*»<sup>24</sup> – correlato dal relativo Protocollo sui servizi finanziari che, al par. 5, offre una definizione di servizio finanziario, secondo cui «[p]er servizio finanziario s'intende qualsiasi servizio di natura finanziaria offerto da un prestatore di servizi finanziari di un membro. I servizi finanziari comprendono tutti i servizi assicurativi e connessi, nonché tutti i servizi bancari e altri servizi finanziari (...)»<sup>25</sup>. Il suddetto Protocollo introduce, inoltre, al par. 2(a) un'eccezione prudenziale che conferisce alle parti il diritto di adottare misure prudenziali nazionali in materia di servizi finanziari, ai sensi della quale «(a) [i]n deroga a qual-

re e mantenere i mercati assicurativi sicuri e stabili per il beneficio e la protezione degli assicurati per contribuire alla stabilità finanziaria globale: cfr. <https://www.iaisweb.org/home>.

<sup>20</sup> International Organization of Securities Commissions (IOSCO). È l'organizzazione internazionale riconosciuta quale normatore («standard setter») per la regolamentazione dei titoli nei mercati mobiliari e la promozione di *standard* rigorosi di funzionamento: cfr. <https://www.iosco.org>.

<sup>21</sup> Vedi *supra*, nota 12.

<sup>22</sup> Le ragioni dell'assenza di questo coordinamento risiedono probabilmente nel fatto che gli Stati accettano gli *standard* comuni minimi elaborati dalle organizzazioni internazionali, ma non vogliono creare un sistema legalmente vincolante di regolamentazione e controllo. Vedi al riguardo S. GRILLER - W. OBWEXER - E. VRANES, *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA. New Orientations for EU External Economic Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 188-189.

<sup>23</sup> P. VAN DE BOSSCHE - D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 5.

Per un inquadramento dell'Accordo GATS cfr. World Trade Organization, *A Handbook on the GATS Agreement: A WTO Secretariat Publication*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; A. KERN, *The World Trade Organization and Financial Stability: The Balance between Liberalisation and Regulation in the GATS*, CFAP, Cambridge Judge Business School, University of Cambridge, 2003; A. KERN - A. MADS (a cura di), *The World Trade Organization and Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008; A. MATTOO - R.M. STERN - G. ZANINI, *A Handbook of International Trade in Services*, Oxford, Oxford University Press, 2010; N. MOLONEY - E. FERRAN - J. PAYNE, (a cura di), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, Oxford, Oxford Handbooks, 2015.

<sup>24</sup> World Trade Organization, *General Agreement on Trade in Services (GATS)*, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1B, 1869 U.N.T.S. 183, 33 I.L.M. 1167 (1994), reperibile sul sito internet [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/26-gats.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf).

<sup>25</sup> «A financial service is any service of a financial nature offered by a financial service supplier of a Member. Financial services include all insurance and insurance-related services, and all banking and other financial services». Per il testo ufficiale del GATS cfr. World Trade Organization, *Legal texts: the WTO agreements*, reperibile sul sito internet [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/26-gats.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf).

siviglia altra disposizione dell'accordo, ai membri non è impedito di prendere provvedimenti a titolo prudenziale, ivi compresa la tutela di investitori, titolari di depositi, titolari di polizze o soggetti nei confronti dei quali un fornitore di servizi finanziari ha un dovere di fiduciario, nonché per garantire l'integrità e la stabilità del sistema finanziario. Ove tali provvedimenti non siano conformi alle disposizioni dell'accordo, essi non vengono utilizzati come mezzi per eludere gli impegni o gli obblighi che l'accordo pone a carico dei membri», lasciando così<sup>26</sup> ai membri dell'OMC un'ampia autonomia normativa.

Tuttavia, negli ultimi decenni si è assistito ad un progressivo abbandono del sistema OMC: il fallimento del Doha Round ha, infatti, spostato l'ago della bilancia verso gli accordi internazionali siglati tra Stati. Nello specifico si è assistito alla proliferazione di accordi di nuova generazione – i c.d. *Mega-Regionals* –, che si caratterizzano per il fatto di coprire regioni geografiche molte estese a livello globale e di avere uno scopo molto più ampio, andando a ricomprendere l'intero settore degli scambi e degli investimenti<sup>27</sup>. I Governi, infatti, hanno preferito utilizzare le proprie risorse per i negoziati bilaterali e plurilaterali, anziché all'interno del sistema OMC, poiché è diventato molto più difficile raggiungere un accordo a causa del *single undertaking approach*, ossia il c.d. approccio del pacchetto unico, in virtù del quale tutti gli accordi relativi ai diversi temi dell'agenda negoziale devono essere sottoscritti nell'ambito di un unico maxi-accordo senza la possibilità per i Paesi membri dell'OMC di accettare solo alcuni di essi<sup>28</sup>. Proprio a causa di tale approccio diventa molto complesso negoziare all'interno dell'OMC nuove questioni regolamentari – specialmente con riguardo alle barriere non tariffarie. Molte di queste barriere

<sup>26</sup> «(a)Notwithstanding any other provisions of the Agreement, a Member shall not be prevented from taking measures for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier, or to ensure the integrity and stability of the financial system. Where such measures do not conform with the provisions of the Agreement, they shall not be used as a means of avoiding the Member's commitments or obligations under the Agreement». Per il testo ufficiale del GATS cfr. World Trade Organization, *Legal texts: the WTO agreements*, reperibile sul sito internet [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/26-gats.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf).

<sup>27</sup> C. OHLER, *CETA, TTIP, TiSA, and Financial Services*, in S. GRILLER - W. OBWEXER - E. VRANES, *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA. New Orientations for EU External Economic Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 187-201.

<sup>28</sup> Si tratta del meccanismo che prevede che tutti gli accordi relativi ai diversi temi dell'agenda negoziale siano sottoscritti nell'ambito di un unico maxi-accordo senza la possibilità per i Paesi membri dell'OMC di accettare solo alcuni di essi. Lo scopo di questa procedura negoziale è favorire l'emergere di un consenso su un pacchetto complessivo alzando il costo del rifiuto a sottoscrivere un singolo accordo e favorendo il *trade off* fra i vari temi in agenda. Secondo alcuni tuttavia l'approccio del *single undertaking* può generare un'eccessiva lunghezza e complessità dei negoziati da gestire, innescando la pratica dei veti incrociati e sacrificando il raggiungimento di un accordo sui temi dove esso sarebbe invece possibile.

non tariffarie derivano, infatti, da scelte regolamentari diverse a livello nazionale tra i Membri dell'OMC e le iniziative di cooperazione per il superamento di tali barriere – come il riconoscimento reciproco, la coerenza e la cooperazione normativa – sono particolarmente difficili da negoziare nel contesto multilaterale del WTO. Pertanto, le discussioni su tali problematiche si sono spostate a livello di *Mega-Regionals* che, da parte loro, offrono una serie di condizioni favorevoli, tra cui un livello di liberalizzazione maggiore rispetto al sistema dell'OMC e l'introduzione di una serie di regole esplicite sul commercio e sulle materie correlate, come il lavoro e l'ambiente, che possono influenzare l'esegesi dell'accordo nel suo insieme<sup>29</sup>.

#### 4. Il CETA e i servizi finanziari

Il capo 13 del CETA è dedicato alla regolamentazione dei servizi finanziari. Esso consente agli enti finanziari e agli investitori dell'UE e del Canada di beneficiare di condizioni di accesso eque e paritarie ai rispettivi mercati, applicando disposizioni pienamente conformi alle norme prudenziali e regolamentari in vigore nell'Unione europea e in Canada. Inoltre, le imprese di servizi finanziari possono offrire i loro servizi a livello transfrontaliero unicamente in un numero limitato di settori, ad esempio quelli assicurativi e bancari, consentendo così ad UE e Canada di tutelare la sicurezza e l'integrità dei loro rispettivi sistemi finanziari<sup>30</sup>.

La regolamentazione e la stabilità finanziarie sono direttamente influenzate dalla politica commerciale europea e dalla proliferazione di accordi negoziati come il CETA. Questi accordi commerciali di nuova generazione cercano di aumentare gli scambi tra regioni geografiche spesso lontane tra loro, andando *in primis* a liberalizzare i servizi e ad eliminare le barriere non tariffarie<sup>31</sup>. L'inclusione dei servizi finanziari nei negoziati commerciali mira a stimolare la crescita e il commercio e a liberalizzare i movimenti di capitali, indipendentemente dalla loro origine e dalla loro natura. Se, da un lato, l'aumento delle interconnessioni tra le principali istituzioni finanziarie a livello internazionale apporta benefici sul piano

<sup>29</sup> S. GRILLER - W. OBWEXER - E. VRANES, *Mega-Regional Trade Agreements: CETA, TTIP, and TiSA. New Orientations for EU External Economic Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 5.

<sup>30</sup> D. WEBB, *CETA: the EU-Canada Free Trade Agreement*, Briefing paper Number 7492, 12 September 2017.

<sup>31</sup> M. DUPRÉ, *Financial Regulation Challenged by European Trade Policy Financial Services in Trade Agreements Currently under Preparation (TTIP / CETA / JEFTA / Brexit / TiSA)*, A report by Veblen Institute for Economic Reforms and Finance Watch, 2018.

del miglioramento e dell'implementazione degli strumenti finanziari interni alle economie nazionali, dall'altro, aumenta il rischio di facilitare in modo significativo la diffusione delle crisi future, andando a fomentare comportamenti speculativi e rischiosi. Ed è in questo senso che assume un ruolo di primo piano la c.d. regolamentazione prudenziale, la quale deve essere introdotta nei nuovi accordi commerciali in maniera adeguata, trasparente ed armonizzata: attori ideali all'interno del panorama internazionale per porre in essere tale azione di armonizzazione del diritto vigente sono certamente enti sovranazionali tra i quali i già citati IOSCO<sup>32</sup>, IAIS<sup>33</sup> e il Comitato di Basilea, che elaborano *standard* prudenziali a livello internazionale<sup>34</sup>.

#### 4.1 *La liberalizzazione dei servizi nel CETA*

Il GATS ha costituito il primo insieme di norme multilaterali relative agli scambi di servizi. Nel GATS, sono disciplinate quattro modalità di fornitura per i servizi<sup>35</sup>:

*Modalità 1* - fornitura transfrontaliera: i servizi sono forniti da un Paese all'altro senza che il consumatore o il fornitore spostino la loro sede fisica: a varcare il confine è esclusivamente il servizio. È la modalità di fornitura generalmente realizzata tramite strumenti tecnologici, come ad esempio una consulenza telefonica che un cliente riceve da un *call center* all'estero.

*Modalità 2* - fornitura all'estero: il consumatore si sposta nel Paese del fornitore per ricevere il servizio. È il caso tipico dei servizi offerti ai turisti o agli studenti che si recano all'estero per un periodo di studio (consumatori) e seguono le lezioni impartite nella sede dell'Università ospitante (fornitore del servizio).

*Modalità 3* - presenza commerciale: il fornitore del servizio stabilisce la propria presenza commerciale, per esempio tramite filiali o succursali, nel territorio di un altro Membro per fornire servizi a livello locale.

*Modalità 4* - presenza di persone fisiche: una persona fisica residente in un Paese si reca in un altro Paese per fornire servizi, come, ad esempio, un avvocato italiano che si reca in Francia per fornire una consulenza legale.

<sup>32</sup> Vedi *supra*, nota 21.

<sup>33</sup> Vedi *supra*, nota 20.

<sup>34</sup> Financial Stability Board, *The Compendium of Standards*, reperibile sul sito internet <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/about-the-compendium-of-standards/>.

<sup>35</sup> N. MUNIN, *Legal Guide to GATS*, Global Trade Law Series, Kluwer Law International, 2017, pp. 7 ss.

Il CETA copre, a sua volta, tutte e quattro le modalità di fornitura: le modalità 1 e 2 sono trattate nel capo 9 sul commercio transfrontaliero di servizi, la modalità 3 è discussa nel capitolo 8 sugli investimenti, mentre la modalità 4 è trattata nel capitolo 10 dedicato all'ingresso temporaneo e al soggiorno di persone fisiche a fini commerciali.

La liberalizzazione dei servizi nel CETA, come nel GATS, è raggiunta attraverso una serie di obblighi chiave che entrambe le parti si impegnano a rispettare. Gli obblighi fondamentali sono, pertanto, costituiti dalle disposizioni sull'accesso al mercato<sup>36</sup>, il trattamento nazionale<sup>37</sup> e la clausola della nazione più favorita<sup>38</sup>.

Gli approcci alla liberalizzazione dei servizi negli accordi commerciali sono principalmente due. Il primo è il c.d. «elenco positivo» (*positive list approach*), nel quale sono elencati solo i settori dei servizi che una parte desidera liberalizzare, mentre tutti i settori che la Parte non vuole liberalizzare vengono semplicemente esclusi dalla lista. L'alternativa è il c.d. «elenco negativo» (*negative list approach*) in base al quale tutti i settori sono liberalizzati e le parti elencano i settori o i sotto-settori che desiderano limitare o escludere dagli obblighi. Il CETA utilizza il sistema del *negative list approach*, introducendo una novità assoluta nel panorama degli accordi di libero scambio siglati dall'UE e che possiamo ritrovare solo in precedenti accordi canadesi come il NAFTA. Il *negative list approach* viene generalmente considerato uno strumento in grado di fornire un maggior grado di trasparenza e prevedibilità, rispetto all'approccio "positivo", poiché tutti i settori non inclusi nella lista sono liberalizzati di *default*, aumentando la portata della copertura settoriale e fornendo maggiore chiarezza sui settori che contengono restrizioni.

Con riguardo nello specifico ai servizi finanziari, il CETA gli dedica un capitolo *ad hoc*, il tredicesimo. L'art. 13.1 definisce un lungo elenco di servizi finanziari ai fini dell'accordo, che vanno dai servizi assicurativi ai servizi bancari come prestiti e depositi, servizi di trasferimento di denaro, gestione patrimoniale e intermediazione monetaria. Tuttavia, per quanto riguarda il commercio transfrontaliero, l'accesso al mercato e gli obblighi di trattamento nazionale si applicano solo a una parte di questi servizi, come indicato nell'allegato 13-A del CETA: è inclusa solo una ristretta gamma di servizi assicurativi relativi principalmente all'assicurazione di determinate forme di trasporto e merci, di intermediazione assicurativa, riassicurazione e retrocessione e servizi ausiliari all'assicurazione. Per

<sup>36</sup> *Infra*, par. 4.5.

<sup>37</sup> *Infra*, par. 4.3.

<sup>38</sup> *Infra*, par. 4.4.

quanto riguarda il settore bancario i servizi includono solo tre attività: *a.* la fornitura e il trasferimento di informazioni finanziarie, nonché l'elaborazione di dati finanziari e relativi *software*; *b.* i servizi di consulenza e altri servizi finanziari ausiliari in materia bancaria; *c.* i servizi di gestione del portafoglio esclusi i servizi di custodia, fiduciari o di esecuzione.

Pertanto, nel complesso, il CETA limita notevolmente la portata degli scambi transfrontalieri di servizi finanziari. Come tutti gli accordi commerciali di nuova generazione, il CETA contiene, inoltre, un'eccezione prudenziale (art. 13.16)<sup>39</sup> che conferisce a ciascuna parte il diritto di adottare misure "ragionevoli" per motivi prudenziali – per proteggere gli investitori e mantenere la sicurezza e garantire l'integrità e la stabilità del sistema finanziario<sup>40</sup>.

#### 4.2 *Disamina del capo 13: le disposizioni principali sui servizi finanziari*

Il CETA contiene un capitolo specifico sui servizi finanziari al fine di riflettere il ruolo unico e fondamentale di questo settore per l'economia, facilitando le transazioni in tutti i settori economici, nonché mobilitando i risparmi e fornendo credito per gli investimenti a sostegno della crescita economica a lungo termine.

Il capo sui servizi finanziari si applica alle misure adottate o mantenute dal Canada e dall'UE in relazione agli istituti finanziari, agli investitori e ai rispettivi investimenti in istituti finanziari e agli scambi transfrontalieri di servizi finanziari, adattando gli impegni generali del CETA al settore dei servizi finanziari. Va da subito evidenziato che il capitolo contiene un'eccezione prudenziale, che garantisce che il Canada e l'UE possano continuare ad adottare misure ragionevoli per motivi prudenziali senza violare l'Accordo<sup>41</sup>. Inoltre, adatta le disposizioni del CETA sulla risoluzione delle controversie al capo in esame per riflettere la natura unica dei servizi finanziari, ad esempio, richiedendo il coinvolgimento di esperti dei servizi finanziari nella risoluzione delle controversie derivanti dal capitolo e stabilendo un meccanismo di filtro per bloccare i crediti degli investitori non comprovati. Inoltre, le previsioni del capo consentono alle istituzioni finanziarie e agli investitori in UE e Canada di beneficiare di un accesso equo e paritario ai rispettivi mercati, in quanto pienamente conformi agli

<sup>39</sup> *Infra*, par. 4.6.

<sup>40</sup> E. LEBEAU, *Analyse du Chapitre Services Financiers du CETA*, CNE, Service d'études et de formation, 2015; vedi anche P. LEBLOND, *Ceta and Financial Services What to Expect?*, Cigi Papers No. 91, February 2016.

<sup>41</sup> Vedi par. 4.6 *Le misure prudenziali nel CETA*.

*standard* prudenziali e normativi in vigore nei rispettivi Paesi. Infine, è prevista anche la creazione di un comitato per i servizi finanziari per aiutare entrambe le parti a supervisionare e regolamentare il settore, consentendo all'UE e al Canada di proteggere la sicurezza e l'integrità dei rispettivi sistemi finanziari e contemporaneamente di escludere determinate categorie, come pensioni e previdenza sociale, vista la necessità di un trattamento *ad hoc* per le stesse.

Facendo un rapido *excursus* circa il contenuto del capo 13, vediamo che all'art. 13.1 sono introdotte le definizioni essenziali per una sua adeguata comprensione ed applicazione. Si inizia con la definizione di *prestatore di servizi finanziari transfrontalieri di una Parte* come persona di uno dei due contraenti (UE o Canada) che è impegnata nella fornitura di un servizio finanziario nel territorio della Parte in questione e che contemporaneamente fornisce all'altra parte lo stesso servizio finanziario attraverso la c.d. *fornitura transfrontaliera* di tale servizio.

Viene, di conseguenza, definita la fornitura transfrontaliera di servizi finanziari come prestazione *a.* dal territorio di una parte nel territorio dell'altra parte o *b.* nel territorio di una Parte da una persona di quella Parte a una persona dell'altra Parte.

Nel primo caso il fornitore di servizi finanziari di una Parte fornisce un servizio a una persona dell'altra parte, rimanendo nel suo territorio: l'unica cosa che si muove è il servizio. È il tipo di fornitura realizzata generalmente tramite moderni dispositivi elettronici, come, ad esempio, una consulenza di un avvocato francese resa ad un cliente in Canada tramite l'ausilio del telefono. Nel secondo una persona di una Parte nel proprio territorio fornisce un servizio a una persona dell'altra Parte: in questo caso ciò che si muove è la persona dell'altra Parte. È il caso tipico dei servizi offerti ai turisti.

L'articolo specifica poi che tale definizione di prestazione transfrontaliera di servizi finanziari non include la fornitura di un servizio nel territorio di una Parte *ad opera di un investimento in quel territorio*, come un investimento fatto da una controllata di una banca estera con sede in Canada, BNP Paribas ad esempio, nel territorio del Canada, rimettendo così questa tipologia di servizi al capitolo 8 sugli investimenti.

Sempre ai sensi dell'articolo in questione, un *ente finanziario* è considerato un fornitore che svolge una o più delle operazioni definite come servizi finanziari nel presente articolo, se il fornitore è regolamentato o soggetto a supervisione in relazione alla prestazione di tali servizi in qualità di ente finanziario a norma della legislazione della parte nel cui territorio è situato. Questa definizione include anche le succursali nel territorio della Parte di quel fornitore di servizi finanziari le cui sedi centrali si tro-

vano nel territorio dell'altra Parte. *Ente finanziario dell'altra parte* è, invece, un istituto finanziario, comprese le sue succursali, situato nel territorio di una parte e soggetto al controllo di una persona dell'altra parte.

Proseguendo troviamo la definizione di *servizio finanziario*, fondamentale per il capo 13, identificato in un qualunque servizio di carattere finanziario, compresi i servizi assicurativi e connessi, i servizi bancari e altri servizi finanziari (esclusa l'assicurazione), nonché i servizi ausiliari e accessori a un servizio di carattere finanziario, cui segue il lungo elenco di attività ricomprese nella definizione. *Fornitore di servizi finanziari* sarà, di conseguenza, una persona di una Parte impegnata nella fornitura di un servizio finanziario tra quelli elencati, che non includa un ente pubblico, come, per esempio, la Banca di Montreal in Canada.

