



Trimestrale diretto da G. M. Ubertazzi e F. Capelli

2003

Editoriale Scientifica



DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Trimestrale diretto da *G. M. Ubertazzi e F. Capelli*

INDICE 2003

ARTICOLI

- Susanna Cafaro* - I corridoi paneuropei dei trasporti: una combinazione di diritto internazionale e di diritto comunitario per "collegare" il continente Pag. [711](#)
- Andrea Caligiuri* - Le politiche nazionali di difesa degli Stati membri dell'Unione europea: prerogative e limiti in base all'art. 297 del Trattato Ce » [7](#)
- Maurizio Maresca* - L'attuazione dell'ordinamento comunitario e il processo » [223](#)
- Vincenzo Siani* - Il regolamento Ce n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione delle sentenze - *Parte Prima*: La cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale: dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento (Ce) n. 44/2001 » [451](#)
- Vincenzo Siani* - Il regolamento Ce n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione delle sentenze - *Parte Seconda*: Riconoscimento ed esecutività delle sentenze e degli atti stranieri » [653](#)

COMMENTI

- Elisa Baroncini* - L'apertura alla società civile del sistema di risoluzione delle controversie dell'Omc: gli *Amici Curiae* Pag. 115
- Elisabetta Bergamini* - L'intervento *amicus curiae*: recenti evoluzioni di uno strumento di *common law* fra Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo » 181
- Federica Cameli* - La disciplina *antitrust* ed il risarcimento dei danni nella giurisprudenza americana e in quella italiana » 79
- Fausto Capelli* - Il condizionamento dei prodotti contrassegnati con «DOP» e «IGP» secondo le nuove disposizioni inserite nel regolamento Cee n. 2081/92 sulle denominazioni di origine » 105
- Fausto Capelli* - Presenza accidentale di OGM negli alimenti e obblighi di etichettatura anche alla luce del principio di precauzione » 361
- Fausto Capelli* - La Corte di cassazione prende posizione sull'etichettatura dei prodotti alimentari contenenti OGM con riferimento agli aspetti di diritto penale » 783
- Salvatore D'Acunto* - Sentenza "musei italiani": un freno comunitario alle preferenze locali » 539
- Laura Lezzi* - Principio di equivalenza, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione delle professioni nell'Unione europea » 383
- Matteo Micheletti* - Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: interpretazione per principi generali e pluralismo giuridico » 281
- Paolo Pallaro* - Note a margine di alcune recenti sentenze della Corte di giustizia sulla tutela dei consumatori e sull'applicabilità di direttive non (correttamente) trasposte in controversie tra privati » 35
- Massimo Panebianco* - Il mandato di arresto europeo e l'esecuzione della decisione quadro del 13 giugno 2002 nell'ordinamento italiano » 589
- Vito Rubino* - Commento alla sentenza *Hahn*: limiti alla fissazione di una tolleranza zero nei prodotti alimentari con riferimento al diritto comunitario e alla luce degli Accordi OMC » 309

<i>Teresa Russo</i> - "Treaty-Constitution e Custom-Constitution" nell'Unione europea	Pag. 791
<i>Luca Trifone</i> - L'ammissibilità di limiti parziali alla circolazione delle persone: la sentenza <i>Oteiza Olazabal</i>	» 755
<i>Sergio Ventura</i> - Protezione delle denominazioni di origine e libera circolazione dei prodotti alimentari	» 333

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

<i>Fausto Capelli</i> - Tutela ambientale e libertà di circolazione delle merci: due principi a confronto	» 617
<i>Giuseppe Coscia</i> - La disciplina della vendita internazionale e suoi riflessi sull'e-commerce	» 631
<i>Paolo Pallaro</i> - Apologia di un nome: un'interpretazione del metodo comunitario e dell' <i>esprit communautaire</i>	» 425
<i>Lorenzo Pegoraro</i> - La Svezia e l'Unione monetaria: analisi di un rapporto controverso	» 831
<i>Marco Polastri Menni</i> - La legge regolatrice dei contratti privi della prestazione caratteristica	» 195

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Difesa e promozione dei diritti dei consumatori: la Corte di giustizia rafforza la tutela del consumatore contro le clausole abusive

Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2001 in causa n. C-481/99

<i>Georg Heininger e Helga Heininger c. Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG</i>	» 31

Sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 2002 in causa n. C-386/00

<i>Axa Royale Belge SA c. Georges Ochoa e Stratégie Finance SPRL</i>	» 32

Ordinanza della Corte di giustizia del 24 ottobre 2002 in causa n. C-233/01 <i>Riunione Adriatica di Sicurtà Spa (RAS) c. Dario Lo Bue</i>	Pag. 32
Sentenza della Corte di giustizia del 21 novembre 2002 in causa n. C-473/00 <i>Cofidis SA c. Jean-Louis Fredou</i> (con commento di <i>Paolo Pallaro</i>)	» 33
Il potere di vigilanza della Commissione non deve ledere il diritto ad una buona amministrazione della giustizia Sentenza del Tribunale di primo grado del 30 giugno 2002 in causa n. T-54/99 <i>max.mobil Telekommunication Service GmbH c. Commissione europea</i> (con commento di <i>Matteo Micheletti</i>)	» 277
L'azione preventiva degli Stati membri a tutela della salute nella giurisprudenza comunitaria ed internazionale Sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 24 ottobre 2002 in causa n. C-121/00 Procedimento penale a carico di <i>Walter Hahn</i> (con commento di <i>Vito Rubino</i>)	» 305
Può uno Stato membro limitare il diritto di soggiorno di un lavoratore migrante ad una parte del territorio nazionale? Sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 2002 in causa n. C-100/01 <i>Ministre de l'Intérieur c. Aitor Oteiza Olazabal</i> (con commento di <i>Luca Trifone</i>)	» 749
Ingresso ai musei: contrastano con il diritto comunitario le agevolazioni tariffarie riservate ai soli cittadini italiani residenti Sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2003 in causa n. C-388/01 <i>Commissione europea c. Repubblica italiana</i> (con commento di <i>Salvatore D'Acunto</i>)	» 535
La Corte di giustizia si pronuncia sulla compatibilità della normativa sui prodotti DOP con il divieto di restrizioni all'esportazione Sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 2003 in causa n. C-469/00 <i>Ravil Sarl c. Bellon import SARL e Biraghi Spa</i>	» 329

Sentenza del 20 maggio 2003 in causa n. C-108/01
Consorzio del Prosciutto di Parma e Salumificio S. Rita Spa c.
Asda Stores Ltd e Hygrade Foods Ltd
(con commento di *Sergio Ventura*)

Pag. 331

II. MASSIMARIO ANNOTATO
(a cura di *Enrica Adobati*)

La Corte di giustizia si pronuncia sulla legittimità delle tasse riscosse per la registrazione degli atti societari
Sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 2002 in cause riunite n. C-216/99 e n. C-222/99
Riccardo Prisco Srl c. Amministrazione delle Finanze dello Stato, Ministero delle finanze c. Caser Spa

» 61

La direttiva n. 86/653/Cee relativa agli agenti commerciali non trova applicazione nei confronti della normativa nazionale sull'attività di mediatore
Ordinanza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2002 in causa n. C-273/01
Walter Ferro c. Giovanni Santoro

» 64

Lo scambio di programmi sportivi in Eurovisione contrasta con la normativa comunitaria sulla libera concorrenza
Sentenza del Tribunale di primo grado (seconda sezione ampliata) dell'8 ottobre 2002 in cause riunite n. T-185/00, n. T-216/00, n. T-299/00 e n. T-300/00
Métropole télévision SA (M6), Antena 3 de Televisión, SA, Gestevisión Telecinco, SA c. SIC - Sociedade Independente de Comunicação, SA sostenute da *Deutsches SportFernsehen GmbH (DSF)*, e *Reti Televisive Italiane Spa (RTI) c. Commissione europea* sostenuta da *Union européenne de radio-télévision (UER)* e da *Radiotelevisión Española (RTVE)*

» 339

Un giudice nazionale non può ordinare alle istituzioni comunitarie di intervenire in una procedura interna con lo scopo di farne accertare l'eventuale responsabilità in una successiva azione di risarcimento dei danni
Sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 2002 in causa n. C-275/00
Comunità europea, rappresentata dalla Commissione europea c. First NV, Franex NV

» 341

Il Tribunale annulla le decisioni della Commissione che avevano revocato le autorizzazioni d'immissione in commercio di medicinali anti-obesità e la Corte conferma l'annullamento

Sentenza del Tribunale di primo grado del 26 novembre 2002 in cause riunite n. T-74/00, n. T-76/00, da n. T-83/00 a n. T-85/00, n. T-132/00, n. T-137/00 e n. T-141/00

Artegodan GmbH, Bruno Farmaceutici SpA e a. c. Commissione europea

Pag. 551

La Corte si pronuncia sul contrasto con il principio comunitario della libera prestazione dei servizi tanto della normativa belga in materia di testimonianza in giudizio quanto della normativa lussemburghese in materia di segreto bancario

Sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2002 in causa n. C-153/00

Procedimento penale a carico di *Paul der Weduwe*

» 65

È valida secondo la Corte di giustizia la direttiva relativa alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco

Sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2002 in causa n. C-491/01

The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte: British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd

» 343

Condizioni in base alle quali i familiari extracomunitari di un cittadino portoghese deceduto hanno il diritto di rimanere nel territorio dell'Unione invocando il regolamento Cee n. 1251/70

Sentenza della Corte di giustizia del 9 gennaio 2003 in causa n. C-257/00

Nani Givane e a. c. Secretary of State for the Home Department

» 67

Contrasta con l'art. 28 del Trattato Ce la normativa nazionale che limita la pesca di determinate specie sul territorio di un altro Stato membro

Sentenza della Corte di giustizia del 16 gennaio 2003 in causa n. C-265/01

Procedimento penale a carico di *Annie Pansard e a.*, con l'intervento del *Comité Région pêches maritimes*

» 345

La Corte di giustizia interpreta la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen

- Sentenza della Corte di giustizia dell'11 febbraio 2003 in cause riunite n. C-187/01 e n. C-385/01
Procedimento penale a carico di *Hüseyin Gözütok e Klaus Brügge* Pag. 346
- Ancora una pronuncia della Corte di giustizia in materia di prestazioni mediche ricevute all'estero**
Sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 2003 in causa n. C-326/00
Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA) c. Vasileios Ioannidis » 68
- Contrasta con il diritto comunitario la normativa italiana che stabilisce il congelamento dei premi previsti per l'assicurazione obbligatoria sui veicoli a motore**
Sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 2003 in causa n. 59/01
Commissione europea c. Repubblica italiana » 71
- È conforme alla normativa comunitaria la disciplina italiana che prevede quale presupposto per l'iscrizione nel registro delle imprese l'inclusione dell'agente commerciale in un apposito albo**
Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2003 in causa n. C-485/01
Francesca Caprini c. Conservatore Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura (CCIAA) » 73
- La normativa comunitaria non si oppone a che il servizio militare venga imposto unicamente agli uomini**
Sentenza della Corte di giustizia dell'11 marzo 2003 in causa n. C-186/01
Alexander Dory c. Repubblica federale di Germania » 75
- La normativa austriaca che prevede l'obbligo di indicare l'avvenuto superamento dei termini minimi di conservazione è conforme alla direttiva n. 2000/13/Ce in materia di etichettatura di prodotti alimentari**
Sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2003 in causa n. C-229/01
Procedimento penale a carico di *Susanne Müller* » 554
- La Corte si pronuncia ancora sul tema della parità di trattamento tra uomini e donne**

- Sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 2003 in causa n. C-187/00
Helga Kutz Bauer c. Freie und Hansestadt Hamburg Pag. 348
- La Corte si pronuncia sul controllo ufficiale dei prodotti alimentari**
Sentenza della Corte di giustizia del 10 aprile 2003 in causa n. C-276/01
Procedimento penale a carico di *Joachim Steffensen* » 350
- La Corte si pronuncia sul principio di non discriminazione contenuto nell'Accordo di associazione tra la Comunità europea e la Repubblica slovacca**
Sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2003 in causa n. C-438/00
Deutscher Handballbund eV c. Maros Kolpak » 353
- La normativa olandese in tema di cure mediche ricevute all'estero contrasta con i principi della libera prestazione dei servizi**
Sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 2003 in causa n. C-385/99
V. G. Müller-Fauré c. Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA, e E. E. M. van Riet c. Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen » 355
- Nei procedimenti di infrazione ex art. 226 CE il parere motivato e il ricorso devono fondarsi su addebiti identici a quelli formulati nella lettera di diffida**
Sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 2003 in causa n. C-145/01
Commissione europea c. Repubblica italiana » 556
- Svolgimento di manifestazioni pacifiche e principi comunitari sulla libera circolazione delle merci**
Sentenza della Corte di giustizia del 12 giugno 2003 in causa n. C-112/00
Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Repubblica austriaca » 558
- È compatibile con il diritto comunitario una tassa nazionale molto elevata sull'immatricolazione di autovetture**
Sentenza della Corte di giustizia del 17 giugno 2003 in causa n. C-383/01