L'articolo sottolinea che in linea generale gli investimenti devono essere interpretati secondo la definizione di "investimento" di cui all'art. 8.1 dell'Accordo, secondo il quale con investimento si indica ogni tipo di attività che un investitore possiede o controlla, direttamente o indirettamente, che ha le caratteristiche di un investimento, che include una certa durata e altre caratteristiche come l'impegno di capitale o altre risorse, l'aspettativa di guadagno o profitto o l'assunzione di rischio. L'unica differenza in questo capo rispetto a quello sugli investimenti riguarda i "prestiti" e gli "strumenti di debito": un prestito o uno strumento di debito emesso da un ente finanziario è un investimento in tale ente finanziario solo se è trattato come capitale regolamentare dalla Parte nel cui territorio è situato l'ente finanziario; mentre un prestito concesso da un ente finanziario o uno strumento di debito di proprietà di quest'ultimo, diverso da un prestito a un ente finanziario o da uno strumento di debito emesso da un ente finanziario di cui sopra, non rappresenta un investimento. La definizione di investitore, invece, non si discosta in nessun aspetto da quella di cui all'art. 8.1. Infine, con *nuovo servizio finanziario* si intende un servizio o un prodotto finanziario fornito nel territorio di una sola parte, che viene esportato per la prima volta nel territorio dell'altra.

Il capo 13 copre le misure relative agli istituti finanziari, agli investitori e ai rispettivi investimenti in istituti finanziari e agli scambi transfrontalieri di servizi finanziari: l'art. 13.2 rileva che, quando una misura si riferisce a un investitore e ai suoi rispettivi investimenti in un prestatore di servizi finanziari che non è un ente finanziario, la misura rientra nel capo 8 (Investimenti). Analogamente, le misure relative agli investitori e ai loro rispettivi investimenti in enti finanziari – diverse dalle misure relative alla fornitura di servizi finanziari – sono assorbite dal capo sugli Investimenti.

Con riguardo alla fornitura transfrontaliera di servizi finanziari, il Canada e l'UE devono consentire – ai sensi dell'art. 13.7 intitolato «Presta-

zione transfrontaliera di servizi finanziari» – ai fornitori di servizi della controparte di fornire servizi nel proprio territorio. L'allegato 13-A contiene un elenco dettagliato dei servizi finanziari che ciascuna parte autorizza l'altra a fornire su base transfrontaliera, anche «mediante qualunque nuova modalità di erogazione o di vendere prodotti finanziari che non siano in vendita nel territorio della parte, sempreché la parte in questione consenta ai propri prestatori di servizi finanziari di fornire tali servizi o di vendere tali prodotti in situazioni simili a norma della propria legislazione»<sup>42</sup>.

Inoltre, ai sensi dell'art. 13.9, entro tre anni dall'entrata in vigore del CETA, Canada ed UE devono negoziare la disciplina relativa alle prescrizioni per il settore finanziario. In assenza di un accordo entro il termine di tre anni, la disciplina relativa ai requisiti di *performance* del capitolo sugli Investimenti (art. 8.5 - Prescrizioni in materia di prestazioni) verrebbe incorporata nel capitolo Servizi finanziari.

Il capo 13 regola la questione delle riserve relative ai servizi finanziari, specificando all'art. 13.10 che se una parte ha formulato una riserva ai sensi di una delle pertinenti disposizioni dei capitoli 8 (Investimenti) o 9 (Commercio transfrontaliero di servizi), tale riserva costituisce anche una riserva ai sensi del capo sui servizi finanziari, nella misura in cui è coperta dal capitolo sui servizi finanziari. Questa disposizione evita la duplicazione di riserve per misure che potrebbero anche rientrare nell'ambito di applicazione del capitolo sui servizi finanziari. Analogamente, il par. 6 delle note esplicative dell'allegato III del Canada, che stabilisce le riserve del Canada agli obblighi del capitolo sui servizi finanziari, prevede che tali riserve costituiscano anche riserve per il capo 8 sugli Investimenti, nella misura in cui rientrino nell'ambito di applicazione di quel capitolo.

Viene riservato un ruolo preminente alla trasparenza nei rapporti commerciali transfrontalieri tra le parti, prevedendo che le stesse rendano pubblicamente disponibili, in modo tempestivo, tutte le misure di applicazione generale relative a qualsiasi questione disciplinata dal capo, nonché, per quanto possibile, di pubblicare le misure prima dell'adozione, fornire alle parti interessate una ragionevole opportunità di presentare osservazioni e concedere un tempo ragionevole tra la pubblicazione finale e l'entrata in vigore delle misure contemplate dal capitolo. Tutte le richieste di informazioni da parte degli enti finanziari devono ricevere risposta entro un periodo di tempo ragionevole, secondo la complessità della domanda e il normale periodo di tempo stabilito per l'elaborazione di tali domande. Per il Canada, questo periodo è di centoventi giorni: qualora non sia possibile rispettare detta tempistica, i richiedenti devono essere informati del ritardo

<sup>42</sup> CETA, art. 13.7, par. 7.

e le autorità di regolamentazione devono adoperarsi per prendere la decisione il più presto possibile<sup>43</sup>.

Il capo comprende, poi, una serie di impegni specifici di varia natura in materia di trasparenza regolamentare, di trasferimento transfrontaliero e di trattamento di dati ed informazioni da parte degli istituti finanziari.

L'art. 13.12 consente a una parte di imporre a un ente finanziario o a un prestatore di servizi finanziari transfrontalieri dell'altra parte l'adesione, la partecipazione o l'accesso a un organismo di autoregolamentazione affinché tale ente o prestatore possa fornire un servizio finanziario nel territorio di tale parte, purché provveda affinché l'organismo di autoregolamentazione adempia gli obblighi di cui al presente capo.

L'art. 13.13 prevede che ciascuna parte conceda l'accesso ai prestatori di servizi finanziari dell'altra parte stabiliti nel proprio territorio ai sistemi di pagamento e di compensazione gestiti dalla parte o da suoi soggetti esercenti poteri pubblici.

L'art. 13.14 conferisce agli istituti finanziari di una Parte il diritto di fornire nuovi servizi finanziari nel territorio dell'altra Parte, a condizione che la Parte ospitante consenta ai propri istituti finanziari di farlo, in situazioni analoghe. La parte ospitante conserva la capacità di determinare il modo attraverso il quale deve essere fornito il servizio e di richiedere l'autorizzazione per il servizio. Tuttavia, tale autorizzazione può essere negata solo per motivi prudenziali.

L'art. 13.15 stabilisce il diritto degli istituti finanziari e dei fornitori di servizi finanziari transfrontalieri di una Parte di trasferire informazioni all'interno o all'esterno del territorio dell'altra Parte per l'elaborazione dei dati. Qualora si tratti di informazioni personali, il trasferimento deve rispettare le leggi che regolano la protezione delle informazioni personali nel territorio della Parte da cui ha avuto origine il trasferimento.

Un'importante novità rispetto agli accordi commerciali precedentemente siglati dall'UE è l'istituzione di un Comitato per i servizi finanziari, previsto dall'art. 13.18<sup>44</sup> e che, ai sensi dell'art. 26.2, par. 1, lett. *f.*, risulta

<sup>43</sup> Cfr. CETA, art. 13.11.

<sup>44</sup> «1. Il comitato per i servizi finanziari istituito a norma dell'articolo 26.2 (Comitati specializzati), paragrafo 1, lettera f), è composto da rappresentanti delle autorità incaricate della politica dei servizi finanziari in possesso di competenze nei settori disciplinati dal presente capo. Il rappresentante del Canada in seno al comitato è un funzionario del dipartimento delle Finanze del Canada o del suo successore. 2. Il comitato per i servizi finanziari decide di comune accordo. 3. Il comitato per i servizi finanziari si riunisce una volta all'anno, o con la frequenza che ritiene opportuna, e a) sorveglia l'attuazione del presente capo; b) instaura un dialogo sulla regolamentazione del settore dei servizi finanziari al fine di migliorare la reciproca conoscenza dei sistemi normativi delle parti e di cooperare nell'elaborazione di norme internazionali, come indicato nell'intesa sul dialogo relativo alla regolamentazione del settore dei servizi finanziari contenuto nell'allegato 13-C; e c) dà attuazione al-

composto da autorità finanziarie di entrambe le Parti. Per il Canada, il rappresentante del Comitato è un funzionario del Dipartimento delle finanze del Canada o del suo successore. Il comitato, riunito annualmente o come diversamente concordato, supervisionerà l'attuazione del capitolo e svolgerà un dialogo sulla regolamentazione del settore dei servizi finanziari (conformemente all'intesa contenuta nell'allegato 13-C). Ad esempio, il Canada e l'UE hanno concordato di utilizzare il comitato per discutere, tra gli altri argomenti, questioni con impatto transfrontaliero, come gli scambi transfrontalieri di titoli, i rispettivi quadri per obbligazioni garantite e i requisiti di garanzia per le attività di assicurazione e riassicurazione e per le questioni relative all'apertura e all'attività svolta da filiali di enti finanziari dell'altra parte. Il Comitato svolgerà inoltre un ruolo nel determinare se, e in tal caso, in che misura si applichi l'eccezione prudenziale nelle controverse in materia di investimenti che rientrano nel capo.

Il capo 13 del CETA prevede, inoltre, alcuni articoli *ad hoc* su alcune delle disposizioni cardine del diritto internazionale dell'economia: il trattamento nazionale (art. 13.3), il trattamento della nazione più favorita (art. 13.4), l'accesso al mercato (art. 13.6), nonché un'eccezione prudenziale (art. 13.16), che analizzeremo ora singolarmente, stante il valore dei principi in essi statuiti.

#### 4.3 *Il trattamento nazionale*

L'art. 13.3 incorpora nel capo 3 la disciplina del trattamento nazionale prevista all'art. 8.6<sup>45</sup> del capo sugli investimenti e lo adegua al capo sui servizi finanziari, specificando che ciascuna Parte deve trattare gli enti finanziari e gli investitori dell'altra Parte e i loro investimenti in enti finan-

l'articolo 13.21», reperibile sul sito internet [https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index\\_it.htm](https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_it.htm).

<sup>45</sup> Art. 8.6 «1. Ciascuna parte accorda agli investitori dell'altra parte e agli investimenti disciplinati un trattamento non meno favorevole di quello accordato, in situazioni simili, ai propri investitori e ai loro investimenti per quanto concerne lo stabilimento, l'acquisizione, l'espansione, la conduzione, l'esercizio, la gestione, il mantenimento, l'uso, il godimento, la vendita o l'alienazione dei loro investimenti nel proprio territorio. 2. In relazione alle amministrazioni canadesi a livello diverso da quello federale, il trattamento accordato da una parte a norma del paragrafo 1 è inteso come un trattamento non meno favorevole del trattamento più favorevole accordato, in situazioni simili, da tali amministrazioni a investitori canadesi nel loro territorio e ai loro investimenti. 3. In relazione alle amministrazioni di uno Stato membro dell'Unione europea, il trattamento accordato da una parte a norma del paragrafo 1 è inteso come un trattamento non meno favorevole del trattamento più favorevole accordato, in situazioni simili, da tali amministrazioni a investitori dell'UE nel loro territorio e ai loro investimenti», reperibile sul sito internet [https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index\\_it.htm](https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_it.htm)

ziari non meno favorevolmente di quanto tratta i propri enti finanziari e gli investimenti dei propri investitori in enti finanziari, quando si trovano in situazioni analoghe (*like situations*).

Il trattamento nazionale costituisce una disposizione chiave nel diritto internazionale dell'economia, dal momento che statuisce che le parti dell'accordo commerciale in cui la clausola è contenuta garantiscano agli investitori stranieri ed ai loro investimenti un trattamento non meno favorevole rispetto a quello garantito agli investitori ed agli investimenti nazionali.

Possiamo prendere a modello, considerata l'affinità della materia trattata, l'articolo XVII GATS, che nel disciplinare il Trattamento Nazionale ai fini dell'Accordo – ossia lo scambio di servizi – prevede al par. 1 che ciascun Membro tratti i servizi e i fornitori di servizi di un altro Membro non meno favorevolmente dei propri servizi e fornitori di servizi analoghi, specificando al par. 2<sup>46</sup> che il requisito del trattamento nazionale può essere soddisfatto attraverso un trattamento formalmente identico o un trattamento formalmente diverso. È, infatti, generalmente riconosciuto che il trattamento nazionale comprenda la non discriminazione *de jure e de facto*. La discriminazione *de jure* consiste in un trattamento discriminatorio direttamente connesso alla nazionalità, mentre la discriminazione *de facto* si riferisce ad una misura che ha come conseguenza concreta un trattamento discriminatorio sulla base della nazionalità, sebbene la misura in sé risulti neutrale al riguardo<sup>47</sup>.

Il par. 3 dell'articolo XVII GATS, infine, afferma che «un trattamento formalmente identico o formalmente diverso deve essere considerato meno favorevole se modifica le condizioni di concorrenza a favore di servizi o fornitori di servizi del Membro rispetto a servizi simili o fornitori di servizi di qualsiasi altro membro»<sup>48</sup>, andando così a tutelare le condizioni di parità tra servizi e fornitori di servizi nazionali e stranieri.

<sup>46</sup> GATS, Art. XVII, paras. 1-2: «In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers. A Member may meet the requirement of paragraph 1 by according to services and service suppliers of any other Member, either formally identical treatment or formally different treatment to that it accords to its own like services and service suppliers.»

<sup>47</sup> N. DIEBOLD, *Non-Discrimination in International Trade in Services: "Likeness" in WTO/GATS*, Cambridge, University Press Cambridge, 2010, p. 123.

<sup>48</sup> GATS, Art. XVII, para. 3: «Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like services or service suppliers of any other Member.»

Infine, una nota in calce all'articolo XVII GATS afferma che l'obbligo di trattamento nazionale non richiede il risarcimento per «svantaggi competitivi intrinseci derivanti dal carattere estero dei servizi o fornitori di servizi pertinenti». In altre parole, il trattamento nazionale richiede la protezione del rapporto competitivo tra un servizio o un fornitore di servizi nazionale e uno straniero nel mercato interno, ma non richiede a un Membro di fornire le condizioni preliminari per una fornitura economicamente valida di un servizio da un altro Paese. A questo proposito possiamo ricordare che nella controversia *Argentina-Financial Services*<sup>49</sup>, l'Organo d'Appello, nel valutare la sussistenza della violazione del trattamento nazionale, ha ritenuto che «il livello di trattamento non meno favorevole deve basarsi sull'impatto delle condizioni di concorrenza risultante dalla misura controversa»<sup>50</sup>.

Proseguendo nel nostro parallelismo tra l'art. 13.3 del CETA e l'articolo XVII del GATS, per determinare il rispetto della clausola del trattamento nazionale, deve essere condotto un *test* in tre *step*: in prima istanza va definito il concetto di analogia – inteso nel senso di «*like products*» and «*like circumstances*», ed in un secondo momento va qualificato il trattamento «non meno favorevole». Infine, nel caso in cui venga riconosciuta una differenza di trattamento, va verificato se lo Stato ospite ha una motivazione non discriminatoria che giustifichi tale differenza di trattamento tra servizi e fornitori di servizi stranieri e nazionali.

La questione dell'analogia è il pilastro del trattamento nazionale. Identificare l'analogia tra un servizio nazionale e uno estero è la chiave per determinare la violazione o meno della clausola del trattamento nazionale. Tuttavia, non esiste al riguardo un approccio uniforme. In genere, i tribunali prendono in considerazione il fatto che il servizio o fornitore di servizi si trovi in una relazione concorrenziale con il servizio nazionale. Per esempio, nel già citato caso *Argentina – Financial Services*, l'Organo di Appello ha statuito che «il concetto di analogia dei servizi e dei fornitori di servizi di cui agli articoli II e XVII del GATS riguarda la relazione concorrenziale dei servizi e dei fornitori di servizi»<sup>51</sup>. Non sempre, tuttavia è sufficiente che i due soggetti economici operino nello stesso settore: nel

<sup>49</sup> Appellate Body Report, *Argentina - Measures Relating to Trade in Goods and Services* (da qui in avanti *Argentina – Financial Services*), WT/DS453/AB/R, 14 Aprile 2016.

<sup>50</sup> «The standard of "treatment no less favourable" must be based on the impact on the conditions of competition that results from the contested measure.». Report dell'Organo d'Appello, *Argentina – Financial Services*, WT/DS453/AB/R, par. 6.104.

<sup>51</sup> Appellate Body Report, *Argentina – Financial Services*, par. 6.25: «Thus, we consider that the concept of "likeness" of services and service suppliers under Articles II:1 and XVII:1 of the GATS is concerned with the competitive relationship of services and service suppliers.».

caso *Champion Trading Company v. Egypt*<sup>52</sup>, per esempio, il tribunale ritenne che non vi fosse analogia di investimenti, dal momento che, pur operando nello stesso settore, la compagnia nazionale riceveva pagamenti dallo Stato sulla base di criteri oggettivi di rimborso o compensazione di debiti precedenti. Nel caso in questione, infatti, un'azienda straniera produttrice di cotone lamentava di aver subito un trattamento discriminatorio in quanto non era stata inclusa in una serie di pagamenti istituiti dal Governo egiziano come compensazione nei confronti delle aziende che avevano subito delle perdite per aver venduto il loro cotone a centri gestiti dallo Stato piuttosto che nel libero mercato. Dal momento che l'attore non aveva partecipato a questa vendita, non aveva neppure diritto ai rimborsi istituiti dall'Egitto, e di conseguenza non poteva essere considerato in una situazione di analogia con gli stessi.

Dunque, spetta ai prestatori di servizi stranieri che lamentano la violazione del trattamento nazionale dimostrare la sussistenza dell'analogia tra gli stessi e gli enti nazionali "concorrenti", prova di non sempre facile esplicazione dal momento che, perché l'azione giudiziale venga accolta, è necessario che gli enti nazionali "comparatori" a loro volta non subiscano trattamenti meno favorevoli rispetto ad altri enti nazionali.

Il secondo *step* è determinare se un servizio straniero è trattato in maniera meno favorevole rispetto ad uno nazionale. Il trattamento meno favorevole in sé non è difficile da identificare, in quanto si basa sulla disparità di trattamento nei confronti del fornitore di servizi straniero: il problema è determinare se il trattamento meno favorevole è dovuto all'intento di discriminare sulla base della nazionalità. Ciò che va individuato è la sussistenza di una concreta discriminazione, o di un effetto discriminatorio<sup>53</sup>, più che di un intento discriminatorio di difficile prova, soprattutto nel caso di una discriminazione *de facto*. Questo approccio si trova in diversi giudizi dei tribunali ICSID, quali, per esempio, il caso *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*<sup>54</sup> in cui il Tribunale concluse che se la discriminazione fosse stata discutibile non sarebbe dipeso da requisiti soggettivi quali la malafede o l'intento doloso dello Stato<sup>55</sup>, o ancora nel caso *Marvin*

<sup>52</sup> *Champion Trading Company Ameritrade International Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Award, October 27, 2006.

<sup>53</sup> A. REINISCH, *National Treatment*, in M. BUNDERBERG - J. GRIEBEL - S. HOBE - A. REINISCH (eds), *International Investment Law: a Handbook*, Oxford, Bloomsbury Publishing PLC, 2015, p. 861.

<sup>54</sup> *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, September 11, 2007 (da qui in Avanti *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*).

<sup>55</sup> «Whether discrimination is objectionable does not in the opinion of this Tribunal depend on the subjective requirements such as the bad faith or the malicious intent of the State (...)\», *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, par. 368.

*Feldam v. Mexico*<sup>56</sup> nel quale venne statuito che era chiaro che il concetto di trattamento nazionale, così come sancito dal NAFTA e da accordi simili, fosse volto a prevenire la discriminazione sulla base della nazionalità, o "a causa della nazionalità". Tuttavia, non risultava ovvio, come sosteneva il convenuto, che qualsiasi scostamento dal trattamento nazionale dovesse essere esplicitamente dimostrato come conseguenza della nazionalità dell'investitore. Non esiste, infatti, una tale previsione nell'art. 1102 che, piuttosto, suggerisce che è sufficiente mostrare un trattamento meno favorevole per l'investitore straniero rispetto agli investitori nazionali in circostanze analoghe. Più in generale, richiedere ad un investitore straniero di dimostrare che la discriminazione è basata sulla sua nazionalità potrebbe essere un onere insormontabile per l'attore, in quanto tale informazione potrebbe essere disponibile solo per il governo. Sarebbe praticamente impossibile per qualsiasi attore sostenere l'onere di dimostrare che la motivazione di uno stato per la discriminazione è la nazionalità piuttosto che qualche altro motivo<sup>57</sup>.

Infine, una volta identificata l'analogia di circostanze e il trattamento discriminatorio sulla base della nazionalità, bisogna verificare la sussistenza o meno di una valida ragione che giustifica il comportamento dello Stato, facendo venire meno la violazione del trattamento nazionale.

La previsione – generale – del trattamento nazionale ha, dunque, quale obiettivo quello di assicurare che non vengano fatte discriminazioni sulla base della nazionalità e per questo motivo è comune a molti accordi e trattati internazionali, tanto che nel CETA, come mostra il rimando dal capo 13 al capo 8, è stata inserita in diversi capitoli e non presenta significative differenze rispetto alle preesistenti previsioni in materia.

La previsione del capo 13 del CETA sul trattamento nazionale riprende, infatti, la struttura tipica della clausola, con un primo paragrafo che enuncia il principio in sé ed un secondo che aggiunge alcune precisazioni circa la sua applicazione ad enti *sub-governativi*.