De Danske Bilimportører c. Skatteministeriet, Told - og Skattestyrelsen Pag. 560

L'Inps non può più ripetere le somme pagate in eccesso ad un lavoratore migrante se il controllo non è stato effettuato entro i termini di legge

Sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 2003 in causa n. C-34/02

Sante Pasquini c. Istituto nazionale di previdenza sociale (INPS) » 561

Contrasta con l'art. 49 del Trattato la normativa fiscale svedese che privilegia la stipulazione di contratti di assicurazione con imprese nazionali

Sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 2003 in causa n. C-422/01

Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ), Ola Ramstedt c. Riksskatteverket » 564

La Corte di giustizia si pronuncia ancora sul tema del rimborso delle spese per cure mediche sostenute in un Paese diverso da quello di residenza

Sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 2003 in causa C-156/01

R.P. Van der Duin c. Onderlinge Waarborgmaatschappij ANOZ Zorgverzekeringen UA e Onderlinge Waarborgmaatschappij ANOZ Zorgverzekeringen c. T.W. Van Wegberg-van Brederode » 565

Contrarietà al diritto comunitario della normativa olandese che impone un sistema di registrazione obbligatoria delle patenti di guida rilasciate da altri Stati membri dopo che il titolare si sia stabilito nei Paesi Bassi

Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 2003 in causa n. C-246/00

Commissione europea c. Paesi Bassi (convenuto) e sostenuto dal Regno di Spagna (interveniente) » 567

Il Tribunale annulla le decisioni della Commissione che avevano revocato le autorizzazioni d'immissione in commercio di medicinali anti-obesità e la Corte conferma l'annullamento

Sentenza della Corte di giustizia del 24 luglio 2003 in causa n. C-39/03 P

Commissione europea c. Artgodan GmbH e altri » 552

Il coniuge extracomunitario di una cittadina dell'Unione ha il diritto di soggiornare nello Stato d'origine della moglie quando questa vi ritorna per esercitare un'attività subordinata sempre che il matrimonio sia "autentico"

Sentenza della Corte di giustizia del 23 settembre 2003 in causa n. C-109/01

Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich

Pag. 767

Contrasta con la libera circolazione delle merci la disciplina nazionale che vieta la commercializzazione di prodotti conformi alla normativa comunitaria e legalmente fabbricati in un Paese dell'Unione europea

Sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2003 in causa n. C-358/01

Commissione europea c. Regno di Spagna

» 770

Le autorità nazionali non possono rifiutare al titolare di un diploma rilasciato in un altro Stato membro l'iscrizione in Italia nel registro dei praticanti avvocati

Sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 2003 in causa n. C-313/01

Christine Morgenbesser c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova

» 771

La normativa nazionale che fissa la data di scadenza per il latte pastorizzato ad alta temperatura contrasta con gli artt. 28-30 del Trattato Ce

Sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 2003 in causa n. C-294/01

Società Granarolo S.p.a c. Comune di Bologna

» 773

Non riconoscendo il diploma ottenuto presso la *European School of Economics* l'Italia ha violato la normativa comunitaria sulla libertà di stabilimento

Sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 2003 in causa n. C-153/02

Valentina Neri c. European School of Economics (ESE Insight World Education System Ltd)

» 775

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

Le violazioni della normativa *antitrust*. Quale tutela per i consumatori? Giurisprudenza americana e italiana a confronto

Sentenza della Corte di cassazione, sezione I civile, del 4 marzo 1999 n. 1811

Montanari c. Banca Carige

Pag. 77

Sentenza della Corte di cassazione, sezione I civile, del 27 giugno-9 dicembre 2002 n. 17475

» 78

Axa Assicurazioni Spa c. Larato

(con commento di *Federica Cameli*)

Quando l'etichetta dei prodotti alimentari deve indicare la presenza di OGM

Ordinanza del Consiglio di Stato, sezione IV, del 28 gennaio 2003 n. 1313/2003

Ministero della salute c. Codacons e Federconsumatori

» 359

(con commento di *Fausto Capelli*)

La questione del divieto di utilizzo della denominazione «Tocai» è stata rimessa alla Corte di giustizia

Ordinanza del TAR Lazio, Sezione seconda ter, del 9 giugno-31 luglio 2003 - n. 6717/2003

Regione autonoma Friuli Venezia Giulia ed Agenzia regionale per lo sviluppo rurale (Ersa) c. Ministero per le politiche agricole e forestali e Regione Veneto

» 569

(con nota di *Enrica Adobati*)

La presenza accidentale di OGM negli alimenti alla luce del diritto penale

Sentenza della Corte di cassazione, III sez. penale, del 9 luglio-9 ottobre 2003 n. 38577/02

» 779

Procedimento penale a carico di *Pierangelo Manarolla*

(con commento di *Fausto Capelli*)

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

La liberalizzazione dei servizi: strategie ed azioni

Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Lo stato del mercato interno dei servizi [Doc. Com(2002)441 def.]

» 371

Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Una strategia per il mercato interno dei servizi [Doc. Com(2000) 888 def.] (con commento di *Laura Lezzi*) Pag. 378

Sull'amministrazione della giustizia penale: il mandato di cattura europeo

Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (2002/584/GAI) (con commento di *Massimo Panebianco*) » 575

Le modifiche al regolamento n. 2081/92 sulle denominazioni di origine

Regolamento (Ce) del Consiglio n. 692/2003 dell'8 aprile 2003 che modifica il regolamento (Cee) n. 2081/92 relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari (con commento di *Fausto Capelli*) » 103

Bruxelles, 12 - 13 dicembre 2003: vertice dei Capi di Stato e di Governo sulla CIG

Risoluzione del Parlamento europeo sui risultati della Conferenza intergovernativa (in argomento articolo di *Teresa Russo*) » 789

DOCUMENTAZIONE

Consiglio europeo

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 20-21 marzo 2003 » 189

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Salonicco, 19-20 giugno 2003 » 419

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 16-17 ottobre 2003 » 819

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 12 dicembre 2003 » 826

L'*amicus curiae* nell'OMC: accesso dei privati alle procedure contenziose

European Communities Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, 8 November 2000 (WT/DS/135/9) » 111

- Contribution of the European Communities and its Member States to the improvement of the Wto Dispute Settlement System, 13 March 2002 (TN/DS/W/1) (con commento di *Elisa Baroncini*) Pag. 113

La Commissione europea *amica curiae* davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo

- Osservazioni scritte della Commissione europea nel caso n. 56672/00, *DSR Senator Lines GmbH v. Austria and others* » 177
(con commento di *Elisabetta Bergamini*)

Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa

- Prefazione alle parti I e II del Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa trasmesse al Consiglio europeo riunito a Salonicco il 20 giugno 2003 » 607
Preambolo » 608
Relazione orale presentata al Consiglio europeo di Salonicco da V. Giscard d'Estaing, Presidente della Convenzione europea » 609

RECENSIONI

- Ida Caracciolo*, La rilevazione dei valori democratici nell'Unione europea. Una proiezione internazionale per l'identità giuridica occidentale (*Teresa Russo*) » 645
Sergio M. Carbone, Il nuovo spazio giudiziario europeo dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento CE 44/2001 (*Giovanna Lisotta*) » 443
Sergio M. Carbone - Riccardo Luzzatto - Alberto Santa Maria (a cura di), Istituzioni di Diritto Internazionale (*Angela Di Stasi*) » 643
Pasquale De Sena, La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo (*Giovanna Lisotta*) » 843
Michael Kloepper, Informationsrecht (*Mario Panebianco*) » 844
Bruno Nascimbene (a cura di), La Convenzione europea dei diritti dell'uomo - Profili ed effetti nell'ordinamento italiano (*Giovanna Lisotta*) » 841

<i>Massimo Panebianco</i> , Global Peace e Guerre d'Oriente (<i>Teresa Russo</i>)	Pag. 441
<i>Antonio Parenti</i> , Il WTO (<i>Elisa Baroncini</i>)	» 205
<i>Sergio Ventura</i> , Principi di Diritto dell'Alimentazione (<i>Fabio Gencarelli</i>)	» 444
<i>Armin von Bogdandy</i> , Europäisches Verfassungsrecht: theoretische und dogmatische Grundzüge (<i>Massimo Panebianco</i>)	» 641
<i>Alberto Vespaziani</i> , Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali (<i>Giovanna Lisotta</i>)	» 846
Libri ricevuti nell'anno 2002	» 213
Libri ricevuti nell'anno 2003	» 847

ARTICOLI

LE POLITICHE NAZIONALI DI DIFESA DEGLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA: PREROGATIVE E LIMITI IN BASE ALL'ART. 297 DEL TRATTATO CE

Sommario: **1.** *Premessa* - **2.** *La nozione di «pubblica sicurezza» nella giurisprudenza della Corte di giustizia* - **3.** *L'art. 297 TCE come «riserva di sovranità»* - **4.** *La prassi applicativa dell'art. 297 TCE* - **5.** *I poteri di controllo della Commissione europea e della Corte di giustizia ex art. 298 TCE* - **6.** *Osservazioni conclusive.*

1. Premessa

Il Trattato istitutivo della Comunità europea, essendo un trattato di natura essenzialmente economica, non intacca, in linea di principio, i diritti sovrani degli Stati membri nella determinazione della loro politica estera e di difesa; infatti, il Trattato stesso prevede delle c.d. clausole di salvaguardia, artt. 296 (ex art. 223) e 297 (ex art. 224), funzionali proprio a tale obiettivo.