<sup>56</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, December 16, 2002 (da qui in avanti *Marvin Feldam v. Mexico*).

<sup>57</sup> «It is clear that the concept of national treatment as embodied in NAFTA and similar agreements is designed to prevent discrimination on the basis of nationality, or "by reason of nationality". However, it is not self-evident, as the Respondent argues, that any departure from national treatment must be explicitly shown to be a result of the investor's nationality. There is no such language in Article 1102. Rather, Article 1102 by its terms suggests that it is sufficient to show less favorable treatment for the foreign investor than for domestic investors in like circumstances. (...)». «More generally, requiring a foreign investor to prove that discrimination is based on his nationality could be an insurmountable burden to the Claimant, as that information may only be available to the government. It would be virtually impossible for any claimant to meet the burden of demonstrating that a government's motivation for discrimination is nationality rather than some other reason. (...)», *Marvin Feldam v. Mexico*, par. 181 e 183.

#### 4.4 *La clausola della nazione più favorita*

L'art. 13.4<sup>58</sup> introduce l'obbligo del trattamento della nazione più favorita, integrando nel suddetto capo la previsione di cui al capo 8, art. 8.7<sup>59</sup> e, analogamente all'obbligo di trattamento nazionale, lo adatta al settore dei servizi finanziari. Insieme allo *standard* del trattamento nazionale, il trattamento della nazione più favorita è uno dei principi fondamentali del diritto internazionale dell'economia. Prendendo a modello la disposizione analoga contenuta nel GATS, vediamo che l'articolo II GATS<sup>60</sup> dispone

<sup>58</sup> «1. L'articolo 8.7 (Trattamento della nazione più favorita) è integrato nel presente capo, ne fa parte e si applica al trattamento degli enti finanziari e degli investitori dell'altra parte e dei loro investimenti in enti finanziari. 2. Il trattamento accordato da una parte agli investitori di un paese terzo e ai loro investimenti a norma dell'articolo 8.7 (Trattamento della nazione più favorita), paragrafi 1 e 2, è inteso come il trattamento accordato agli enti finanziari di un paese terzo e agli investimenti realizzati dagli investitori di un paese terzo in enti finanziari», reperibile sul sito internet [https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index\\_it.htm](https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_it.htm).

<sup>59</sup> «1. Ciascuna parte accorda agli investitori dell'altra parte e agli investimenti disciplinati un trattamento non meno favorevole di quello accordato, in situazioni simili, agli investitori di un paese terzo e ai loro investimenti per quanto riguarda lo stabilimento, l'acquisizione, l'espansione, la conduzione, l'esercizio, la gestione, il mantenimento, l'uso, il godimento, la vendita o l'alienazione dei loro investimenti nel proprio territorio. 2. Si precisa che, in relazione alle amministrazioni canadesi a livello diverso da quello federale o alle amministrazioni degli Stati membri dell'Unione europea a livello nazionale o locale, il trattamento accordato da una parte a norma del paragrafo 1 è inteso come il trattamento accordato, in situazioni simili, da tali amministrazioni agli investitori di un paese terzo nel loro territorio e ai loro investimenti. 3. Il paragrafo 1 non si applica al trattamento accordato da una parte che preveda il riconoscimento, anche mediante un accordo o un'intesa con un paese terzo che riconosca l'accreditamento dei servizi di test e analisi e dei relativi prestatori, l'accreditamento dei servizi di riparazione e manutenzione e dei relativi prestatori, e la certificazione delle qualifiche, dei risultati o del lavoro di detti servizi e prestatori di servizi accreditati. 4. Si precisa che il termine "trattamento" di cui ai paragrafi 1 e 2 non comprende le procedure di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati in materia di investimenti previste da altri trattati internazionali relativi agli investimenti e da altri accordi commerciali. Gli obblighi sostanziali previsti da altri trattati internazionali relativi agli investimenti e da altri accordi commerciali non sono qualificabili di per sé come "trattamento" e non possono pertanto dare luogo a una violazione del presente articolo in mancanza di provvedimenti adottati o mantenuti in vigore da una parte in applicazione di tali obblighi», reperibile sul sito internet [https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index\\_it.htm](https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_it.htm).

<sup>60</sup> GATS - Articolo II. Trattamento della nazione più favorita. «1. Per quanto concerne le misure contemplate dal presente accordo, ciascun membro è tenuto ad accordare ai servizi e ai prestatori di servizi di un qualsiasi altro membro, in via immediata e incondizionata, un trattamento non meno favorevole di quello accordato ad analoghi servizi e prestatori di servizi di qualsiasi altro paese. 2. I membri possono tenere in essere misure incompatibili con il paragrafo 1, purché tali misure siano elencate nell'allegato sulle esenzioni a norma dell'articolo II, e ne soddisfino le condizioni. 3. Le disposizioni del presente accordo non devono interpretarsi nel senso di impedire ai membri di conferire o accordare benefici a paesi limitrofi al fine di facilitare gli scambi, limitatamente a zone contigue di frontiera, di servizi che siano prodotti e consumati localmente». Traduzione non ufficiale italiana disponibile in allegato alla decisione dell'Unione europea che ha approvato gli accordi di Marrakech: v. Decisione n. 94/800/Ce del Consiglio del 22 dicembre 1994 relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994), in *Guce* n. L 336 del 23 dicembre 1994.

che ciascun membro dell'OMC debba trattare i servizi e i fornitori di servizi di un membro non meno favorevolmente di quanto tratti i servizi e i fornitori di servizi di un altro membro. In sostanza, l'articolo II GATS vieta la discriminazione di servizi e fornitori di servizi provenienti da diversi Paesi stranieri se possono essere considerati "analoghi" (i c.d. *like products*). Inoltre, la previsione della nazione più favorita prevede tipicamente che le parti possano decidere di esonerare determinate attività dal detto trattamento, inserendole negli appositi elenchi allegati agli accordi internazionali.

La clausola del CETA sulla nazione più favorita rileva che ciascuna parte deve trattare gli istituti finanziari e gli investitori dell'altra parte e i loro investimenti in istituti finanziari non meno favorevolmente di quanto trattino gli istituti finanziari e gli investimenti degli investitori in istituti finanziari di Paesi terzi, quando si trovano in situazioni simili. La norma prevede che ciascuna parte accordi agli investitori e agli investimenti provenienti dall'altra parte dell'accordo «*un trattamento non meno favorevole di quello accordato in situazioni simili, agli investitori di un paese terzo e ai loro investimenti*» con riguardo a tutti gli aspetti dell'attività, dallo stabilimento all'espansione, dall'esercizio alla vendita dei loro investimenti nel proprio territorio. Al par. 2 si precisa che con riferimento alle amministrazioni di grado inferiore a quello federale per il Canada e alle amministrazioni nazionali o locali dei singoli Paesi dell'UE, la disciplina si intende, comunque, applicata a Paesi terzi. I paragrafi successivi delineano le deroghe rispetto alla regola generale di cui al primo: il terzo esclude dall'applicazione dell'articolo in esame i servizi «di test e analisi e dei relativi prestatori, l'accreditamento dei servizi di riparazione e manutenzione e dei relativi prestatori, e la certificazione delle qualifiche, dei risultati o del lavoro di detti servizi e prestatori di servizi accreditati», accordato ad un Paese terzo anche mediante accordo o intesa. Infine, il par. 4 esclude «le procedure di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati in materia di investimenti previste da altri trattati internazionali relativi agli investimenti e da altri accordi commerciali», in quanto non «qualificabili di per sé come "trattamento"» e in conseguenza non in violazione del presente articolo<sup>61</sup>. Sebbene, dunque, la formulazione della norma appaia simile a previsioni già contenute in trattati precedenti<sup>62</sup>, è evidente l'elemento di

<sup>61</sup> M. M. MBENGUE - S. SCHACHERER, *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, Cham, Springer, 2018.

<sup>62</sup> Vedi, ad esempio, l'art. 1103 del NAFTA (North America Free Trade Agreement), concluso tra Stati Uniti, Canada e Messico nel 1994: «1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments. 2.

originalità introdotto dal CETA tramite le eccezioni esaminate, che costituiscono ad oggi un *unicum* nel panorama della clausola della nazione più favorita<sup>63</sup>.

La clausola del trattamento nazionale negli accordi commerciali internazionali è in una fase di evoluzione verso un ampliamento della tutela non-discriminatoria ed il CETA, per quanto non costituisca uno snaturamento della previsione tradizionale, compie un primo passo in questa direzione.

#### 4.5 L'accesso al mercato

L'art. 13.6<sup>64</sup> disciplina l'accesso al mercato e vieta al Canada e all'UE

Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments», reperibile sul sito internet [http://datd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North\\_American\\_Free\\_Trade\\_Agreement-NAFTA.pdf](http://datd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf).

Va qui evidenziato che il NAFTA del 1994 sta per essere sostituito da un nuovo accordo, il c.d. *Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada* (USMCA), anche noto come NAFTA 2.0. Entrerà in vigore dopo che tutte le parti lo avranno ratificato. Si tratta di un accordo commerciale concluso dopo due anni di negoziati iniziati nel 2017, fortemente voluto dall'amministrazione di Trump, che ha condotto i negoziati sulla base delle tariffe commerciali imposte ai principali *partner* commerciali degli Stati Uniti negli ultimi anni.

La previsione della Nazione più favorita è contenuta all'art. 14.5 dell'USMCA e prevede: «1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than the treatment it accords, in like circumstances, to investors of any other Party or of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory. 2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any other Party or of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments. 3. The treatment accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a government other than at the central level, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, in like circumstances, by that government to investors in its territory, and to investments of those investors, of any other Party or of any non-Party. 4. For greater certainty, whether treatment is accorded in "like circumstances" under this Article depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of legitimate public welfare objectives».

<sup>63</sup> C. CANTORE, *The Prudential Carve-Out for Financial Services: Rationale and Practice in the GATS and Preferential Trade Agreements*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

<sup>64</sup> 1. Le parti si astengono dall'adottare o dal mantenere in vigore, per l'intero territorio o nel territorio delle amministrazioni di livello nazionale, provinciale, territoriale, regionale o locale, misure relative agli enti finanziari dell'altra parte o all'accesso al mercato mediante stabilimento di un ente finanziario ad opera di un investitore dell'altra parte, qualora tali misure: a) impongano limiti: i) al numero di enti finanziari, sotto forma di contingenti numerici, monopoli, concessioni di diritti di esclusiva o imposizione di una verifica della necessità economica; ii) al valore complessivo delle transazioni o delle attività patrimoniali nel settore dei servizi finanziari sotto forma di contingenti numerici o di imposizione di una verifica della necessità economica; iii) al numero complessivo di operazioni di servizi finanziari o all'erogazione totale di servizi finanziari espressi in termini di unità numeriche definite, sotto forma di contingenti o di imposizione di una verifica della necessità economica; iv) alla partecipazione

di imporre alcune limitazioni di accesso al mercato agli istituti finanziari, incluse limitazioni al numero totale di istituti finanziari all'interno di un determinato territorio, al valore totale delle attività di istituti finanziari, al numero totale di operazioni di servizi finanziari intraprese da un'impresa, al livello di investimenti esteri in un istituto finanziario, al numero totale dei dipendenti di un istituto finanziario o dei tipi di imprese e entità giuridiche che un ente finanziario può operare. Il par. 3 dell'art. 13.6 chiarisce che una Parte può ancora imporre termini, condizioni e procedure per l'autorizzazione alla costituzione e all'ampliamento di una società commerciale, purché tali requisiti siano coerenti con le altre disposizioni del capitolo e non eludano l'obbligo di accesso al mercato di cui al par. 1 dell'art. 13.6. Una Parte può anche richiedere a un istituto finanziario di fornire determinati servizi finanziari attraverso un'entità giuridica separata se, ai sensi della legge della Parte, tali servizi finanziari non possono essere forniti attraverso un'unica entità giuridica, ad esempio, richiedendo la separazione delle operazioni bancarie e assicurative.

#### 4.6 *Le misure prudenziali nel CETA*

L'art. 13.5 introduce il riconoscimento delle misure prudenziali adottate da Paesi terzi, che può essere accordato liberamente, raggiunto mediante procedure di armonizzazione o fondato su un accordo col Paese terzo. L'articolo offre, dunque, a ciascuna parte la possibilità di riconoscere una misura prudenziale di un Paese terzo, individuando l'ambito all'interno del quale questo riconoscimento può essere effettuato. Il riconoscimento di una misura prudenziale di un Paese terzo non obbliga una Parte a estendere automaticamente tale riconoscimento sulla base del trattamento della

di capitale estero in termini di limite percentuale massimo alle partecipazioni straniere negli enti finanziari o di valore totale degli investimenti esteri, singoli o complessivi, negli enti finanziari; oppure v) al numero totale di persone fisiche che possono essere impiegate in un determinato settore dei servizi finanziari o che un ente finanziario può impiegare e che sono necessarie per l'erogazione di un determinato servizio finanziario e ad esso direttamente collegate, sotto forma di contingenti numerici o di imposizione di una verifica della necessità economica; oppure b) limitino o impongano forme specifiche di entità giuridica o la costituzione di joint venture attraverso le quali un ente finanziario può svolgere un'attività economica. 2. L'articolo 8.4 (Accesso al mercato), paragrafo 2, è integrato nel presente articolo e ne fa parte. 3. Si precisa che: a) le parti possono imporre le modalità, le condizioni e le procedure di autorizzazione per lo stabilimento e l'espansione di una presenza commerciale purché tali modalità, condizioni e procedure non eludano l'obbligo che incombe alle parti a norma del paragrafo 1 e siano coerenti con le altre disposizioni del presente capo; e b) il presente articolo non osta a che una parte imponga agli enti finanziari di prestare determinati servizi finanziari attraverso entità giuridiche separate qualora, in base alla legislazione della parte, la gamma di servizi finanziari prestati dall'ente finanziario non possa essere erogata da una sola entità.

nazione più favorita all'altra Parte. Tuttavia, una Parte deve offrire all'altra Parte adeguate opportunità di ottenere il riconoscimento esteso al Paese terzo (ad esempio prevedendo una normativa equivalente). Il riconoscimento può essere accordato unilateralmente, ottenuto attraverso l'armonizzazione o sulla base di un accordo tra la Parte e il Paese terzo.

La clausola sulle misure prudenziali è, invece, disciplinata all'art. 13.16<sup>65</sup>, che costituisce una previsione innovativa nel panorama internazionale delle misure prudenziali, dal momento che si discosta da quello che per molti accordi precedenti (ed in realtà anche numerosi successivi allo stesso CETA<sup>66</sup>) aveva costituito il modello di ispirazione – a tratti di emulazione – ossia l'eccezione prudenziale contenuta al par. 2(a) del Protocollo GATS sui servizi finanziari<sup>67</sup>. L'art. 13.16 contiene un'eccezione prudenziale che tutela il diritto delle Parti di adottare ragionevoli misure prudenziali per proteggere gli investitori e mantenere l'integrità e la stabilità del sistema finanziario nel suo insieme, senza violare il CETA. L'arti-

<sup>65</sup> 1. Il presente accordo non osta a che le parti adottino o mantengano in vigore misure ragionevoli per motivi prudenziali, tra i quali: a) la protezione di investitori, titolari di depositi, titolari di polizze assicurative o persone nei confronti delle quali un ente finanziario, un prestatore di servizi finanziari transfrontalieri o un prestatore di servizi finanziari ha un obbligo fiduciario; b) la salvaguardia della sicurezza, della solidità, dell'integrità o della responsabilità finanziaria degli enti finanziari, dei prestatori di servizi finanziari transfrontalieri o dei prestatori di servizi finanziari; oppure c) la salvaguardia dell'integrità e della stabilità del sistema finanziario delle parti. 2. Fermi restando altri mezzi di regolamentazione prudenziale degli scambi transfrontalieri di servizi finanziari, una parte può esigere la registrazione dei prestatori di servizi finanziari transfrontalieri dell'altra parte e degli strumenti finanziari. 3. Fatti salvi gli articoli 13.3 e 13.4, una parte può, per motivi prudenziali, vietare attività o servizi finanziari specifici. Tale divieto non si applica a tutti i servizi finanziari né ad un intero sotto-settore di servizi finanziari, come i servizi bancari.

<sup>66</sup> Vedi ad esempio l'Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore (EUSFTA), in *Gu-Ue* n. L 294 del 14 novembre 2019, p. 3, reperibile sul sito internet [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019A1114\(01\)&from=GA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22019A1114(01)&from=GA), che all'art. 8.50, par. 1 (Misure prudenziali), prevede: «1. Nessuna disposizione del presente accordo può essere interpretata nel senso di impedire a una parte di adottare o mantenere in vigore per motivi prudenziali misure ragionevoli aventi come scopo: a) la tutela degli investitori, dei titolari di depositi, dei titolari di polizze o dei soggetti nei confronti dei quali un prestatore di servizi finanziari ha un obbligo fiduciario; b) la salvaguardia della sicurezza, della solidità, dell'integrità o della responsabilità finanziaria dei prestatori di servizi finanziari; oppure c) la salvaguardia dell'integrità e della stabilità del proprio sistema finanziario».

<sup>67</sup> «a) In deroga a qualsivoglia altra disposizione dell'accordo, ai membri non è impedito di prendere provvedimenti a titolo prudenziale, ivi compresa la tutela di investitori, titolari di depositi, titolari di polizze o soggetti nei confronti dei quali un fornitore di servizi finanziari ha un dovere di fiduciario, nonché per garantire l'integrità e la stabilità del sistema finanziario. Ove tali provvedimenti non siano conformi alle disposizioni dell'accordo, essi non vengono utilizzati come mezzi per eludere gli impegni o gli obblighi che l'accordo pone a carico dei membri. b) Nulla di quanto contenuto nell'accordo è interpretato nel senso di imporre ai membri di divulgare informazioni relative agli affari e alla contabilità di singoli clienti ovvero informazioni confidenziali o di proprietà riservata in possesso di enti pubblici».

Il testo nella traduzione non ufficiale italiana è in *Guce* n. L 336 del 23 dicembre 1994, p. 23-25. Per il testo ufficiale cfr. World Trade Organization, *Legal texts: the WTO agreements*, reperibile sul sito internet [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/final\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/final_e.htm).

colo deve essere letto in combinato disposto con l'allegato 13-B (*Understanding on the application of Articles 13.16.1 and 13.21*), che stabilisce una serie di principi di alto livello che guidano l'applicazione dell'eccezione, anche nelle controversie in materia di investimenti che riguardano le misure prudenziali.

Le parti riconoscono l'importanza delle misure prudenziali per i sistemi finanziari nazionali e globali. La struttura della disposizione appare simile alla previsione contenuta nel NAFTA: il par. 1 ricorda l'art. 1410<sup>68</sup>, del NAFTA, inclusi i requisiti di "ragionevolezza"<sup>69</sup>. Il par. 2 introduce la possibilità per una parte di richiedere la registrazione di strumenti finanziari e fornitori di servizi finanziari dell'altra parte, mentre, il par. 3 regola il divieto di *un particolare servizio o attività finanziaria* per motivi prudenziali.

La disposizione si conclude con un'innovazione fondamentale: la limitazione della gamma di servizi finanziari che può essere soggetta ad essa, al fine di regolare un controllo eccessivo sui nuovi servizi finanziari da parte delle autorità nazionali di regolamentazione.

La disposizione CETA può essere classificata tra quelle disposizioni che *escludono l'applicazione di altre disposizioni* piuttosto che tra le *eccezioni*, dal momento che, quando le parti decidono di violare un obbligo per

<sup>68</sup> NAFTA - Article 1410 Exceptions - «1. Nothing in this Part shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining reasonable measures for prudential reasons, such as: a) the protection of investors, depositors, financial market participants, policyholders, policy claimants, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial institution or cross-border financial service provider; b) the maintenance of the safety, soundness, integrity or financial responsibility of financial institutions or cross-border financial service providers; and c) ensuring the integrity and stability of a Party's financial system», reperibile sul sito internet [http://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North\\_American\\_Free\\_Trade\\_Agreement-NAFTA.pdf](http://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf)

<sup>69</sup> Va qui evidenziato che il nuovo Accordo USMCA, che va a sostituire il NAFTA del 1994 (cfr. nota 59), introduce un'eccezione prudenziale all'art. 17.11 che riprende il modello del GATS, prevedendo che «1. Notwithstanding the other provisions of this Agreement except for Chapter 2 (National Treatment and Market Access for Goods), Chapter 3 (Agriculture), Chapter 4 (Rules of Origin), Chapter 5 (Origin Procedures), Chapter 6 (Textiles and Apparel), Chapter 7 (Customs Administration and Trade Facilitation), Chapter 9 (Sanitary and Phytosanitary Measures), Chapter 10 (Trade Remedies), and Chapter 11 (Technical Barriers to Trade), a Party is not prevented from adopting or maintaining a measure for prudential reasons, including for the protection of investors, depositors, policy holders, or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial institution or cross-border financial service supplier, or to ensure the integrity and stability of the financial system. If the measure does not conform with the provisions of this Agreement to which this exception applies, the measure must not be used as a means of avoiding the Party's commitments or obligations under those provisions», reperibile sul sito internet [http://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North\\_American\\_Free\\_Trade\\_Agreement-NAFTA.pdf](http://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf).