Il presente lavoro si propone di analizzare le misure adottate dagli Stati membri a tutela della loro sicurezza nazionale, attraverso una sistematica disamina delle sole fattispecie contemplate nell'art. 297 e della sua prassi applicativa, e rinviando l'esame dell'art. 296 alla cospicua dottrina esistente¹.

¹ L'art. 296 (ex art. 223) TCE afferma che:

«1. Le disposizioni del presente trattato non ostano alle norme seguenti:

a. nessuno Stato membro è tenuto a fornire informazioni la cui divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza,

b. ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico; tali misure non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato comune per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari.

2. Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, può apportare modificazioni all'elenco, stabilito il 15 aprile 1958, dei prodotti cui si applicano le disposizioni del paragrafo 1, lettera b. ».

L'articolo in questione così dispone:

«Gli Stati membri si consultano al fine di prendere di comune accordo le disposizioni necessarie ad evitare che il funzionamento del mercato comune abbia a risentire delle misure che uno Stato membro può essere indotto a prendere nell'eventualità di gravi agitazioni interne che turbino l'ordine pubblico, in caso di guerra o di grave tensione internazionale che costituisca una minaccia di guerra ovvero per far fronte agli impegni da esso assunti ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale».

Ci troviamo in presenza di interessi pubblici nazionali da tutelare che, essendo in diretto collegamento con la nozione di sovranità statale e riguardando l'essenza stessa dello Stato, hanno alcune peculiarità che li distinguono da altre misure nazionali che concernono la «pubblica sicurezza».

Inoltre, contrariamente alle disposizioni del Trattato sull'UE in materia di politica estera e sicurezza comune (PESC) in base alle quali gli Stati membri hanno la potestà di individuare le peculiarità della loro politica di difesa², ma che non possono assolutamente essere invocate per evitare di conformarsi agli obblighi che discendono dal Trattato Ce³, i casi che rientrano nell'ambito di applicazione della speciale clausola di salvaguardia di cui all'art. 297 (lo stesso discorso vale per l'art. 296) mostra il suo carattere distintivo proprio nelle deroghe che può apportare al sistema comunitario⁴. Va da sé che queste misure devono, per natura, essere strettamente limitate nel tempo⁵.

Per un maggiore approfondimento della problematica legata all'articolo in questione, che non sarà oggetto della nostra trattazione salvo che per richiami legati alla interpretazione che ne dà la Corte di giustizia, in questo legandolo all'art. 297, si vedano: LHOEST, *La production et le commerce des armes, et l'article 223 du traité instituant la Communauté européenne*, RBDI, 1993, p. 176 ss.; SCIAUDONE, *Misure di salvaguardia nel settore della difesa e regole di concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, p. 587 ss.; VINCENTELLI - MERIA, *Vers une normalisation de l'application de l'article 296 du TCE dans le secteur des industries d'armement: les interprétations de la Commission européenne et de la Cour de justice*, RMCUE, 2001, p. 96 ss.

² L'art. 17 TUE dispone, tra l'altro, che «La politica dell'Unione a norma del presente articolo non pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri e rispetta gli obblighi di alcuni Stati membri i quali ritengono che la loro difesa comune si realizzi tramite l'Organizzazione del Trattato del Nord Atlantico (NATO), nell'ambito del trattato dell'Atlantico del Nord, e sia compatibile con la politica di sicurezza e di difesa comune adottata in tale contesto».

³ L'art. 47 TUE dispone che «(...) nessuna disposizione del presente trattato pregiudica i trattati che istituiscono le Comunità europee né i trattati e atti successivi che li hanno modificati o completati».

⁴ Si noti che il vecchio Trattato Ceca e il Trattato Ceea non contengono una disposizione comparabile all'art. 297; ma certi argomenti militano a favore di un'applicazione, per analogia, degli artt. 296-298 TCE nel quadro degli altri due Trattati comunitari. A sostegno del metodo analogico suggerito, si veda la sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1987 in causa n. 328/85, *Deutsche Babcock Handel GmbH c. Hauptzollamt Lübeck-Ost* (in *Raccolta*, 1985, p. 5119), in cui la Corte di giustizia affermò che l'art. 232, n. 1 [ora art. 305, n. 1] del Trattato Cee deve essere interpretato nel senso che, «limitatamente a questioni non disciplinate dal Trattato Ceca o da una regolamentazione adottata in forza di esso, il Trattato Cee e le disposizioni emanate per la sua attuazione si possono applicare a prodotti rientranti nel Trattato Ceca» (par. 10).

⁵ VERHOEVEN, *Article 224*, in COSTANTINESCO et al. (eds.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1993, p. 1407.

2. La nozione di «pubblica sicurezza» nella giurisprudenza della Corte di giustizia

A titolo preliminare, è bene ricordare la definizione che la Corte di giustizia dà della nozione di «pubblica sicurezza», con riferimento agli artt. 30; 39, par. 3; 46 e 55 TCE in materia di libertà di circolazione; nozione che mostra significative similitudini con quella di sicurezza nazionale utilizzata per ricomprendere le ipotesi elencate nell'art. 297.

Occorre segnalare che tale nozione di «pubblica sicurezza» viene configurata dalla Corte in modo identico a prescindere dallo specifico ambito giuridico nel quale essa viene invocata e tale da poter essere riferita sia alla tutela della sicurezza *interna* che della sicurezza *esterna* di ciascun Stato membro⁶.

Tuttavia, la Corte ha dichiarato che, se esigenze di pubblica sicurezza possono giustificare deroghe alle libertà di circolazione, la misura derogatoria deve essere proporzionata all'obiettivo perseguito e non deve costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata della libera circolazione. La Corte ha osservato che uno Stato membro non può limitarsi ad invocare genericamente imperativi di difesa del territorio nazionale per giustificare una discriminazione nei confronti dei cittadini degli altri Stati membri, ma deve dimostrare l'esistenza di una minaccia precisa. Infatti, le esigenze di pubblica sicurezza possono giustificare deroghe alla libertà di circolazione soltanto nei limiti in cui tali misure derogatorie sono idonee e necessarie per raggiungere lo scopo perseguito⁷.

Come ha sottolineato l'Avvocato Generale Cosmas, nel caso *Albore*⁸, la Corte ha costantemente dichiarato che gli indirizzi di politica nazionale in materia di pubblica sicurezza e l'adozione delle relative misure appartengono alla competenza esclusiva degli Stati⁹, ma ha anche precisato come le norma-

⁶ Per la nozione di «pubblica sicurezza» si vedano: la sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1977 in causa n. 230/77, *Boucherau* (in *Raccolta*, 1977, p. 921) in cui la Corte osserva che le autorità degli Stati membri hanno in materia un apprezzabile margine di discrezionalità, pur sottolineando che non possono valutare unilateralmente la situazione senza il controllo delle istituzioni comunitarie; la sentenza del 17 giugno 1987 in causa n. 154/85, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana* (in *Raccolta*, 1985, p. 2717) in cui la Corte sottolinea come debba esservi un nesso di causalità con l'effetto restrittivo di una data disposizione sulla libertà agli scambi.

⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 1988 in causa n. 352/85, *Bond van Andverteers*, in *Raccolta*, 1988, I, p. 2085.

⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale COSMAS in causa n. C-423/98, *Alfredo Albore*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5967.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 1991 in causa n. C-367/89, *Richardt e «Les Accessoires Scientifiques» SNC*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4621 e sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 1995 in causa n. C-83/94, *Leifer et al.*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3231. Si noti, inoltre, che il principio che spetti essenzialmente alle autorità dello Stato interessato valutare le questioni relative alla sicurezza nazionale è stato confermato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per quanto attiene all'art. 15 della CEDU, che autorizza gli Stati contraenti ad adottare misure in deroga

tive statali adottate per perseguire obiettivi militari nazionali sono, eccettuati i casi che rientrano nell'ambito di applicazione della speciale clausola di salvaguardia degli artt. 296 e 297 del Trattato Ce, soggette a controllo riguardo alla loro compatibilità con il diritto comunitario, se la loro applicazione ostacola o limita il rispetto delle norme dell'ordinamento giuridico comunitario¹⁰. Ma si deve notare che il sindacato giurisdizionale esercitato mediante l'applicazione del principio fondamentale di proporzionalità si riduce ad esame dei limiti estremi del potere discrezionale degli Stati membri; dunque l'ampiezza del potere discrezionale nazionale comprime il controllo comunitario sulle pertinenti misure nazionali.