A differenza del NAFTA, la previsione si applica all'intero accordo ad eccezione di alcuni settori (capitoli) come l'agricoltura, il trattamento nazionale e l'accesso al mercato delle merci e le procedure di origine, per citarne alcuni. Per quanto riguarda il contenuto dell'eccezione prudenziale, questa comprende le due serie di misure di cui al par. 2(a) dell'allegato sui servizi finanziari del GATS.

motivi prudenziali, devono semplicemente rispettare il requisito della ragionevolezza.

La procedura di applicazione delle due disposizioni è stabilita nell'allegato 13-B dell'accordo. Il preambolo dell'intesa si apre riconoscendo l'importanza della regolamentazione prudenziale e l'impegno delle parti ad agire in buona fede.

Pertanto, l'eccezione prudenziale del CETA ha sviluppato ulteriormente l'allegato GATS che fornisce al par. 8 dell'allegato 13-B diversi principi di alto livello per l'applicazione dell'eccezione prudenziale: a) *la parte può determinare il proprio livello adeguato di regolamentazione prudenziale;* b) *considerazioni pertinenti (...) possono essere richieste dall'urgenza della situazione e dalle informazioni a disposizione della parte al momento dell'adozione della misura;* e) *(...) la misura è considerata conforme ai requisiti dell'articolo 13.16.1 (...)*<sup>70</sup>. Tali principi forniscono alle parti un certo spazio politico nella regolamentazione della protezione prudenziale, poiché mirano a giustificare le misure nazionali come previsto dall'eccezione prudenziale dell'accordo in un elevato numero di scenari.

Come anticipato, l'eccezione prudenziale del CETA combina elementi della previsione contenuta nel Protocollo GATS sui servizi finanziari al par. 2(a) e dell'art. 1410 del NAFTA<sup>71</sup>: da un lato, riprende la definizione GATS di servizi finanziari GATS – anche se la definizione di fornitore di

<sup>70</sup> Par. 8 dell'Allegato 13-B - Principi di alto livello: «Le parti convengono che l'applicazione dell'articolo 13.16, paragrafo 1, da parte delle parti e dei tribunali dovrebbe essere guidata, tra gli altri, dai seguenti principi: a) una parte può stabilire il proprio livello adeguato di regolamentazione prudenziale. In particolare, una parte può stabilire e applicare misure che assicurino un più elevato livello di protezione prudenziale rispetto a quelle fissate nei comuni impegni prudenziali internazionali; b) le considerazioni pertinenti per determinare se una misura soddisfa i requisiti di cui all'articolo 13.16, paragrafo 1, comprendono il grado della sua necessità alla luce dell'urgenza della situazione e le informazioni a disposizione della parte al momento dell'adozione della misura; c) data la natura altamente specializzata della regolamentazione prudenziale, nell'applicazione di tali principi si aderisce quanto più possibile alla normativa e alle pratiche delle rispettive giurisdizioni delle parti e alle decisioni e alle determinazioni dei fatti, comprese le valutazioni del rischio, delle autorità di regolamentazione finanziaria; d) i) fatto salvo quanto previsto al punto ii), si considera che una misura soddisfa i requisiti di cui all'articolo 13.16, paragrafo 1, se: A) ha un obiettivo prudenziale; e B) non è così severa alla luce del suo scopo da essere palesemente sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito; e ii) una misura, pur soddisfacendo i requisiti del punto i), non soddisfa i requisiti dell'articolo 13.16, paragrafo 1, se è una restrizione dissimulata agli investimenti esteri o una discriminazione arbitraria o ingiustificata tra investitori in situazioni simili; e) sempreché una misura non sia applicata in modo da costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o ingiustificata tra investitori in situazioni simili, o una restrizione dissimulata agli investimenti esteri, si considera che tale misura soddisfa i requisiti di cui all'articolo 13.16, paragrafo 1, se è: i) in linea con gli impegni prudenziali internazionali comuni alle parti; ii) intesa alla risoluzione di un ente finanziario che non è più economicamente sostenibile o probabilmente non lo sarà più; iii) intesa alla ristrutturazione di un ente finanziario o alla gestione di un ente finanziario in difficoltà; o iv) intesa al mantenimento o al ripristino della stabilità finanziaria, in risposta a una crisi finanziaria sistemica».

<sup>71</sup> Vedi nota 68.

servizi finanziari è più ristretta perché è richiesto che la persona sia già impegnata nell'attività – ; dall'altro, pone gli obblighi delle parti nel contesto della protezione degli investimenti, il che significa che anche se gli obblighi delle parti non hanno alcun effetto diretto sui fornitori di servizi, la loro violazione può portare a rivendicazioni che possono essere applicate da un investitore privato nell'ambito di una controversia in materia di investimenti.

Inoltre, il CETA impone un linguaggio anti-abuso che preclude una misura prudenziale che è "manifestamente sproporzionata rispetto al raggiungimento del suo obiettivo" o che "è una restrizione dissimulata agli investimenti esteri o una discriminazione arbitraria o ingiustificabile tra investitori in situazioni simili"<sup>72</sup>.

Possiamo affermare che la versione CETA di questa clausola è più avanzata della clausola *standard*, poiché prevede che alcune misure possano essere adottate non solo per proteggere gli investitori e la stabilità del sistema finanziario nel suo insieme, ma anche la sicurezza e l'integrità di un singolo ente finanziario. Tuttavia, il paragrafo finale potrebbe limitare molte altre iniziative di regolamentazione finanziaria, poiché stabilisce: «Fatti salvi gli articoli 13.3 e 13.4, una parte può, per motivi prudenziali, vietare attività o servizi finanziari specifici. Tale divieto non si applica a tutti i servizi finanziari né ad un intero sotto-settore di servizi finanziari, come i servizi bancari». Inoltre, l'allegato 13-B, al punto 8. *d. i.* specifica che per essere qualificata ai sensi dell'eccezione prudenziale, una misura non deve essere «(...) così severa alla luce del suo scopo da essere palesemente sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito». Questo *test* di proporzionalità si presta a un'ampia interpretazione e contestazioni significative.

#### 4.7 La risoluzione delle controversie tra Stati

Infine, il capo 13 disciplina la risoluzione delle controversie che possono sorgere tra le parti in materia di servizi finanziari. L'art. 13.20<sup>73</sup> rego-

<sup>72</sup> La disposizione riprende il linguaggio anti-abuso già presente nello *chapeau* dell'articolo XX GATT e dell'articolo XIV GATS. Art. XX GATT: «Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade (...)». Art. XIV GATS: «Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where like conditions prevail, or a disguised restriction on trade in services (...)».

<sup>73</sup> «1. Il capo 29 (Risoluzione delle controversie) si applica, nella versione modificata dal presente articolo, alla risoluzione delle controversie che possano insorgere nel quadro del presente capo. 2. Qualora le parti non riescano a raggiungere un accordo sulla composizione del collegio arbitrale istituito ai fini della risoluzione di una controversia insorta nel quadro del presente capo, si applica l'articolo 29.7 (Composizione del collegio arbitrale). Ciononostante,

la la procedura di risoluzione delle controversie tra Stati, adattando le disposizioni generali di cui al capitolo 29 (Risoluzione delle controversie) al contesto dei servizi finanziari. La norma prevede che venga stilato un elenco *ad hoc* di almeno quindici arbitri con «competenze o esperienze nel settore della legislazione o della regolamentazione dei servizi finanziari o nell'esercizio delle stesse, compresa anche la regolamentazione relativa ai prestatori di servizi finanziari» per le controversie derivanti dal capo e tenuti a rispettare il codice di condotta dell'allegato 29-B, che stabilisce le responsabilità e gli obblighi per arbitri e mediatori. L'elenco può essere rivisto dal comitato misto CETA in qualsiasi momento per garantirne la continua funzionalità. Il par. 5 dell'art. 13.20 stabilisce che una parte può sospendere le prestazioni nel settore dei servizi finanziari, a seguito della determinazione da parte del collegio arbitrale che la misura dell'altra parte è incompatibile con l'accordo. Tuttavia, la sospensione delle prestazioni è limitata al settore interessato dalla misura in questione – nel caso specifico limitatamente al caso in cui la misura presa in esame vada ad incidere direttamente sul settore dei servizi finanziari – non consentendo così la ritorsione intersettoriale nel settore dei servizi finanziari.

#### 4.8 *Le controversie in materia di investimenti nei servizi finanziari*

L'art. 13.21 incorpora la sezione F del capo 8 (Risoluzione delle controversie in materia di investimenti tra investitori e Stati) nel capo 13. Se una controversia in materia di investimenti ai sensi del CETA si riferisce

tutti i riferimenti all'elenco degli arbitri istituito a norma dell'articolo 29.8 (Elenco degli arbitri) si intendono fatti all'elenco degli arbitri istituito a norma del presente articolo. 3. Il comitato misto CETA può istituire un elenco di almeno 15 persone scelte per la loro obiettività, affidabilità e capacità di giudizio, disposte ed idonee ad esercitare la funzione di arbitro. Tale elenco si compone di tre sottoelenchi: un sottoelenco per ciascuna parte e un sottoelenco di persone che non siano cittadini nazionali né dell'una né dell'altra parte, cui affidare l'incarico di presidente. Ciascuno dei sottoelenchi comprende almeno cinque persone. Il comitato misto CETA può rivedere l'elenco in qualsiasi momento e ne garantisce la conformità delle disposizioni di cui al presente articolo. 4. Gli arbitri il cui nominativo è inserito nell'elenco devono possedere competenze o esperienze nel settore della legislazione o della regolamentazione dei servizi finanziari o nell'esercizio delle stesse, compresa anche la regolamentazione relativa ai prestatori di servizi finanziari. Gli arbitri che esercitano le funzioni di presidente devono inoltre vantare esperienze in qualità di consulenti, membri di collegi arbitrali o arbitri in procedimenti di risoluzione delle controversie. Gli arbitri sono indipendenti, esercitano le loro funzioni a titolo individuale e non ricevono istruzioni da alcuna organizzazione o governo. Gli arbitri sono tenuti al rispetto del codice di condotta di cui all'allegato 29-B (Codice di condotta). 5. Qualora un collegio arbitrale constati che una misura è incompatibile con il presente accordo e che essa incide: a) sul settore dei servizi finanziari e su qualunque altro settore, la parte attrice può sospendere, nel settore dei servizi finanziari, i benefici aventi un effetto equivalente a quello della misura nel settore dei servizi finanziari della parte; oppure b) unicamente su settori diversi da quello dei servizi finanziari, la parte attrice non può sospendere i benefici nel settore dei servizi finanziari».

al capo sui servizi finanziari o l'eccezione prudenziale è invocata da una parte in propria difesa, entro sessanta giorni dalla presentazione di un reclamo da parte degli investitori ai sensi della sezione F del capo 8 sugli investimenti, sarà istituito un collegio arbitrale sulla base dell'elenco di esperti stilato a norma dell'art. 13.20. Se l'elenco non è stato stabilito ai sensi dell'art. 13.20 al momento della presentazione del reclamo, il Segretario Generale del Centro internazionale per la risoluzione delle controversie in materia di investimenti (ICSID) selezionerà i membri del *panel* tra i candidati proposti da una o entrambe le Parti, in conformità con i requisiti di qualificazione di cui all'art. 13.20<sup>74</sup>.

Qualsiasi controversia nella quale una Parte abbia invocato una difesa prudenziale deve essere esaminata dal Comitato per i servizi finanziari, il cui ruolo è ulteriormente chiarito nell'allegato 13-B<sup>75</sup>. L'intento di questa disposizione è che le autorità finanziarie stabiliscano congiuntamente se una misura sia effettivamente coerente con l'eccezione prudenziale di cui all'art. 13.16 e, in caso di esito positivo, impediscano alla controversia di proseguire.

Dunque, l'art. 13.21 adatta le disposizioni del CETA per la risoluzione delle controversie investitore-Stato al settore dei servizi finanziari, riconoscendo il diritto delle Parti di adottare regolamentazioni prudenziali. Da evidenziare, in particolare, l'istituzione di un meccanismo di filtro in base al quale qualsiasi misura per la quale è stata invocata l'eccezione prudenziale viene esaminata separatamente dalle autorità finanziarie di entrambe le Parti per valutare se si applica l'eccezione prudenziale di cui all'art. 13.16. Se la misura contestata è ritenuta di natura prudenziale da parte di tali autorità finanziarie, tale determinazione sarà vincolante per il tribunale arbitrale e la misura in questione non potrà essere soggetta a reclamo da parte dell'investitore.

## 5. Gli allegati al capo 13 sui servizi finanziari

Il CETA ha previsto 3 allegati per il capo sui servizi finanziari, rispettivamente l'Allegato 13-A relativo agli scambi transfrontalieri di servizi finanziari; l'Allegato 13-B dedicato all'intesa sull'applicazione dell'art. 13.16, par. 1, e dell'art. 13.21 e l'Allegato 13-C dedicato, invece, all'intesa sul dialogo relativo alla regolamentazione del settore dei servizi finanziari.

<sup>74</sup> Vedi *supra* nota 73, par. 4.

<sup>75</sup> Vedi *infra*, par. 5, Gli allegati al capo 13 sui servizi finanziari.

L'allegato 13-A contiene l'elenco dei servizi finanziari rispettivamente di Canada ed Unione europea ai quali si applicano le disposizioni di cui all'art. 13.7 che disciplina la prestazione transfrontaliera di servizi finanziari.

L'allegato 13-B riconosce, *in primis*, l'importanza della regolamentazione prudenziale per il rafforzamento dei sistemi finanziari e la stabilità dei mercati, giustificando così l'adozione di una misura prudenziale all'art. 13.16 dell'accordo, che consente alle parti di adottare o mantenere in vigore misure per motivi prudenziali. Inoltre, l'allegato precisa che le parti hanno incaricato il comitato per i servizi finanziari, istituito a norma dell'art. 26.2, par. 1, lett. *f.*, di stabilire se e, in caso affermativo, fino a che punto la misura prudenziale si applichi nelle controversie in materia di investimenti nei servizi finanziari a norma dell'art. 13.21. L'allegato disciplina il processo di cui all'art. 13.21, disponendo che il comitato per i servizi finanziari, deputato a dirimere le controversie in materia, decida se e, in caso affermativo, fino a che punto, la misura prudenziale possa essere eccepita. Ciascuna parte deve presentare la sua posizione al comitato per i servizi finanziari entro sessanta giorni dal deferimento della controversia al comitato. Se il termine non è rispettato, la sospensione dei termini o dei procedimenti di cui all'art. 13.21, par. 3, non si applica più e l'investitore può procedere con la domanda. Prevede infine che, se il comitato per i servizi finanziari non è in grado di adottare una decisione entro sessanta giorni dalla ricezione delle posizioni delle parti, deferisce la questione al comitato misto CETA. Salvo diversa decisione del comitato misto CETA, se neppure quest'ultimo giunge a un accordo entro tre mesi dal deferimento, ciascuna parte rende disponibile la propria posizione al tribunale chiamato a dirimere la controversia.

In seconda battuta, l'allegato stabilisce, inoltre, una serie di principi di alto livello che guidano l'applicazione dell'eccezione prudenziale, anche nelle controversie in materia di investimenti che riguardano le misure prudenziali: a) *la parte può determinare il proprio livello adeguato di regolamentazione prudenziale*; b) *considerazioni pertinenti (...) possono essere richieste dall'urgenza della situazione e dalle informazioni a disposizione della parte al momento dell'adozione della misura*; e) *(...) la misura è considerata conforme ai requisiti dell'articolo 13.16.1 (...)*<sup>76</sup>. Tali principi

<sup>76</sup> CETA, Allegato 13-B, par. 8 - Principi di alto livello - (a) The Parties agree that the application of Article 13.16.1 by the Parties and by tribunals should be guided by the following principles, which are not exhaustive: (a) Party may determine its own appropriate level of prudential regulation. Specifically, a Party may establish and enforce measures that provide a higher level of prudential protection than those set out in common international prudential commitments; (b) relevant considerations in determining whether a measure meets the requirements of Article 13.16.1 include the extent to which a measure may be required by the urgency of the situation and the information available to the Party at the time when the meas-

forniscono alle parti un certo spazio politico nella regolamentazione della protezione prudenziale, poiché mirano a giustificare le misure nazionali come previsto dall'eccezione prudenziale dell'accordo in un elevato numero di scenari.

L'allegato 13-C, infine, contiene semplicemente il reciproco impegno da parte delle parti a «rafforzare la stabilità finanziaria», posto che la disciplina sulla regolamentazione finanziaria e prudenziale dell'accordo è stata convenuta congiuntamente. Nello specifico «le parti si impegnano a incentrare la discussione sulle questioni con impatto transfrontaliero, ad esempio gli scambi transfrontalieri di titoli (compresa la possibilità di adottare ulteriori impegni in materia di gestione di portafoglio), i rispettivi quadri di riferimento per le obbligazioni garantite e per i requisiti di garanzia relativi alla riassicurazione, e a discutere questioni connesse alla gestione delle succursali».

## 6. Conclusioni

Il CETA ha previsto un capo specifico per i servizi finanziari, dando un segnale chiaro e forte del ruolo che i servizi finanziari hanno all'interno dell'economia globale e della necessità che ne deriva di una loro adeguata regolamentazione a livello internazionale. Attraverso il CETA i mercati finanziari in Canada e nell'UE, oggi, non solo consentono più servizi finanziari transfrontalieri, ma facilitano gli investimenti reciproci.

Se, da una parte, l'apertura reciproca dei mercati finanziari è un passaggio chiave per la liberalizzazione del commercio e degli investimenti internazionali, dall'altra gli Stati incorrono in una serie maggiore di rischi, primo e principale fra tutti quello di nuove e future crisi economiche. I si-

ure was adopted; (c) given the highly specialized nature of prudential regulation, those applying these principles shall defer to the highest degree possible to regulations and practices in the Parties' respective jurisdictions and to the decisions and factual determinations, including risk assessments, made by financial regulatory authorities; (d) (i) except as provided in subparagraph (ii), a measure is deemed to meet the requirements of Article 13.16.1 if it: (A) has a prudential objective; and (B) is not so severe in light of its purpose that it is manifestly disproportionate to the attainment of its objective; and (ii) a measure that otherwise meets the requirements of subparagraph (i) does not meet the requirements of Article 13.16.1 if it is a disguised restriction on foreign investment or an arbitrary or unjustifiable discrimination between investors in like situations; (e) provided that a measure is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between investors in like situations, or a disguised restriction on foreign investment, that measure is deemed to meet the requirements of Article 13.16.1 if it is: (i) in line with international prudential commitments that are common to the Parties; (ii) in pursuance of the resolution of a financial institution that is no longer viable or likely to be no longer viable; (iii) in pursuance of the recovery of a financial institution or the management of a financial institution under stress; or (iv) in pursuance of the preservation or the restoration of financial stability, in response to a system-wide financial crisis.

stemi risultano, infatti, maggiormente interconnessi e di conseguenza maggiormente esposti e vulnerabili rispetto a *shock* esterni.

Il CETA è il primo accordo commerciale nel quale l'UE ha deciso di aprire il suo mercato dei servizi utilizzando il c.d. *negative list approach*: ciò significa che tutti i mercati dei servizi sono liberalizzati ad eccezione di quelli esplicitamente esclusi. Alcuni settori sono stati esclusi fin dall'inizio dall'UE nel mandato negoziale conferito alla Commissione, in particolare i «servizi audiovisivi e altri servizi culturali», i «servizi forniti nell'esercizio dell'autorità governativa»<sup>77</sup>, nonché diversi servizi pubblici, comprendenti sanità, istruzione e altri servizi sociali. In passato l'UE aveva già aperto il settore dei servizi al commercio e agli investimenti internazionali, ma utilizzando il meccanismo noto come «elenco positivo» (*positive list approach*), in base al quale si indicano i settori per i quali è prevista la liberalizzazione del mercato ed escludendo, di conseguenza, tutti quelli non direttamente inclusi nella lista. Nel CETA la scelta di utilizzare il *negative list approach* costituisce una novità assoluta e significativa, in quanto i negoziatori hanno aperto tutti i servizi alla liberalizzazione del mercato, escludendo solo quelli per i quali venga inserita una riserva specifica, che deve essere effettuata servizio per servizio e, in alcuni casi, anche Paese per Paese<sup>78</sup>.

L'Accordo, inoltre, introduce una previsione innovativa nel panorama internazionale delle misure prudenziali, dal momento che si discosta dal modello per eccellenza, l'eccezione prudenziale contenuta al par. 2(a) del Protocollo GATS sui Servizi Finanziari, da una parte introducendo i c.d. principi di alto livello che guidano l'applicazione dell'eccezione prudenziale, dall'altro, introducendo un linguaggio anti-abuso che esclude dall'eccezione prudenziale le misure manifestamente sproporzionate.

Il CETA, in conclusione, presenta una struttura innovativa per la disciplina dei servizi finanziari nel panorama degli accordi internazionali di diritto internazionale dell'economia. Tuttavia, non si può non sottolineare che da un punto di vista tecnico, contenutistico e stilistico il capo sui servizi finanziari risulta scarno ed impreciso, probabile sintomo dell'assenza di esperti di diritto internazionale dell'economia nel corso delle negoziazioni e della redazione dello stesso.

**Ludovica Mulas\***

<sup>77</sup> Council of the European Union, *Recommendation from the Commission to the Council in order to authorize the Commission to open negotiations for an Economic Integration Agreement with Canada*, Brussels, 24 April 2009.

<sup>78</sup> Cfr. *supra*, par. 4.1, La liberalizzazione dei servizi nel CETA.

\* Dottoranda di ricerca in Diritto Internazionale / Scuola di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

## SINTESI

Il *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*, negoziato tra l'Unione europea e il Canada, è oggi uno degli accordi commerciali più innovativi nel panorama internazionale. Tra le sue novità, i redattori hanno scelto di includere un capitolo *ad hoc* – il capitolo 13 – sui servizi finanziari.

L'articolo realizza, dunque, un'analisi del capitolo 13 del CETA, al fine di sottolineare il ruolo del settore dei servizi finanziari e l'importanza di una sua adeguata regolamentazione a livello internazionale, evidenziando, tuttavia, allo stesso tempo, i limiti che questa regolamentazione incontra e la lunga strada ancora da percorrere per raggiungere un simile obiettivo.

## ABSTRACT

*The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), negotiated between the European Union and Canada, is nowadays one of the most innovative trade agreements within the international scenario. Among its innovations, the drafters chose to include a chapter ad hoc – Chapter 13 – on financial services.*

*The article therefore carries out an analysis of CETA Chapter 13, in order to emphasize the role of the financial services sector and the importance of its proper regulation at international level, highlighting, however, at the same time the limitations of this regulation and the long way to go to achieve such an objective.*



# COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

---

## SUL *DEFICIT* DEMOCRATICO DELL'UNIONE EUROPEA

**Sommario:** 1. *Condizioni perché un sistema decisionale possa essere qualificato "democratico"* - 2. *L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona* - 2.1 *Il quadro istituzionale* - 2.2 *Il Consiglio europeo* - 2.3 *Il Consiglio* - 2.4 *La Commissione e il suo ruolo nel processo legislativo* - 2.5 *Il Parlamento europeo* - 2.6 *I rapporti fra il Parlamento e la Commissione* - 3. *Europa intergovernativa versus Europa sopranazionale* - 4. *Proposte di soluzione ad assetto invariato* - 5. *Stato federale versus unione federale di Stati* - 6. *Sdoppiamento e problematiche connesse* - 7. *Verso un'Europa delle convergenze parallele?* - 8. *Osservazioni conclusive.*

### 1. **Condizioni perché un sistema decisionale possa essere qualificato "democratico"**

L'accertamento del grado di democraticità di un sistema istituzionale implica l'analisi di molteplici aspetti: il meccanismo procedurale con il quale vengono assunte le decisioni, il sistema di pesi e contrappesi adottati per evitare abusi di potere, la cornice più o meno liberale in cui si svolge la contesa politica, etc. Quando però si fa riferimento all'Unione europea e si parla di *deficit* democratico, si adotta una prospettiva più limitata, poiché si fa riferimento ad una fondamentale carenza delle istituzioni europee, i cui processi decisionali, anche a causa della complessità del loro funzionamento, risulterebbero inaccessibili al cittadino e soffrirebbero quindi di una mancanza di legittimità democratica. In questa prospettiva si inserisce questo scritto, che intende esaminare i meccanismi decisionali dell'Unione europea con riferimento a quelle condizioni che, nel linguaggio comune, sono considerate indice di una situazione democratica, e la cui mancanza denoterebbe appunto il *deficit* al quale si è accennato.

Queste condizioni si possono così sintetizzare:

- deve esserci una qualche forma di partecipazione popolare alla determinazione della politica della comunità. Questa partecipazione avviene di regola secondo il criterio della rappresentanza e si esplica mediante periodiche elezioni, che portano alla costituzione di un Parlamento, costituito da una o da più assemblee, che danno a loro volta vita ad un governo;

- la formulazione delle leggi è frutto di un'interazione fra governo e Parlamento, mentre la loro esecuzione compete all'apparato amministrativo dello Stato. La magistratura (costituzionale, ordinaria e amministrativa) può/deve intervenire a tutela dei diritti individuali o collettivi eventualmente violati;

- esiste un rapporto necessario fra il Parlamento, rappresentante del popolo, e il governo, nel senso che il secondo trova nella fiducia del primo la sua fonte di legittimità, sotto pena di decadenza se questa fiducia viene a mancare;

- la lotta politica si deve svolgere in un quadro di libertà di espressione e di critica. A supporto e a garanzia di questa libertà sono costituzionalmente fissati alcuni diritti: libertà di associazione, di parola, di stampa, etc., a disposizione delle forze politiche per l'esplicitazione e diffusione dei loro obiettivi.

Se si confrontano le sopra ricordate caratteristiche di un sistema democratico con l'assetto istituzionale dell'Unione europea, e si considerano in particolare i meccanismi decisionali, si può constatare che i requisiti sopra ricordati sono rispettati soltanto in misura limitata, e comportano quel *deficit* democratico al quale si imputano spesso gli insuccessi e le difficoltà che incontra il processo di integrazione europea. Ingiustamente, a mio parere, perché il *deficit* democratico non è la causa, ma la conseguenza dell'inadeguatezza dell'apparato istituzionale realizzato per perseguire l'obiettivo dell'integrazione. Comunque, è al superamento di questo *deficit* che sono spesso preordinate le iniziative volte a superare le difficoltà che incontra il processo di unificazione europea.

Il presente scritto intende offrire un contributo al dibattito in corso, partendo dall'esame dell'assetto istituzionale dell'Unione europea, quale si è determinato nella sua ormai lunga storia (il Trattato di Roma fu firmato nel 1957!), e quale si è consolidato nel Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007.

## **2. L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona**

### *2.1 Il quadro istituzionale*

Il quadro istituzionale dell'Unione europea è sinteticamente descritto negli articoli da 13 a 19 del Trattato sull'Unione europea (in appresso TUE)

che, insieme al Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), raccoglie le disposizioni fondamentali che regolano il funzionamento dell'Unione e ne rappresenta, in un certo senso, la costituzione. Le istituzioni menzionate sono, nell'ordine: il Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Consiglio dei ministri, la Commissione, la Corte di giustizia e la Corte dei conti. I due Consigli, la Commissione e il Parlamento sono le istituzioni comunitarie che meritano la maggiore attenzione e sono le più significative per una valutazione del grado di democraticità dell'Unione europea. Non tutte le istituzioni menzionate hanno lo stesso peso ai fini di un'indagine sul grado di democraticità dell'Unione. Può essere infatti diverso il ruolo che esse svolgono per determinare gli obiettivi da perseguire e per sviluppare operativamente le decisioni prese. Ne può risultare quindi un diverso grado di partecipazione al processo di produzione normativa.

## 2.2 Il Consiglio europeo

Almeno in termini di principio, l'organismo che ha il massimo rilievo, per la promozione e lo sviluppo dell'ordinamento comunitario, è il *Consiglio europeo*, composto dai Capi di Stato o di governo degli Stati membri (quindi ventisette membri, senza la Gran Bretagna). Alle sue riunioni partecipano il Presidente della Commissione e l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza. Il Consiglio ha il compito di definire gli orientamenti e le politiche generali dell'Unione e di darle gli impulsi necessari per il suo sviluppo. Esso peraltro *non esercita funzioni legislative* (art. 15.1 Trattato UE). Questa limitazione trova però una compensazione nel compito di dare gli impulsi per *lo sviluppo dell'Unione*. Il Consiglio elegge il suo Presidente a maggioranza qualificata per un mandato di due anni e mezzo. In linea generale esso delibera *per consenso*, cioè all'unanimità. Il principio dell'unanimità è generalmente considerato un difetto del sistema, perché le regole democratiche imporrebbero l'assunzione delle decisioni a maggioranza. D'altra parte, non si può sottovalutare la riluttanza degli Stati minori ad accettare le decisioni proposte da quelli di maggiore dimensione ed importanza, e questa circostanza depone a favore della regola controversa.

Un limite al ricorso al principio di unanimità può essere costituito dall'utilizzazione delle c.d. *clausole passerella* (art. 48.7 TFUE), in forza delle quali il Consiglio europeo – all'unanimità e previa approvazione del Parlamento europeo – può decidere di estendere la procedura legislativa ordinaria a casi nei quali sarebbe prescritta la decisione all'unanimità. Nella procedura legislativa ordinaria aumentano le possibilità di trovare un

accordo poiché i singoli Paesi non dispongono del diritto di veto. I rigorosi limiti che sono posti al ricorso alle clausole *passerella* hanno fatto sì che queste clausole non abbiano di fatto avuto una significativa applicazione.

Resta il fatto che il principio dell'unanimità è un chiaro indice della volontà degli Stati di mantenere il controllo del processo integrativo e costituisce un ostacolo allo sviluppo di un efficace processo decisionale, quale sarebbe richiesto da un assetto federale dell'Unione europea. Nella situazione attuale, il superamento del problema può essere soltanto il risultato di una paziente opera, volta a realizzare una convergenza di interessi, accompagnata dalla pressione dei governi più influenti, se e in quanto capaci di esercitare la propria egemonia sugli Stati che resistono alle posizioni unitarie.

### 2.3 Il Consiglio

Il Consiglio europeo non va confuso con il Consiglio dei ministri, composto di un rappresentante di ciascun Stato membro a livello ministeriale, che delibera a maggioranza qualificata (ma possono esservi delle eccezioni). È al Consiglio dei ministri che spettano, insieme al Parlamento, le funzioni legislative e di bilancio. Esso delibera di regola a maggioranza qualificata<sup>1</sup>, e questa condizione costituisce un'ulteriore conferma del desiderio degli Stati di mantenere il controllo del processo di integrazione.

Il collegamento con le amministrazioni nazionali è assicurato dal Comitato dei rappresentanti permanenti o COREPER (art. 240 del TFUE). Tale comitato è composto da rappresentanti dei Paesi dell'UE aventi il rango di ambasciatori degli Stati membri presso l'Unione europea ed è presieduto dal paese dell'UE che esercita la presidenza del Consiglio. Il COREPER svolge funzioni di dialogo e controllo politico: dialogo tra i rappresentanti permanenti fra di loro e con la rispettiva capitale; controllo politico, nel senso di coordinare i lavori degli esperti nazionali chiamati a collaborare alle decisioni, nell'obiettivo di arrivare a proporre al Consiglio e alla Commissione provvedimenti sui quali si è già raggiunto un accordo a livello intergovernativo.

L'importanza del Consiglio, nelle sue due versioni, è ulteriormente confermata dal fatto che, con l'Atto unico europeo – e successivamente con il Trattato di Maastricht – fu introdotta una modifica relativamente ai tre pilastri dell'Unione europea: mentre fu confermata la competenza e la

<sup>1</sup> Per maggioranza qualificata si intende almeno il 55% dei membri del Consiglio, con un minimo di quindici, che rappresentino almeno il 65% della popolazione dell'Unione (art. 16.4. Trattato UE).

responsabilità delle istituzioni comunitarie per la realizzazione del primo pilastro (lo sviluppo del mercato comune), furono riservate agli Stati membri le iniziative e le azioni volte a realizzare gli altri due pilastri: la cooperazione giudiziaria e la politica di sicurezza comune.

#### 2.4 *La Commissione e il suo ruolo nel processo legislativo*

Venendo ora alla Commissione e al suo ruolo nel procedimento legislativo, va notato che ad essa – in contrasto con la diffusa opinione che tende a identificarla come il governo dell’Unione – non sono attribuite competenze legislative. In questo senso è chiarissimo l’art. 16 del Trattato UE che riserva al Consiglio, congiuntamente al Parlamento europeo, la funzione legislativa. Per la verità, una conclusione troppo drastica, tesa cioè a negare qualsiasi ruolo alla Commissione nel processo di produzione delle normative, contrasterebbe con altre disposizioni dei Trattati, con la conseguenza di rendere incoerente il processo decisionale prefigurato. In effetti, l’art. 17 del TUE dispone che – come principio di applicazione generale – un atto legislativo dell’Unione può essere adottato *solo su proposta* della Commissione, e la procedura legislativa ordinaria – prevista per la generalità degli atti legislativi dell’Unione – deve partire proprio da una proposta della Commissione al Parlamento e al Consiglio (art. 294 TFUE). Si aggiunga che l’art. 225 del TFUE dispone che il Parlamento europeo, deliberando a maggioranza semplice, può chiedere alla Commissione di presentare adeguate proposte «sulle questioni per le quali reputa necessaria l’elaborazione di un atto dell’Unione ai fini dell’attuazione dei trattati».

Non si può quindi parlare di assoluta estraneità della Commissione dalle funzioni legislative, e il contrasto fra gli articoli citati può essere spiegato col fatto che alla Commissione è riconosciuto un potere di proposta, ma non può essere attribuita la corresponsabilità della normativa che concluderà il procedimento. Conseguentemente, non può essere negato un ruolo della Commissione nell’elaborazione e formulazione degli atti normativi, e, quindi, nella determinazione degli indirizzi strategici della Comunità<sup>2</sup>. Ma, al tempo stesso, non si può adottare un’interpretazione della realtà che porti a vedere quello che non c’è, attribuendo alla Commissione un ruolo di governo e una responsabilità politica generale che esistono solo in misura limitata. Inoltre, come sopra ricordato, i poteri della Commissione non sono identici con riguardo ai tre pilastri sui quali si fonda

<sup>2</sup> È in effetti ricorrente l’affermazione che alla Commissione è attribuito il monopolio dell’iniziativa legislativa. V. ad esempio S. FABBRINI, *Sdoppiamento - Una prospettiva nuova per l’Europa*, Bari, Laterza, 2017, p. 37 s., dove si afferma che alla codecisione del Consiglio e del Parlamento è affidata l’approvazione delle leggi europee, mentre la Commissione mantiene il potere di iniziativa del processo legislativo.

l'Unione europea: rafforzamento e sviluppo del mercato comune; politica estera e di sicurezza comune e politica giudiziaria. Mentre i Trattati confermano il ruolo di proposta e stimolo della Commissione per la corretta applicazione del diritto dell'Unione e per il coordinamento dei programmi comunitari (art. 17 Trattato UE), gli altri due pilastri sono affidati alla cooperazione intergovernativa e rimangono saldamente nelle mani del Consiglio. A quest'ultimo spetta la nomina dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza.

Da questi pochi cenni appare che – nel sistema istituzionale dell'Unione europea – la Commissione ha un ruolo ambiguo, che giustifica in parte la tendenza a configurarla come il governo dell'Europa. Operano in questa direzione la sua pur limitata partecipazione al processo legislativo (v. *infra*, par. 2.5) e il ruolo di vigilanza sull'applicazione dei Trattati e del diritto dell'Unione attribuitole dall'art. 17 del Trattato UE. Ma al tempo stesso si evidenzia una tendenza ad affidare alla Commissione un ruolo eminentemente tecnico e gestionale. È in effetti su questo piano che essa deve svolgere funzioni di particolare rilievo, avendo la responsabilità di vigilare e intervenire sull'applicazione del diritto dell'Unione e dei Trattati, di esercitare funzioni di coordinamento e di cooperare alla rappresentanza esterna della stessa Unione. Gli indirizzi strategici, invece, restano radicati nel Consiglio. Si ha così una Europa affidata a meccanismi di collaborazione intergovernativa, che deve coesistere con un'altra Europa (quella incarnata dal mercato comune) maggiormente affidata a istituzioni sopranazionali, e che quindi presenta maggiori tracce di federalismo.

Nel tentativo di dare alla Commissione un ruolo di maggiore rilevanza, è stato proposto di scegliere il suo presidente tenendo conto dei risultati delle elezioni al Parlamento europeo, facendo cioè ricorso alla figura degli *Spitzenkandidaten* (Candidati guida). Con questo termine si sarebbero dovuti individuare quei *leader* delle diverse forze politiche che, alle elezioni del Parlamento europeo, avessero avuto il maggior seguito in termini di voti. Di conseguenza, la scelta del Presidente della Commissione da parte dei governi sarebbe dovuta avvenire nell'ambito degli *Spitzenkandidaten*. Tuttavia, la scelta del Presidente della Commissione, effettuata nel luglio 2019, ha segnato il definitivo superamento della proposta, che peraltro non aveva riscosso convinti consensi. È ovviamente sostenibile che la nomina a Presidente di una personalità molto autorevole si rifletterebbe su una maggiore efficacia e risonanza delle eventuali iniziative della Commissione. Ma – a prescindere dalla considerazione che la scelta del Presidente della Commissione nell'ambito degli *Spitzenkandidaten* non costituisce un obbligo preciso del Consiglio, ma una semplice opportunità – la rilevanza personale del presidente della Commissione non può fare assu-

mere alla stessa un ruolo di direzione politica e strategica che resta saldamente nelle mani del Consiglio. Del resto, anche la nomina dei singoli commissari prende le mosse dalle proposte presentate dagli Stati membri e viene formalizzata dal Consiglio europeo con decisione assunta a maggioranza qualificata. I membri della Commissione devono pertanto la loro nomina ai governi nazionali ed è ovvio che mantengano un legame abbastanza stretto con chi li ha nominati, con possibili riflessi sull'indipendenza e l'impegno europeo cui sarebbero istituzionalmente tenuti. La Commissione rimane pertanto su un gradino inferiore a quello occupato dai governi nazionali e può difficilmente fungere da centro propulsore di politiche innovative e qualificate in termini sopranazionali. Di conseguenza, essa potrà difficilmente costituire la base per un impulso significativo al processo di democratizzazione della UE.

### 2.5 Il Parlamento europeo

Di tutte le istituzioni comunitarie il Parlamento europeo è quello su cui maggiormente si concentrano le critiche e le speranze. Le critiche, perché esso incarna, sia pure con difficoltà, il ruolo di rappresentante del popolo europeo e, in quanto tale, lamenta la mancanza di un potere significativo nel campo della produzione legislativa comunitaria e del controllo dell'operato dei vari organi comunitari. Le speranze, perché, sempre per la sua qualità di rappresentante del popolo europeo, è comprensibile che le aspirazioni ad un rilancio dell'integrazione europea si manifestino in termini di potenziamento del ruolo della rappresentanza popolare, e quindi del Parlamento stesso.

La realtà pone però precisi ostacoli alla configurazione di un ruolo più incisivo del Parlamento. In primo luogo, esso non appare pienamente coinvolto nel processo di produzione normativa. Questa conclusione trova conferma nella *procedura legislativa* ordinaria prevista per la generalità degli atti legislativi comunitari, che, a sensi dell'art. 294 del TFUE, è articolata nei seguenti passaggi:

- proposta della Commissione al Parlamento e al Consiglio;
- in caso di accordo del Consiglio sulla proposta, approvazione del provvedimento;
- in caso di disaccordo il Consiglio definisce la sua posizione in prima lettura e la trasmette al Parlamento europeo e alla Commissione, la quale esprime il proprio parere.

Il Parlamento ha sei mesi di tempo per pronunciarsi e, in caso di sua approvazione, l'atto viene adottato. Se non viene approvato entro questo termine, l'atto si considera non adottato, ma viene costituito un comitato

di conciliazione, che ha il compito di giungere alla formulazione di un progetto condiviso. Se non viene raggiunto un accordo l'atto non viene approvato. È evidente anche in questo caso uno sbilanciamento dei poteri a favore del Consiglio, cioè degli Stati.

A livello europeo esiste quindi un *deficit* democratico che si riassume nella mancata o insufficiente partecipazione di un organo elettivo al processo di adozione degli atti comunitari. La conseguenza negativa di questa situazione attiene al fatto che i problemi strategici dell'Europa (ambiente, politica fiscale, difesa, etc.) non trovano, prima nell'ambito del Consiglio, e poi in quello del Parlamento, una sede adeguata di confronto e approfondimento. Gli opposti interessi dei governi e il principio dell'unanimità ostacolano l'elaborazione e l'approfondimento di programmi condivisi, per la cui definizione il Parlamento non svolge un ruolo significativo. In queste condizioni, è difficile ipotizzare una riforma che abbia l'effetto di fare del Parlamento europeo la cassa di risonanza, divulgazione e approfondimento delle grandi scelte che l'Europa deve affrontare, col risultato di affievolire il coinvolgimento dei cittadini europei nelle relative decisioni. L'elezione diretta del Parlamento europeo non consente il superamento di queste difficoltà, anche perché i deputati europei vengono eletti all'interno di circoscrizioni nazionali e le campagne europee sono spesso costruite attorno a problematiche nazionali, mentre a quelle europee l'elettorato nazionale è in larga misura estraneo. Il *deficit* democratico è quindi intrinseco all'assetto istituzionale dell'Unione europea, e trova il suo corollario nel ruolo sfocato del Parlamento europeo. Attribuire a quest'ultimo maggiori poteri legislativi – come spesso si auspica – senza porre parallelamente il problema delle decisioni da prendere a livello di Unione, costituirebbe un caso di semplice cosmesi istituzionale.

Va ancora osservato che un *deficit* democratico del processo decisionale si manifesta anche a livello nazionale. In effetti, il principio, generalmente accettato, della diretta efficacia degli atti comunitari nel diritto interno può comportare la loro introduzione nell'ordinamento giuridico nazionale senza una preliminare approvazione dei rappresentanti delle popolazioni<sup>3</sup>.

## 2.6 I rapporti fra il Parlamento e la Commissione

Come si è visto, fra le caratteristiche di una struttura *democratica* va annoverata l'esistenza di un rapporto fra il Parlamento e il governo, nel

<sup>3</sup> Per un esame degli inconvenienti dell'attuale sistema v. F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in questa *Rivista*, 2004, pp. 221-236.

senso che questo deve ottenere la fiducia del primo e deve cadere se questa fiducia viene a mancare. È già stata segnalata (*supra*, par. 2.4) l'improprietà di assimilare la Commissione europea ad un governo, ma ciò nonostante ci si può domandare se, nel sistema istituzionale dell'Unione europea, si può individuare la traccia di un rapporto fra Parlamento e Commissione che vincoli la sorte della seconda al gradimento del primo. Una debole traccia di questo vincolo si può trovare negli artt. 18 TUE e 234 TFUE. È infatti prevista la possibilità che il Parlamento europeo presenti una mozione di censura sull'operato della Commissione. Solo se questa mozione viene approvata con la maggioranza di due terzi, i membri della Commissione devono dimettersi e devono essere sostituiti con le modalità previste in linea generale (proposta del Consiglio al Parlamento europeo e successiva elezione a maggioranza dei membri del Parlamento). In caso contrario, la situazione permane immutata, il rapporto fra Commissione e Parlamento è quindi piuttosto debole e non ha altro che un pallido riscontro con un regime parlamentare in senso proprio, in cui il governo trova nella fiducia del Parlamento la sua legittimazione. Privo di un ruolo significativo nell'elaborazione legislativa e nella definizione delle strategie dell'Unione, il Parlamento non costituisce neppure la fonte di legittimità dei componenti della Commissione, che devono invece la loro nomina ai governi nazionali, e non può costituire la sede privilegiata del confronto sulle grandi scelte di politica interna ed estera che l'Unione deve affrontare.

### **3. Europa intergovernativa *versus* Europa sopranazionale**

La sommaria analisi svolta in precedenza mostra che esiste effettivamente un *deficit* democratico nella UE, che però non è la causa delle disfunzioni che si lamentano, ma la conseguenza di un apparato decisionale che ostacola la rapida assunzione di decisioni e impedisce un confronto virtuoso fra le esigenze che emergono e la capacità di tradurle in provvedimenti efficaci e condivisi. In queste condizioni, è destinata all'insuccesso l'idea di risolvere il problema aumentando i poteri di controllo di Commissione e Parlamento, senza aggredire parallelamente le cause profonde dell'insufficienza istituzionale dell'Unione europea. La fine dell'idea degli *Spitzenkandidaten* ha mostrato l'inconsistenza di soluzioni indifferenti all'assetto reale del potere e agli effettivi interessi in gioco. È quindi comprensibile, anzi auspicabile, che – da parte di coloro che continuano a vedere nell'integrazione europea un obiettivo primario – siano formulate varie proposte di riforma e di rilancio. Ma queste proposte, per non risultare

velleitarie, devono partire da un'analisi realistica della situazione e non devono perseguire finalità prive di una qualche probabilità di successo.

Le constatazioni di base dalle quali occorre partire sono due. La prima riguarda il fatto che l'Europa a ventisette non è costituita da unità statali omogenee e rivolte verso gli stessi obiettivi. Al nucleo storico dei Paesi fondatori – fra i quali l'Italia – si sono aggregati altri Paesi, la cui adesione all'Europa nasceva da interessi economici o da preoccupazioni per la propria sicurezza, restando l'unione federale un obiettivo lontano o addirittura escluso. Il caso inglese è significativo di questo contrasto di visioni. La seconda riguarda proprio l'assetto istituzionale, perché gli obiettivi divergenti, e la preoccupazione dei governi nazionali di non perdere quote di sovranità, hanno congiuntamente operato nel senso di allontanare sempre di più le istituzioni europee dal modello federale ipotizzato agli inizi del processo di integrazione, dando nei fatti al Consiglio europeo un ruolo preponderante rispetto a quello della Commissione e del Parlamento. Siamo così arrivati alla coesistenza di due diversi sistemi di coordinamento: *sopranazionale*, per la regolazione delle materie collegate al mercato unico, e *intergovernativo*, per le materie che rivestono un interesse strategico di cui gli Stati intendono mantenere il controllo. L'Unione attuale non presenta le caratteristiche federali perseguite all'inizio del processo di unificazione, ma quelle di una confederazione, in cui le decisioni di maggiore importanza vengono prese a livello dei singoli governi, nella prospettiva di arrivare a soluzioni accettabili da tutti i protagonisti. L'obiettivo è di realizzare il coordinamento delle politiche dei vari governi, senza però arrivare alla loro integrazione a livello sopranazionale<sup>4</sup>. Il processo di integrazione europea si trova di fronte a una contraddizione. Da un lato i problemi da affrontare richiedono tutti soluzioni europee, dall'altro la struttura istituzionale che è stata costruita negli anni, contrasta ogni reale cessione di sovranità e non riesce ad andare al di là delle semplici raccomandazioni per la realizzazione di un maggiore coordinamento.

Questa situazione presenta due elementi negativi di grande importanza.

Il primo attiene alla vischiosità di un processo decisionale obbligato a procedere per consenso, e alla conseguente ricerca di compromessi fra Stati portatori di interessi ed esigenze spesso nettamente contrastanti. È stato osservato che la lunghezza del processo decisionale presenta una contropartita positiva, in quanto consente di pervenire a decisioni più razionali e non influenzate dall'obiettivo – insito nei sistemi politici tradizionali – di contrapporsi a chi esercita il potere, tenendo soprattutto conto

<sup>4</sup> Così S. FABBRINI, *Sdoppiamento*, cit. supra, nota 2, p. 51.

degli interessi elettorali<sup>5</sup>. Ma si può obiettare che questo sistema potrebbe funzionare abbastanza bene, o forse benissimo, per provvedimenti esecutivi, ma meno bene – o non funzionare affatto – quando siano in gioco decisioni strategiche da prendere in tempi stretti.

Un secondo grave aspetto negativo attiene al fatto che l'inconcludenza e i ritardi nella definizione di interventi a livello europeo hanno alimentato una situazione di sfiducia e di indifferenza rispetto alle dinamiche decisionali che si svolgono a tale livello. L'insufficiente informazione sulle varie tesi in contrasto, e la mancanza di adeguati confronti fra le possibili soluzioni, provocano un diffuso scetticismo e disinteresse verso le possibili soluzioni europee. Infine, la logica intergovernativa spinge verso la ricerca di soluzioni accentrate, con conseguenti reazioni di rigetto fra i cittadini europei che ne sono destinatari, incrementando le reazioni populiste che si riscontrano, in varia misura, in tutti gli Stati dell'Unione. In conclusione, la costruzione di un vero potere europeo, con riferimento al quale si possano confrontare le varie forze politiche e i diversi centri di interesse, rimane un obiettivo irrinunciabile. Ma il difficile problema da risolvere riguarda la metodologia e gli interventi da adottare per portare avanti, in modo condiviso, il processo di integrazione, accompagnando la necessaria fantasia propositiva con il realismo indispensabile per giungere a soluzioni praticabili e senza pregiudicare quanto finora è stato fatto.

#### 4. Proposte di soluzione ad assetto invariato

Un esempio di povertà propositiva si può purtroppo riscontrare nel Libro bianco sul futuro dell'Europa, commissionato al Presidente Juncker dal Consiglio europeo e presentato il 1° marzo 2017. Nel documento sono proposti cinque diversi scenari alternativi per l'evoluzione del processo di integrazione europea, così sintetizzabili:

1. *Avanti così*: si va cioè avanti con le riforme progettate o in cantiere.
2. *Solo il mercato unico*. Non si intensificano gli sforzi per sviluppare le politiche e si riduce la produzione normativa. Si intraprendono iniziative bilaterali, con conseguente riduzione di azioni collettive. Si produce di conseguenza un divario fra aspettative e risultati. Un aspetto negativo sicuro attiene al mancato sviluppo del coordinamento della politica di difesa.
3. *Chi vuole di più fa di più*. Principio auto esplicativo, che richiama la cooperazione rafforzata introdotta col Trattato di Nizza.

<sup>5</sup> Cfr. F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea*, cit. supra, nota 3.

4. *Fare meno ma in modo più efficiente*, concentrando attenzioni e risorse su un numero limitato di settori. Maggiore delega di poteri agli Stati nazionali, ma poteri esecutivi più forti per quello che rimane a livello europeo

5. *Fare molto di più insieme*. Principio di nuovo auto esplicativo. La cooperazione dovrebbe raggiungere livelli mai raggiunti finora e adottare processi decisionali più rapidi. Un possibile inconveniente potrebbe essere costituito da reazioni delle istanze nazionali che potrebbero sentirsi pregiudicate da un eccessivo trasferimento di potere a livello europeo.

Di questi cinque scenari, che non sembra abbiano avuto sviluppi operativi, non sorprende soltanto il carattere generico degli obiettivi formulati e la mancanza in essi di un respiro strategico, ma anche, e soprattutto, l'assenza di qualsiasi riferimento al fattore istituzionale e di un ordine di priorità degli obiettivi affermati, quasi che essi fossero intercambiabili e l'unico problema da risolvere riguardasse le modalità più o meno gradualistiche con cui procedere.

Rimangono anche nell'ambito del generico, nonostante la loro formulazione maggiormente ambiziosa, le proposte che fanno parte del programma di azione diffuso il 20 giugno 2019 dal Consiglio europeo. Il Consiglio ha adottato «*Una nuova agenda strategica 2019-2024*»<sup>6</sup> che definisce i settori prioritari che dovranno guidare i suoi lavori, fornendo orientamenti per i programmi di lavoro delle altre istituzioni dell'UE.

L'agenda strategica si incentra su quattro priorità principali: *a.* proteggere i cittadini e le libertà; *b.* sviluppare una base economica forte e vivace; *c.* costruire un'Europa verde, equa, sociale e a impatto climatico zero; *d.* promuovere gli interessi e i valori europei sulla scena mondiale.

Siamo ancora di fronte ad obiettivi ambiziosi ma piuttosto generici e privi di articolazioni operative e di proposte sugli assetti istituzionali. Resterà da vedere se questi ambiziosi obiettivi potranno permeare l'azione delle istituzioni europee attuali, le cui carenze e insufficienze sono state sopra ricordate.

## 5. Stato federale *versus* unione federale di Stati

L'esposizione che precede conferma che è corretto parlare di un *deficit* democratico dell'Unione europea, ma che la sua origine risale alle resi-

<sup>6</sup> Reperibile all'indirizzo internet <https://www.consilium.europa.eu/media/39937/a-new-strategic-agenda-2019-2024-it.pdf>.

stenze che sono opposte al processo di integrazione. Ne consegue che soltanto in una situazione di rilancio delle ragioni ideali e pratiche del processo integrativo si potrà sviluppare una convinta ricerca dei sistemi atti ad aumentare il grado di democraticità della Ue. Una costruzione efficiente e razionale richiede necessariamente meccanismi di controllo e di partecipazione adeguati. Di qui l'importanza delle proposte di riforma che vengono avanzate: si parla di *Europa a due velocità*, di *Europa a cerchi concentrici*, di *Riforma e potenziamento dell'Eurozona*, di *ampliamento dei poteri del Parlamento europeo*, etc. Ma – al di là delle riforme che sono formulate ad assetto istituzionale sostanzialmente invariato – interessano le soluzioni più innovative e ambiziose, la cui eventuale accettazione richiederebbe un notevole ripensamento di tutto il sistema. Meritano in particolare di essere ricordate, per il loro carattere fortemente innovativo, la proposta di uno *sdoppiamento* della UE avanzata dal Professor *Sergio Fabbrini*<sup>7</sup> e quella – analoga per certi aspetti – avanzata da *Antonio Armellini* e *Gerardo Mombelli*<sup>8</sup>.

Fabbrini sostiene con interessanti argomentazioni la necessità/opportunità di assumere come obiettivo degli europeisti, la creazione, non di uno Stato federale, ma di una Unione federale di stati. I due concetti – egli afferma – differiscono sostanzialmente: lo Stato federale nasce dalla disaggregazione di un'organizzazione precedentemente unitaria, mentre l'unione federale è il frutto di una aggregazione di Stati precedentemente indipendenti. Gli Stati federali sono generalmente accentrati e aggregano unità territoriali relativamente omogenee, mentre le Unioni federali di Stati (meglio sarebbe, secondo me, parlare semplicemente di *confederazioni*), tendono ad aggregare Stati nazionali disomogenei sul piano identitario. Ne conseguirebbe che l'Unione europea non potrà mai essere uno Stato federale, in quanto nasce da un'aggregazione di Stati indipendenti, non dalla disaggregazione di uno Stato unitario (p. 104).

In questi termini l'affermazione di Fabbrini non mi sembra condivisibile, perché fa nascere dalla difficoltà di un processo l'impossibilità oggettiva di una soluzione federale. Si può convenire che è particolarmente difficile realizzare uno Stato federale in caso di aggregazione di Stati indipendenti, ma non si può escludere assolutamente un esito del genere. Né può essere condivisa la tesi che le unioni di Stati siano ineluttabilmente caratterizzabili in modo diverso in base al processo che ha dato loro origine. Questa distinzione – basata sulla genesi dei processi di integrazione stori-

<sup>7</sup> Cfr. S. FABBRINI, *Sdoppiamento*, cit. supra, nota 2.

<sup>8</sup> Cfr. A. ARMELLINI - G. MOMBELLI, *Né centauro né chimera, modesta proposta per un'Europa plurale*, Padova, Marsilio, 2016.

camente avvenuti – rischia di distrarre l'attenzione dall'aspetto specifico che caratterizza uno Stato federale, di essere cioè uno Stato a *sovranità divisa e territorialmente circoscritta*, nel senso che l'entità sovra-ordinata (lo Stato federale) e quella subordinata (gli Stati federati) dispongono entrambe di poteri propri, derivanti direttamente dai cittadini, la cui estensione incontra limiti *per materia*, perché le competenze sono ripartite fra lo Stato federale e quelli federati, e *per territorio*, essendo la sovranità degli Stati federati limitata al loro ambito territoriale. Quando ricorrano queste caratteristiche, è corretto parlare di Stato federale senza riguardo alla sua genesi.

In termini pratici, la differenza fra una unione federale di Stati e una vera e propria federazione consisterebbe nel fatto che la prima non pretenderebbe di trovare la sua base in una omogeneità culturale dei territori che si uniscono, né di arrivare alla costituzione di un vero e proprio Stato, tanto più quando gli interessi dei vari partecipanti al processo non sono omogenei, ma troverebbero la loro base in un patto costituzionale<sup>9</sup>.

È del tutto convincente l'analisi di Fabbrini, nella misura in cui vede nelle differenze di obiettivi, e nel retaggio di tradizioni ben radicate, le ragioni profonde della difficoltà di proseguire verso la realizzazione di unioni sempre più strette. Il caso europeo è emblematico di questa situazione e, per quanto riguarda l'Europa, giustifica la conclusione che è più opportuno e utile rinunciare a traguardare forme sempre più spinte di integrazione federale, per ricercare altre soluzioni, capaci di conciliare il rispetto delle specificità e dei peculiari interessi dei singoli Stati con il perseguimento coordinato di obiettivi comuni. In questa prospettiva, è stimolante l'idea che la costruzione di un ordine democratico europeo non debba necessariamente dare vita ad una democrazia parlamentare classica, secondo la dottrina di Montesquieu<sup>10</sup>. Sono le possibili soluzioni che non sembrano semplici.

## 6. Sdoppiamento e problematiche connesse

Lo *sdoppiamento* sostenuto da Fabbrini consisterebbe nel differenziare sul piano istituzionale gli Stati membri della UE interessati soltanto al funzionamento del mercato comune da quelli che intendono avanzare ver-

<sup>9</sup> S. FABBRINI, *Sdoppiamento*, cit. *supra*, nota 2, p. 129.

<sup>10</sup> Sulla necessaria singolarità della costruzione comunitaria v. S. GOULARD - M. MONTI, *La democrazia in Europa*, Milano, Rizzoli, 2012 e D. VELO, *Quale Europa?*, Bari, Cacucci, 2018.

so un'unione più stretta. Lo strumento idoneo per realizzare questo sdoppiamento sarebbe appunto costituito da una *Unione federale* di Stati, accennata nel paragrafo precedente. Essa permetterebbe di dar vita ad una *separazione multipla dei poteri regolata da un patto politico consegnato ad una carta fondamentale*<sup>11</sup>. L'Unione federale non nascerebbe con il compito di sostituire le democrazie nazionali con quelle sopranazionali, né pretenderebbe di costituire un popolo sopranazionale, ma avrebbe dei compiti ben definiti, con precisa distinzione delle responsabilità fra il livello europeo e quello nazionale. Tale Unione, secondo Fabbrini, dovrà vivere il *miracolo quotidiano di funzionare, sia senza un governo che senza uno stato*: in sostanza, essa costituirebbe l'unica risposta percorribile alla domanda se sia possibile aggregare Stati con consolidate democrazie nazionali all'interno di un progetto sopranazionale. L'Unione dovrebbe essere fra uguali, peraltro con alcuni necessari accorgimenti per evitare le paralisi decisionali dovute ai diversi interessi dei vari Stati.

A scanso di equivoci, va precisato che l'idea dello sdoppiamento non ha che un flebile legame con la c.d. cooperazione rafforzata prevista dal Trattato di Nizza del 1° febbraio 2003. Esso richiedeva, per l'avvio di una cooperazione rafforzata, l'iniziativa di almeno otto Stati membri, la presentazione di una domanda alla Commissione e la successiva autorizzazione del Consiglio: eravamo quindi di fronte ad un'ipotesi integrabile nella situazione vigente. Al contrario, una unione federale di Stati dovrebbe nascere in modo autonomo da parte di un numero limitato di Stati decisi a percorrere più rapidamente l'obiettivo dell'integrazione. E comporterebbe quindi una radicale innovazione. Peraltro, non si sono finora verificati casi di cooperazione rafforzata.

Circa il nuovo assetto istituzionale suggerito, il Fabbrini dà indicazioni alquanto scarse<sup>12</sup>. Il nuovo assetto dovrebbe essere costituito da due diverse organizzazioni, con diversi sistemi istituzionali e legali. La prima dovrebbe raggruppare gli Stati decisi a proseguire nello sviluppo del mercato comune e di politiche condivise; la seconda dovrebbe raggruppare gli altri Stati che, a seconda dei loro fondamentali interessi, potrebbero decidere di partecipare solo in determinati limiti all'elaborazione e sviluppo di tutte o alcune delle politiche comuni. Per entrambi i gruppi, il quadro di riferimento dovrebbe essere costituito dal mercato comune, che resterebbe aperto all'ingresso di nuovi membri. Si tratterebbe in sostanza di riconoscere che la UE come soggetto unitario non è più proponibile e di *rivedere e costituzionalizzare* la zona euro dandole una forma organizzativa diversa

<sup>11</sup> S. FABBRINI, *Sdoppiamento*, cit. supra, nota 2, p. 160.

<sup>12</sup> S. FABBRINI, *Sdoppiamento*, cit. supra, nota 2, pp. 149-160.

rispetto all'Europa a ventisette). L'Eurozona riveduta e costituzionalizzata dovrebbe diventare la base di un'unione in cui vengono condivise basilari politiche comuni, lasciando le altre politiche al controllo delle democrazie nazionali. Un apposito negoziato dovrebbe risolvere i problemi connessi alla presenza dell'unione politica all'interno del mercato comune.

Alcuni punti della proposta di Fabbrini sono estremamente convincenti, e tali da giustificare un ulteriore approfondimento. In primo luogo la necessità di rinunciare – almeno nell'immediato, e per il constatato attuale irrealismo dell'obiettivo – alla costruzione progressiva di un'Europa con spiccate caratteristiche federali; in secondo luogo, la necessità di cercare forme organizzative flessibili, capaci di conciliare il rispetto delle specificità e dei peculiari interessi dei singoli Stati con il perseguimento coordinato di obiettivi comuni.

È però lecito esprimere qualche perplessità sulla proposta di un'organizzazione *duale*. In effetti, da un lato viene ribadito – come peraltro è del tutto condivisibile – il ruolo centrale che deve mantenere la realizzazione del mercato comune, dall'altro lato si prefigura un assetto istituzionale in cui la responsabilità delle basilari politiche comuni è riservata a un nucleo ristretto di membri dell'Unione, lasciando agli altri la decisione circa il loro grado di coinvolgimento nella definizione e attuazione delle politiche strategiche. Sembra di capire che, secondo Fabbrini, il primo obiettivo (portare avanti la realizzazione del mercato comune) dovrebbe essere affidato ad una Eurozona *costituzionalizzata, dotata cioè di propri* organi di rappresentanza, di poteri ben definiti e di un *budget* autonomo. Ma l'idea di fare dell'Eurozona il nucleo promotore dell'innovativa organizzazione proposta giustifica serie perplessità, in quanto non tutti i ventisette Paesi dell'Eurozona sembrano interessati a integrarsi in un'organizzazione a carattere federale e a fungere da nucleo fondante di un'integrazione più stretta. Alcuni non hanno adottato l'euro (Danimarca) o devono ancora concludere il loro processo di adesione alla moneta unica<sup>13</sup>. Razionalizzare la situazione attuale dell'Eurozona è certamente un obiettivo importante, ma il ruolo di soggetto promotore di un nuovo slancio dell'integrazione europea non può essere affidato ad un organo settoriale, ma richiede un coinvolgimento al più alto livello possibile. Nella situazione attuale solo un gruppo di Stati, pur limitato, che presentino credenziali adeguate del loro impegno unitario potrebbe svolgere questo ruolo.

<sup>13</sup> Dell'Eurozona, oltre ai 17 Paesi nei quali vige l'euro, fanno parte Svezia, Repubblica Ceca, Polonia, Ungheria, Romania, Bulgaria e Croazia che sono impegnati ad entrare nell'euro ma utilizzano ancora monete nazionali. Non hanno aderito all'euro la Danimarca e la Gran Bretagna, quando era parte dell'Unione europea.

## 7. Verso un'Europa delle convergenze parallele?

Nella prospettiva di uno sdoppiamento, accompagnato da una differenziazione sul piano istituzionale, si muove la proposta formulata da due federalisti di lunga data<sup>14</sup>, che potrebbe essere definita *L'Europa delle convergenze parallele*. L'analisi delle insufficienze e della mancanza di capacità propulsiva dell'attuale metodo comunitario conduce gli autori a sostenere la necessità di configurare la creazione di due Europe: la prima volta alla costituzione di una unione politica sopranazionale, la seconda limitata ad una cooperazione intergovernativa fondata sul mercato. La prima Europa potrebbe essere definita *l'Europa di Altiero Spinelli*, e dovrebbe mantenere fermo il traguardo di una unione sopranazionale; la seconda, potrebbe essere definita *l'Europa di Margaret Thatcher*, partirebbe dal mercato unico e sarebbe ostile a compromissioni di sovranità. Ma l'una e l'altra Europa si dovrebbero muovere – pur se con velocità differenti – con riferimento alla prospettiva di una futura unione, fondata su valori condivisi. Di qui l'utilizzo della nota espressione *morotea* delle *convergenze parallele*, che starebbe a significare la capacità di arrivare, pur se con percorsi autonomi, ad una confluenza unitaria, agevolata dal collante di valori comuni.

La proposta ha il pregio di cercare di dare una risposta alle esigenze di sdoppiamento, sottolineate dal Fabbrini, accompagnandole però con l'abbozzo di un disegno che potrebbe fornire una base per una nuova configurazione istituzionale e per la determinazione delle politiche attuative. Gli spunti che vengono proposti dovrebbero però essere approfonditi. Si tratta certamente di una prospettiva molto ambiziosa, di cui gli autori citati non nascondono le difficoltà, perché aprirebbe necessariamente la strada alla revisione dei trattati, con conseguenti rilevanti problematiche tecnico-giuridiche e politiche.

Basti pensare alla necessità di individuare le aree comuni alle due Europe e di fissare l'ambito delle rispettive autonomie dei vari partecipanti, nonché i rapporti fra diritto comunitario e diritti nazionali. In proposito va rilevato che la concezione dell'attuale Unione europea come una semplice forma di cooperazione istituzionalizzata fra Stati, ha ricevuto una conferma da parte della Corte costituzionale tedesca. Pronunciandosi sulla legittimità costituzionale di norme interne attuative del Trattato di Lisbona, essa ha affermato categoricamente che la Comunità europea è una Associazione fra Stati (*Staatenverbund*) in cui gli Stati contraenti rimangono i

<sup>14</sup> A. ARMELLINI - G. MOMBELLI, *Né centauro né chimera*, cit. supra, nota 8. Si veda in particolare il capitolo 5: *Due Europe per il futuro dell'Europa*, pp. 71-91.

"padroni dei Trattati". In tale visione, l'Unione non godrebbe di una vera e propria sovranità, bensì di una mera "autonomia decisionale" derivata dalla volontà degli Stati membri, i quali sarebbero in ogni caso tenuti a rispettare, nell'emanazione di disposizioni interne attuative dei Trattati, i fondamentali principi sanciti dalla costituzione dello Stato di appartenenza, nel caso specifico di quella tedesca<sup>15</sup>. Se si dovesse procedere – come peraltro è auspicabile – verso forme di integrazione più elastiche e aperte a partecipazioni differenziate, il problema dei rapporti fra diritto comunitario e diritti nazionali richiederebbe un adeguato approfondimento.

## 8. Osservazioni conclusive

L'esposizione che precede non intendeva, né poteva prospettare soluzioni precise sul piano giuridico e organizzativo. Ma le difficoltà poste in rilievo possono almeno indicare alcune direttrici lungo le quali definire le soluzioni più appropriate

In primo luogo, un approccio realistico al problema porta a ritenere vani, al momento attuale, gli sforzi di introdurre elementi di federalismo (*alias* sopranazionalità) nell'attuale assetto istituzionale. Tentativi del genere rischiano infatti di risolversi in semplici operazioni di cosmesi istituzionale, per loro natura illusorie. Se è sulle grandi scelte strategiche che si gioca il destino dell'Europa, è alla loro formulazione e approfondimento che occorre dare spazio e visibilità. E se, al momento attuale, la costruzione di un potere unitario cozza contro la riluttanza dei governi nazionali a cedere parte dei loro poteri, è giocoforza accettare, almeno come obiettivo intermedio, di procedere con soluzioni confederali che risponderebbero almeno agli attuali rapporti di potere. Si può osservare che è paradossale sostenere soluzioni confederali in una situazione caratterizzata negativamente proprio dalla mancanza di un potere federale. Ma è lo stato dei rapporti di forza che rende necessario un approccio realistico. D'altra parte, è la mole dei problemi irrisolti che rende necessarie soluzioni europee, e se queste sono in fase iniziale perseguibili con soluzioni confederali, conviene accontentarsi di rimedi imperfetti, ma perfettibili in un prossimo futuro. E se i maggiori ostacoli all'estensione del processo di integrazione sono costituiti dai governi nazionali, è su di essi che occorre esercitare le pressioni per una evoluzione, rivedendo l'attuale assetto istituzionale nel senso di costituire almeno un nucleo interessato a perseguire nell'immediato una

<sup>15</sup> Per un primo commento a questa importante sentenza v. L. CASSETTI, *Il "Sì ma" del tribunale costituzionale federale tedesco sulla ratifica del trattato di Lisbona tra passato e futuro dell'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, 2009, n. 14.

maggior integrazione, restando aperto all'inclusione di nuovi membri. Manca, in questa configurazione, il ruolo di una forza intereuropea che sia capace di costituirsi in un forte gruppo di pressione, per spingere i governi nazionali a fare qualche passo significativo verso iniziative realmente unitarie. Sotto questo profilo, il discorso non è più giuridico e istituzionale, ma squisitamente politico.

Lasciando spazio a un po' di fantasia organizzativa, si può immaginare una situazione che prenda le mosse dalle proposte accennate e le integri fra loro. Un Consiglio europeo "rivisitato" dovrebbe essere posto al vertice della nuova Unione e raggrupperebbe un nucleo ristretto di nuovi Stati fondatori, che confermerebbero solennemente l'obiettivo di procedere verso un'unione sempre più stretta, sviluppando la cooperazione europea sugli obiettivi che giustificano uno sforzo comune (perfezionamento del mercato comune, razionalizzazione dell'Eurozona, difesa, ambiente, etc.). L'Unione, che resterebbe aperta a nuove adesioni, non incontrerebbe limiti ai propri interventi, ma gli interessi dei singoli Stati partecipanti sarebbero protetti dal principio dell'unanimità. Per il raggiungimento degli obiettivi congiuntamente definiti, la nuova Unione potrebbe anche creare Agenzie o Autorità dotate di poteri sopranazionali ben precisati, senza peraltro escludere qualche margine di elasticità nel grado di coinvolgimento di ciascun partecipante. Accanto al Consiglio rivisitato – assistito da un segretario permanente – opererebbe la Commissione, che manterrebbe le funzioni attuali di vigilare sullo sviluppo del mercato comune e sull'applicazione dei Trattati, collaborando anche alla definizione delle normative comunitarie. In questo nuovo contesto, il Parlamento europeo potrebbe recuperare un ruolo significativo nella produzione normativa, superando quel *deficit* democratico che, come abbiamo visto (*supra*, par. 5.2) opera nelle due direzioni, nazionale ed europea. Ma non sarebbe utile una nuova assemblea elettiva che complicherebbe il quadro istituzionale. Un Parlamento – non eletto direttamente, ma composto di delegazioni dei parlamenti nazionali aderenti alla nuova unione – curerebbe il raccordo fra normative nazionali e normative comunitarie, entrando così nel processo di produzione normativa. La Corte di giustizia, infine, manterrebbe la sua essenziale funzione di dirimere le controversie fra i membri dell'Unione e di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati.

L'obiezione più rilevante che si può avanzare a questa ipotesi un po' fantasiosa riguarda il suo contrasto con le tendenze attuali, e in particolare il fatto che una confederazione, o unione federale di Stati, implicherebbe la consacrazione di quel principio dell'unanimità e di quel potere di veto, ritenuti concordemente alla radice delle difficoltà di procedere nella via di un'integrazione sempre più stretta. Ma insistere nella ricerca di soluzioni sopra nazionali significherebbe un rifiuto radicale della realtà. D'altra par-

te, la mole dei problemi che l'Europa deve affrontare, e che richiedono forzatamente soluzioni unitarie, lascia adito alla speranza che almeno alcuni governi – pungolati dalle forze sociali capaci di esprimere una visione europea – sappiano esprimere una capacità di proposta tale da far loro assumere la *leadership* del processo di integrazione, spingendo altri membri a parteciparvi. In effetti, se si ha riguardo alla genesi storica di alcuni Stati federali, si può constatare che l'assetto federale è stato il frutto dell'evoluzione di una precedente situazione confederale, caratterizzata cioè da forme di collaborazione sanzionate da un patto fra Stati sovrani, che decidevano di mettere in comune alcune risorse e di preconstituire organi comuni di collaborazione, senza reali cessioni di sovranità all'organismo comune. La difficoltà di fare funzionare queste forme di collaborazione ha comportato il passaggio a unioni di tipo federalistico, nelle quali i cittadini degli Stati federati cedano ad un'unità superiore una quota di sovranità per determinate materie: – fondamentalmente politica estera e difesa –, e consentano inoltre l'allocazione delle risorse finanziarie necessarie per l'esercizio delle funzioni assegnate. Ne consegue che, se la confederazione trova la sua origine in un patto fra Stati, lo Stato federale ha invece la sua fonte in una costituzione, e i rapporti fra questo e gli Stati federati non apparterebbero più al diritto internazionale, ma diverrebbero materia di diritto interno della nuova unità costituita.

Se sono i governi nazionali i maggiori ostacoli ad una più spinta integrazione dell'Europa, è allora verso il Consiglio europeo che devono essere rivolte le pressioni per una maggiore integrazione, e, dato che un potere europeo è allo stato embrionale, sono le forze politiche nazionali che devono collegarsi fra loro per esercitare pressioni sui vari governi e sul Consiglio europeo, per la formulazione di soluzioni europee sulle quali fare convergere le forze sociali che troverebbero nel quadro europeo uno stimolo all'evoluzione. Adottare una prospettiva del genere richiede, oltre all'adozione di una visione sopranazionale, la ricerca, a livello europeo, delle necessarie alleanze, nonché l'accettazione dell'egemonia dei governi più aperti a soluzioni integrate. La tutela degli interessi nazionali è sempre doverosa, ma deve essere evitata ogni loro esclusiva considerazione. L'impronta confederale del nuovo assetto potrebbe essere compensata dall'opportunità di elaborare e prospettare efficaci soluzioni europee a qualcuno dei problemi che ci assillano, e pazienza se questo avvenisse sotto la spinta egemonica di qualche governo più forte e sensibile.

**Giovanni Vezzoso\***

\* Già Presidente Marconsult

## SINTESI

È largamente condivisa la tesi che l'Unione europea soffre di un deficit democratico, che si riassume nella mancata o insufficiente partecipazione di organi rappresentativi dei cittadini al processo di adozione degli atti comunitari, che non trovano quindi, a livello europeo, una sede adeguata di confronto e approfondimento. Questa negativa situazione ha la sua radice profonda nel complesso apparato istituzionale dell'Unione, che non ha sviluppato le originarie impostazioni federalistiche, per assumere sostanzialmente la forma di una confederazione, nella quale le decisioni di maggiore importanza vengono prese a livello dei singoli governi, nell'obiettivo di arrivare nei fatti ad un coordinamento senza il supporto di un'integrazione a livello sopranazionale. In queste condizioni risulta velleitario perseguire soluzioni basate sull'attribuzione, ai vari organismi comunitari (e in particolare al Parlamento europeo) di ruoli più incisivi, senza porre parallelamente il problema delle decisioni da prendere a livello di Unione.

La consapevolezza di questa situazione giustifica la ricerca di soluzioni che non si limitino ad una piccola manutenzione dell'attuale assetto istituzionale, ma ne mettano in discussione gli stessi principi di fondo. È in particolare necessario abbandonare le generose ma illusorie aspirazioni federalistiche, per costituire una Unione federale di Stati, capace di conciliare il rispetto delle specificità e dei peculiari interessi dei singoli partecipanti con il perseguimento coordinato di obiettivi comuni.

## ABSTRACT

*According to general opinion, the European Union suffers from a democratic deficit, caused by the reluctance of the Union member States to recognize adequate powers to the Community Institutions. As a matter of fact, the original approach towards a federalist set up has been abandoned and has been replaced by a sort of Confederation, where the member States maintain all the relevant powers. From a democratic perspective, this situation justifies a critical evaluation, because it leads to a lack of transparency and a reduced participation of the peoples. Therefore several different solutions have been suggested, in order to achieve a more efficient decision making process for the European Community (two speeds Europe – closer cooperation – Europe of concentric circles, etc.). Taking into account the present evolutionary trends of Europe, the paper suggests to leave the illusory dream of establishing a new federal State and aim to implement a new realistic institutional set up (as an association of independent States), where the objectives of the European Union could be compatible with the fundamental objectives of each single member of the Union.*



## CINQUANT'ANNI SPRECATI!!

### Lettera al *Corriere della Sera* del 20 maggio 1972 e risposta di *Indro Montanelli*\*

La lettera di seguito riportata è stata inviata quasi cinquant'anni fa al Direttore del *Corriere della Sera*, *Alfio Russo*, a commento di un articolo di *Indro Montanelli*, la firma più prestigiosa del giornalismo italiano.

Nella lettera si esortava Montanelli a lanciare e a sostenere un progetto politico consistente nella fusione dei tre partiti di centro (liberale, repubblicano e social-democratico) per tentare di creare una forma di alternanza al potere che, in Italia, non era mai esistita. Il progetto trovava il suo fondamento nell'evoluzione della politica internazionale di quegli anni e nel successo che l'Europa comunitaria stava ottenendo in quel periodo. Montanelli, nella sua risposta, rintuzzò ogni entusiasmo e saggiamente fece osservare che in Italia, quando più partiti politici intendono fondersi, finiscono per perdere voti alle successive elezioni.

Per l'autore della lettera, allora giovane avvocato, che aveva creduto nel progetto, l'illusione iniziale si è ovviamente trasformata in delusione e la lettera sotto riportata, da piccolo cimelio si è trasformata in una semplice curiosità.

Sono però rimaste due modeste soddisfazioni dovute a due motivi non previsti che soltanto in seguito sono stati scoperti.

Il primo è quello di aver fornito involontariamente a *Montanelli* l'opportunità di inaugurare una consuetudine originale, quella di commentare ogni giorno per esteso la lettera di un lettore del *Corriere della Sera*. Tale

\* Il contributo che segue è apparso nell'*Appendice* del volume F. CAPELLI, *Un percorso tra etica e trasparenza per riformare la democrazia in Italia*, pubblicato nel 2020 dall'Editore Rubbettino (Soveria Mannelli) e del volume F. CAPELLI, *Per salvare la democrazia in Italia*, pubblicato nel 2019 dalla medesima Casa Editrice.

consuetudine è poi proseguita su *Il Giornale* da lui fondato ed è stata anche imitata da altri giornali.

Il secondo è stato quello di apprendere che nel 1976, quando *Gianni Agnelli* venne sostituito da *Guido Carli* alla presidenza di Confindustria, *Ugo La Malfa*, storico segretario del Partito Repubblicano Italiano, ha proposto a *Gianni Agnelli* di divenire presidente di un nuovo partito che avrebbe dovuto mettere insieme e coalizzare politicamente i tre partiti di Centro (liberale, socialdemocratico e repubblicano).

È esattamente la proposta contenuta nella lettera inviata a Montanelli e di seguito riprodotta.

F.C.

*Corriere della sera*, 20 maggio 1972, p. 3

#### COLLOQUIO CON I LETTORI

#### I LUSSI DEL BIPARTITISMO

L'avvocato Fausto Capelli di Milano ha scritto a questo giornale una lettera che mi riguarda e a cui trovo giusto rispondere come d'ora in poi farò ogni volta che mi verranno posti dei quesiti di qualche interesse generale. A una sola condizione, anzi due: che non si tratti di risse personali e che la polemica – se polemica dev'essere, e io mi auguro che lo sia il più spesso possibile –, osservi le regole del galateo.

Dice dunque la lettera:

*«Montanelli ha dato man forte al suo amico La Malfa con tutti i mezzi di cui ha potuto disporre, ivi compresa la prima pagina del Corriere. Montanelli crede nelle idee e nel programma dei repubblicani e li sostiene apertamente. Ciò appare lecito e giusto. Ma, forse, fino al 7 maggio. Dopo tale data, tenuto conto dell'attuale situazione politica, il talento di Montanelli parrebbe non compiutamente sfruttato se messo al servizio di un solo e piccolo partito, pur se di un partito serio si tratti, come quello repubblicano. Sembrerebbe cioè maggiormente giustificato se l'originalità e la popolarità di Montanelli potessero meglio giovare al suo impegno politico aprendo nuove prospettive più ampie, anche se meno immediate.*

*Il problema politico dell'Italia non si risolve travasando alcune migliaia di voti dai democristiani ai repubblicani, dai liberali ai socialdemocratici, o viceversa. Il nostro problema (e Montanelli l'ha toccato pochi giorni fa sul Corriere), può soltanto risolversi se l'Italia rimane, per sem-*

*pre, attivamente legata all'Europa. All'Europa di Bruxelles, per intenderci: non si vuole fare cioè un discorso sugl'ideali. A Bruxelles vengono emanati regolamenti che hanno la stessa efficacia delle leggi nazionali degli Stati membri e ad esse si sostituiscono. Anzi, in molti settori le leggi nazionali vengono adeguate alle disposizioni Cee, in base a principi comuni. Si sta creando così un vero e proprio ordinamento giuridico europeo, che s'impone a tutti i Paesi aderenti alla comunità. In questo contesto l'Italia è chiamata a svolgere la sua parte. E l'Italia si trova a rispondere alla chiamata mentre è costretta a cercarsi una maggioranza fra tanti partiti diversi in lotta fra loro. Ma con tanti partiti non si fa della politica, si fa della confusione. Esattamente quella che abbiamo.*

*Viene quindi spontaneo di suggerire a Montanelli una nuova ipotesi di lavoro. Perché non si batte anche in favore della costituzione di un partito europeo, ricavato dalla fusione di quei tre partiti oggi in lizza -repubblicani, socialdemocratici e liberali- che maggiormente hanno dimostrato di sentire l'Europa?».*

### **Concordanza**

L'avvocato Capelli mette a dura prova la mia modestia. La prego di non farlo più perché la mia modestia resiste male anche alle prove dolci. Mi costa quindi un certo sforzo replicare alla sua cortesia contestando l'iniziale piccola obiezione ch'egli muove al mio operato di giornalista. Ma debbo farlo per dissipare un equivoco che purtroppo non è soltanto suo.

Che io sia amico (dal '37) di La Malfa è vero. Altrettanto vero è che ho votato per lui e non ne ho fatto nessun mistero. Ma tutta la grancassa che gli avrei suonato sul *Corriere* si riduce alla citazione di una sua frase, che mi sembrava molto pertinente all'argomento che stavo trattando. L'avvocato Capelli mi dirà che, anche senza nominarlo, si possono fare gl'interessi elettorali di La Malfa, impostando i problemi come lui l'imposta. Ne convengo. Ma io non imposto i problemi a quel modo perché voto La Malfa. Voto La Malfa perché il mio modo di impostare i problemi corrisponde al suo. Non prendo ordini da nessuno: nemmeno dal giornale in cui scrivo, e col quale ogni tanto mi trovo in aperto contrasto. Non ho in tasca tessere di partito, per conservare la mia indipendenza ho rifiutato la candidatura senatoriale e La Malfa lo vedo di rado. Fra noi non ci sono accordi. C'è concordanza.

Forse l'avvocato Capelli è rimasto un po' sorpreso del fatto che questa concordanza io l'abbia manifestata in forma più esplicita del solito. E qui ha ragione. In genere, non partecipo ai tornei elettorali se non con qualche annotazione di costume. La politica non è il mio pane, anche perché mi

annoia. Se stavolta vi ho addentato, è perché mi è parso che la situazione non consentisse latitanze e diserzioni. Capelli dice che il problema dell'Italia non si risolve travasando alcune migliaia di voti dai democristiani ai repubblicani, o dai liberali ai socialdemocratici e viceversa. Giustissimo. E infatti se si fosse trattato solo di questo, sarei rimasto nel mio limbo di testimone al di fuori della mischia.

Ma la prospettiva del 7 maggio non era questa. Era che una grossa, ma grossissima fetta di elettorato democratico si trasferisse, un po' per dispetto, un po' per inganno (e niente è più facile che cedere all'inganno quando si è in uno stato d'animo di dispetto) su posizioni che di democratico hanno soltanto la maschera. Ecco perché mi sono impegnato, come mi impegnai nel '48, quando per la democrazia si delineava sia pure dal versante opposto, lo stesso pericolo. Allora – sia detto per inciso – molti lettori borghesi mi ringraziarono. Oggi mi crocifiggono, convinti evidentemente che la democrazia si difenda da una parte sola.

E veniamo all'Europa. Uno dei motivi per cui voto repubblicano è che questo partito è dichiaratamente, anzi, appassionatamente europeo. Lo sono, è vero, anche il liberale e il socialdemocratico. Lo è pure il democristiano, ma solo nelle sue componenti degasperiane, non in quelle «integraliste». Ragione di più, dirà Capelli, *per fondere queste tre forze e mezzo in una nuova che faccia dell'Europa la sua base programmatica.*

### Pluralismo

Ma qui temo che il mio interlocutore si faccia delle grosse illusioni. Anche lui evidentemente cede a quella di un bipartitismo, di cui l'integrazione europea dovrebbe fare da spartiacque: chi è per l'Europa di qua, chi è contro di là. Ora, il bipartitismo è certamente il modo più facile di gestire una democrazia. Ma a una condizione: che corrisponda alla situazione reale del Paese. Quelli anglosassoni possono consentirselo perché hanno livellato la loro società eliminandone o perlomeno riducendo in forte misura gli squilibri e i contrasti. In questo caso, sì, la lotta politica si può ridurre a due sole forze: l'una riformista, cioè di propulsione l'altra conservatrice, cioè di freno.

Ma in un'Italia in cui coesistono un pezzo d'Europa e un pezzo d'Africa e classi e culture e mentalità e costumi in netta antitesi tra loro, il pluralismo è inevitabile; e finché durano queste condizioni, bisogna accettarlo, anche se è scomodo. Lo dimostra del resto la triste sorte cui sono andate incontro le «fusioni» anche fra partiti della stessa matrice. Quando i due socialismi vollero riunificarsi, la conclusione fu che si ridivisero in tre.

Figuriamoci cosa succederebbe fra partiti di matrice diversa, quali so-

no il liberale, il repubblicano e il socialdemocratico. Certo, molte cose in comune le hanno: ma incarnano tre anime diverse. I liberali si riagganciano al «moderatismo» di Cavour e della Destra, che fece con le sue «combinazioni» il Risorgimento; i repubblicani sono gli eredi di Mazzini e del suo «partito d'azione» che lo contestarono perché lo volevano di popolo e non di diplomazia; i socialdemocratici sono il frutto di un marxismo revisionato e adattato a uno sviluppo neocapitalistico che Marx non aveva previsto e rispetto al quale L'Italia si trova in grave ritardo.

Tutti e tre sono fermamente ancorati a una pregiudiziale democratica e tutti e tre hanno una vocazione europea. Ma questo mastice, per una fusione, non basta. Può bastare soltanto per una intesa che d'altronde, per quanto riguarda l'Europa, c'è già. Tutti e tre si battono per essa. E la ricompensa è che tutti e tre sono regolarmente battuti da un elettorato, che l'Europa non la sente perché *non capisce che i nostri problemi o li risolveremo in Europa e con l'Europa o non li risolveremo mai*. Il guaio sta nella rozzezza e immaturità di questo elettorato, non nella meccanica dei partiti. Quanto all'idea di affidare a me la guida di una crociata politica, ringrazio l'avvocato Capelli della fiducia, ma debbo avvertirlo che non potrebbe investirla in un uomo più sbagliato. Non so guidare neanche l'automobile.

**Indro Montanelli**



## RECENSIONI

---

**Giulio Peroni**, *Stabilità economica e sostenibilità internazionale*, Milano, Giuffrè - Francis Lefebvre, 2020, pp. XVI-416, € 42,00

La crisi finanziaria del 2008 ha prodotto una recessione globale talmente grave da determinare una crisi del debito sovrano in alcune delle economie più sviluppate del globo (come nel caso dei Paesi impropriamente denominati PIGS, appartenenti all'Unione economica e monetaria); ciò, unitamente ai pesantissimi costi economici e sociali legati anche alla recente pandemia da coronavirus pone al centro dell'agenda politica, dei singoli governi nazionali come delle diverse organizzazioni internazionali economiche, il tema della «produzione e fornitura» della stabilità economica: bene strumentale non solo a garantire un ordinato svolgersi delle relazioni economiche e commerciali tra gli Stati, ma anche a garantire il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (v. art. I, 55 Onu).

L'interessante volume di Giulio Peroni, *Stabilità economica e sostenibilità nel diritto internazionale*, recentemente pubblicato da Giuffrè - Francis Lefebvre, Milano, 2020, ha il pregio di ricostruire (come ampiamente descritto e analizzato nel Capitolo I) la categoria concettuale della stabilità economica nelle sue principali e differenti forme (monetaria, fiscale e finanziaria) entro la cornice del diritto internazionale dell'economia, analizzando, in particolare, la sua natura giuridica quale bene pubblico globale. Si tratta, come analizzato nel volume, di una tipologia particolare di beni pubblici, dei quali condivide le due caratteristiche fondamentali: la non escludibilità e la non rivalità, differenziandosi da quelli prettamente domestici in forza di tre criteri: *geografico* (l'efficacia del bene si estende su più di un gruppo di Paesi), *socio-economico* (il bene in questione interessa tanto i Paesi "ricchi" quanto quelli "poveri") e *generazionale*, poiché relativo all'intera Umanità.

Sempre nel Capitolo I, l'A. evidenzia come la stabilità economica sia un bene che, per le proprietà che lo caratterizzano e per le esternalità positive che è in grado di produrre, debba necessariamente coinvolgere nel suo perseguimento tutti i soggetti e attori del diritto internazionale e in specie quelli economici, nella prospettiva di un suo godimento diffuso a beneficio di tutti; prevenendo, così, pericolosi fenomeni opportunistici di *free riding* e *moral hazard*, alla base di molte delle situazioni di instabilità finanziaria intercorse in questi ultimi anni.

Il volume prosegue nel Capitolo II, individuando quelli che sono i soggetti e gli attori internazionali maggiormente coinvolti nella ricerca della stabilità economica. Si tratta di un variegato gruppo di enti che, a diverso titolo, riconoscono sia a livello genetico (con riguardo al rispettivo statuto) sia funzionale (in merito alle misure effettivamente messe in campo da ciascuno di essi), centralità alla produzione e fornitura della stabilità economica. Si tratta di una pluralità di centri decisionali di diversa origine e natura giuridica; alcuni a vocazione essenzialmente di direzione politica; altri, invece, fortemente caratterizzati da un alto livello tecnocratico. Una realtà, dunque, assai articolata, entro la quale ciascun ente coinvolto gode di un forte grado di autonomia. Ne deriva, pertanto, l'assenza di qualsiasi forma di relazione gerarchica, con inevitabile impatto sul buon funzionamento della *governance* economica globale. Come governare, pertanto, una realtà così decentralizzata e complessa nella agognata ricerca della stabilità economica? Due, essenzialmente, sono i metodi utilizzati, che vengono analizzati sempre entro il Capitolo II: da un lato, il ricorso a una strategia di carattere istituzionale, funzionale a distribuire compiti differenti in capo ai vari soggetti e attori operanti entro l'ampio ambito di applicazione del diritto internazionale dell'economia; dall'altro lato, l'uso di una strategia cooperativa, con la quale i soggetti e attori coinvolti cercano di armonizzare tra loro i rispettivi approcci regolatori rispetto alla materia in esame.

Nel quadro sopra descritto, emerge il ruolo strategico svolto dagli Stati, tramite soprattutto le rispettive Banche centrali e dal Fondo Monetario Internazionale, a cui si affiancano in particolare la Banca Mondiale, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico e l'Organizzazione Mondiale del Commercio che, seppure sotto angolature differenti, vedono nella stabilità economica la condizione essenziale per favorire lo sviluppo e la crescita economica e sociale dei paesi, all'interno di quella che è comunemente definita come economia globalizzata. A detti soggetti giuridici si affiancano, poi, ulteriori realtà (sia pubbliche sia private, come i Vertici economici, le Reti di regolatori, i Fondi Sovrani, le Agenzie di rating, le Imprese Multinazionali) che, pur non avendo personalità giuridica internazionale, hanno ampiamente dimostrato, nei fatti, di saper influenzare le scelte di politica economica (e non solo) dei singoli governi nazionali.

Nel Capitolo III, l'attenzione si sposta all'esame delle politiche e dei meccanismi di stabilizzazione assunti, a livello di diritto internazionale e di diritto UE, per superare l'attuale grave fase di incertezza economica. Strumenti, come sottolineato in più parti del Capitolo indicato, ispirati a un rigido modello di austerità e condizionalità macroeconomica e strutturale che, in buona parte, rinviano, con gli opportuni aggiustamenti, al modello economico e politico del *Washington consensus* elaborato, nella sua prima versione, sul finire degli anni Ottanta dal Fondo Monetario, dalla Banca Mondiale e dal Tesoro americano per risolvere la crisi del debito messicano e degli altri paesi dell'America latina. Soluzioni, tuttavia, che hanno comportato e implicano, tuttora, costi significativi in particolar modo per quanto concerne la dimensione dei diritti economici e sociali dell'individuo. Inevitabilmente, come ampiamente analizzato nel Capitolo IV, numerosi sono i dubbi e le criticità sorti riguardo alla compatibilità di quegli strumenti rispetto alla protezione e alla promozione dei diritti prima menzionati, nonché in merito alle forti limitazioni imposte agli Stati, maggiormente bisognosi di sostegno economico e finanziario, riguardo l'esercizio della rispettiva sovranità economica.

Entro tale contesto, l'A. continua sottolineando (v. Capitolo IV) come il ricorso al Principio dello sviluppo sostenibile, di cui viene offerta un'ampia ricostruzione intorno alla sua reale natura giuridica ed effettivo impatto sul sistema fonti del diritto internazionale, possa costituire lo strumento con cui raggiungere un equo compromesso tra il bisogno di assicurare un sistema economico-finanziario stabile e la promozione e protezione dei diritti economici e sociali della persona, almeno di quelli considerati essenziali. In altri termini, si cerca di individuare il metodo con cui coniugare l'obiettivo della stabilità economica con quello della sostenibilità economica, sociale ed ambientale. L'A. ritiene, in particolare, che solo facendo ricorso al criterio di ragionevolezza e al metodo del bilanciamento degli interessi (v. anche le Conclusioni finali), proprio del sistema del diritto internazionale dell'economia, si possano creare le migliori condizioni per prevenire nuove crisi economico-finanziarie e tutelare, soprattutto, gli interessi delle future generazioni, come il *Rapporto Brundtland* del 1987, da cui il Principio dello sviluppo sostenibile ha avuto impulso, esorta tutti a fare.

**Claudio Biscaretti di Ruffia\***

\* Professore di Diritto Commerciale dell'Unione europea

**Edoardo Alberto Rossi**, *Corpi intermedi e diritti «metaindividuali» nel sistema CEDU - Per una garanzia internazionale del pluralismo come cardine del sistema democratico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 444, € 32,00

All'interno del già ampio e fecondo ambito di ricerca dedicato al sistema della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), sin dalla lettura del titolo del volume in esame si può desumere l'originalità dell'oggetto di trattazione e della prospettiva generale adottata, esiti derivanti da un preciso inquadramento, un'analisi minuziosa e soprattutto una ricostruzione peculiare e sistematica della giurisprudenza analizzata.

L'aver individuato un'area distante dai percorsi di studio ormai consolidati rappresenta sicuramente il primo, ma non ultimo, motivo di interesse per l'opera in oggetto.

Una selezione mirata e ragionata della giurisprudenza rilevante, attraverso uno schema funzionalistico basato sulla finalità prevalente della tutela accordata dalla Convenzione, fa emergere una variegata serie di diritti «metaindividuali» riconosciuti alle collettività organizzate.

Il lavoro si compone di tre parti, ciascuna a sua volta articolata in due capitoli, con la prima dedicata all'apertura del sistema CEDU ai corpi intermedi.

Il capitolo iniziale illustra in primo luogo dove affondano le radici della ricerca, nel contesto internazionale e nel sistema giuridico italiano, con il riconoscimento progressivo dei diritti umani nelle Carte e nelle Convenzioni internazionali e con la rilevanza accordata alle «formazioni sociali» nell'art. 2 della nostra Costituzione. Oltre che fornire un inquadramento generale della materia e utili elementi definatori, il capitolo mette in luce l'approccio di tipo funzionale che caratterizza il lavoro.

Il secondo capitolo ci porta invece in una dimensione "dinamica" dell'opera dove, in una prospettiva procedurale, viene illustrata la legittimazione a ricorrere da parte di «organizzazioni non governative» e «gruppi di privati» ex art. 34 CEDU come elaborata dalla Corte di Strasburgo.

La seconda parte, che guarda ai diritti «metaindividuali» così come riconosciuti dalla giurisprudenza di Strasburgo, affronta il contenuto dei diversi diritti tutelati dalla CEDU. L'opera propone una distinzione tra due diverse categorie di situazioni nelle quali i soggetti ricorrenti, «organizzazioni non governative» e «gruppi di privati», si vedono coinvolti. Nel primo caso vengono in rilievo diritti più immediatamente riferibili all'ente, mentre nel secondo caso prevale la funzione strumentale di quest'ultimo

nella difesa degli interessi dei propri membri, considerando comunque che in entrambi i casi la legittimazione attiva resta in capo all'ente e che il destinatario ultimo dell'attività della Corte sono i membri dell'organizzazione.

Il terzo capitolo prende inizialmente in rassegna la libertà di riunione e associazione sancita dall'art. 11, con particolare riferimento alla giurisprudenza avente ad oggetto provvedimenti di scioglimento di vari generi di organizzazioni. Si passa infatti dalla tutela accordata ai sindacati, ai partiti politici, con i casi specifici di violazioni in ambito elettorale, e alle organizzazioni senza scopo di lucro, sempre attraverso una ricostruzione sintetica e puntuale delle cause in oggetto.

Successivamente l'analisi si concentra sui casi di negato riconoscimento o registrazione di associazioni di carattere religioso, ipotesi disciplinate dall'art. 9 della Convenzione. Nell'ampia casistica riportata vengono segnalati i mutamenti di orientamento da parte della Corte, nonché le differenze di trattamento accordate alle diverse Chiese ricorrenti. La ricerca muove poi verso i casi di compressione o lesione della libertà di espressione e informazione, ambito entro il quale si riscontra un atteggiamento progressivamente estensivo di tutela da parte dei giudici di Strasburgo. La tutela contenuta nell'art. 10 è in particolare modo valutata alla luce dei casi di licenze e autorizzazioni, come pure nell'attribuzione delle frequenze, per la trasmissione televisiva e la radiodiffusione. Il capitolo si conclude con una analisi dei casi di violazione del diritto di proprietà secondo quanto disposto dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione. Essa prende in rassegna tale diritto con riferimento alle ipotesi di ostacolo al riconoscimento del titolo, ai casi di espropriazioni, sequestro e confisca dei beni appartenenti a società e associazioni e di violazioni del diritto di proprietà attraverso misure fiscali e tributarie, mostrando una dimensione metaindividuale attenuata dei diritti trattati in questi casi.

Il quarto capitolo completa la seconda parte dell'opera, che guarda appunto ai diritti "affermati" dalla giurisprudenza di Strasburgo, tramite la rappresentazione della dimensione indiretta o strumentale che i soggetti collettivi esercitano nella tutela dei diritti dei singoli. Qui la casistica proposta è variegata, includendo la risarcibilità del danno non patrimoniale, la riservatezza e le relazioni sociali, l'attività della stampa e delle emittenti radiotelevisive, la libertà di espressione e di riunione. Seppur l'apparato giurisprudenziale analizzato sia molto ricco, questo non va mai a detrimento della scorrevolezza e dell'agile comprensione del testo e della coerenza dell'impianto sistemico. Nella ricostruzione dell'A. dei diversi diritti tutelati, questi non manca di mettere in risalto il margine di apprezzamento che la Corte riconosce agli Stati nell'adottare misure che riducono i diritti garantiti dalla CEDU nonché i principi di proporzionalità ed effettività fatti propri dalla Corte nell'esercizio della propria attività.

L'ultima e terza parte affronta gli sviluppi e l'impatto del sistema CEDU sulla giurisprudenza interna e sulla vita degli stessi enti collettivi, ed è indubbiamente la parte che più beneficia di un contributo originale da parte dell'A.

La rilevanza della giurisprudenza di Strasburgo viene inquadrata in riferimento alle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale e rende manifesto come per una effettiva attuazione dei diritti CEDU sia necessaria la collaborazione dei giudici nazionali.

L'ultimo capitolo in particolare affronta l'articolato tema degli interventi da parte degli Stati nei confronti delle organizzazioni e a tutela dei singoli, forieri di possibili limitazioni delle libertà spettanti alle stesse organizzazioni. La giurisprudenza di Strasburgo è dunque proposta in una chiave di lettura che cerca di far comprendere la difficile attività di bilanciamento «tra diritti *delle* formazioni e diritti *nelle* formazioni».

Le fattispecie considerate nel contesto degli enti pubblici ad adesione riguardano un tema particolarmente ricorrente non solo in ambito CEDU, e cioè quello dei meccanismi interni di risoluzione delle controversie, che più si manifestano all'interno di ordini e collegi professionali. Il ruolo di garanzia fornito dalla CEDU viene in rilievo anche per gli enti di natura privata, con particolare riferimento ai profili contrattuali degli interessi e della liceità della causa. Ancor più meritevole di attenzione è la ricostruzione circa i termini entro cui rilevano le disposizioni della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, nei rapporti contrattuali tra i privati di natura associativa, con la trattazione dell'efficacia «orizzontale» in seno alla nozione di «drittwirkung».

Quello che si coglie con uno sguardo d'insieme è la ricchezza di riferimenti dottrinali che guidano il lettore unitamente a un lavoro di sintesi e sistematizzazione degno di nota del davvero vasto numero di pronunce analizzate. Una matura conoscenza del sistema CEDU ha permesso all'A. di esprimere una prospettiva originale e coerente su un tema finora poco dibattuto, delineando con chiarezza il ruolo centrale svolto dagli enti intermedi in un'ottica di difesa e sviluppo del pluralismo quale elemento per valutare la natura democratica di uno Stato che, data la crisi della democrazia rappresentativa, rende ancor più necessario l'apporto della democrazia partecipativa.

**Francesco Cazzini\*\***

\*\* Dottore di ricerca in Diritto internazionale / Università degli Studi di Milano

**Hanno collaborato a questo numero:**

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara; cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

PIERO BELLANDI, *Docente esterno di Economia e strategie del mercato mobiliare / Università di Pisa*

CLAUDIO BISCARETTI DI RUFFIA, *Professore di Diritto Commerciale dell'Unione europea*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista (www.capellilex.it)*

FRANCESCO CAZZINI, *Dottore di ricerca in Diritto internazionale / Università degli Studi di Milano*

FEDERICO FORNI, *Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna; Giurista / Commissione europea, Bruxelles*

LUDOVICA MULAS, *Dottoranda di ricerca in Diritto Internazionale / Scuola di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna*

CRISTINA POZZI, *Professore di Diritto comunitario dei trasporti J. M. / Università degli Studi di Parma*

PATRIZIA QUAIA, *Avvocato / Foro di Milano*

GIORGIO ROMAN, *Avvocato / Foro di Vicenza*

GIAN FRANCO SIMONINI, *Docente a contratto / Università di Modena e Reggio Emilia*

MARIA TERESA STILE, *Ricercatore confermato in Istituzioni di diritto pubblico; abilitato alle funzioni di Professore Associato; docente di Diritto pubblico; Istituzioni di diritto pubblico dell'ambiente e dei beni culturali; Diritto dell'Unione europea / Università Telematica Pegaso*

ENRICO TRAVERSA, *Già Consigliere giuridico principale/Direttore della Sezione «Giustizia e affari interni» del Servizio giuridico della Commissione europea; Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea nel Dipartimento di Scienze politiche e Relazioni internazionali / Università di Bologna*

GIOVANNI VEZZOSO, *Già Presidente Marconsult*