Se non si vogliono compromettere la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto comunitario, non si può, quindi, ammettere che il Trattato, all'infuori delle ipotesi specifiche considerate da talune delle sue disposizioni, contenga una riserva generale riguardante qualsiasi provvedimento adottato da uno Stato membro per motivi di tutela della pubblica sicurezza.

Uno Stato membro ha, pertanto, l'obbligo di fornire, per derogare alla normativa comunitaria, un «*minimum* di motivazione» dalla quale emerga che le eccezioni introdotte non hanno carattere generale e non mirano, in modo appropriato a regolare situazioni ipotetiche e non dimostrate¹¹. Come sottolineato dall'Avvocato Generale Cosmas, la qualificazione di un problema come di importanza militare e la ricerca del modo con cui soddisfare lo specifico obiettivo di interesse pubblico fissato appartengono all'esclusiva competenza dello Stato, ma le autorità nazionali, quando rinviando all'aspetto militare della pubblica sicurezza, devono tuttavia farlo nel rispetto della logica e dei dati della comune esperienza. Già la sentenza *Commissione c. Grecia*¹² ha evidenziato che le misure nazionali militari devono essere motivate, affinché possano essere desunti con chiarezza, in primo luogo, l'obiettivo perseguito e in secondo luogo, la relazione logica che intercorre tra il raggiungimento di tale obiettivo e le prescrizioni nazionali adottate. Il rispetto dell'obbligo di motivazione è il presupposto necessario per l'esercizio del sindacato comuni-

agli obblighi previsti dalla Convenzione «in caso di guerra o in caso di altre pubbliche calamità che minaccino la vita della nazione». Si veda a tal proposito la causa *Irlanda c. Regno Unito*, sentenza del 18 gennaio 1978, Serie A n. 25, p. 78-79.

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 1999 in causa n. C-273/97, *Angela Maria Sirdar c. The Army Board e Secretary of State for Defence*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7403 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 295.

¹¹ A sostegno di ciò, si veda, ad esempio, il dispositivo della direttiva n. 64/221/Cee del Consiglio, del 25 febbraio 1964, per il coordinamento dei provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento e il soggiorno degli stranieri, giustificati da motivi d'ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica (in *Guce* n. L 56 del 4 aprile 1964, p. 850), il quale stabilisce che i provvedimenti di ordine pubblico o di pubblica sicurezza «devono essere adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale dell'individuo nei riguardi del quale essi sono applicati» (art. 3, n. 1).

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 1997 in causa n. C-62/96, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 6738.

tario di legittimità, al fine di accertare di volta in volta che gli Stati membri non superino i limiti estremi del potere discrezionale di cui godono per la tutela dell'interesse pubblico militare o che non invochino abusivamente questo aspetto dell'interesse pubblico.

3. L'art. 297 TCE come «riserva di sovranità»

La specificità dell'art. 297 TCE è legata, invece, al fatto che esso concerne «una situazione del tutto eccezionale» come affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Johnston*¹³, distinguendola da quelle *soltanto* «eccezionali» [artt. 30; 39, par. 3; 46; 55 e 58], nelle quali viene consentito di discostarsi dagli obblighi in materia di libertà di circolazione.

Tale opinione è confermata nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale JACOBS nel caso *Commissione c. Grecia*, nelle quali si afferma che:

«l'analogia tra gli artt. [30] e [297] non può essere estesa oltre certi limiti (...) È senz'altro esatta l'affermazione secondo cui gli artt. [30] e [297] richiedono entrambi un'interpretazione restrittiva in quanto derogano alle norme generali del Trattato. Questo è il denominatore comune delle due disposizioni. Esse presentano tuttavia differenze rilevanti. In primo luogo, mentre le fattispecie di cui all'art. [30] (e di cui gli artt. [39, n. 3, e 46, n.1]) possono essere considerate eccezionali, quelle oggetto dell'art. [297], come affermato dalla Corte al punto 27 della sentenza *Johnston*, sono *del tutto* eccezionali. Ciò spiega come l'art. [297] sia stato poco invocato, mentre il ricorso all'art. [30] è relativamente comune. Una seconda differenza riguarda l'ampiezza delle eventuali deroghe consentite dai due articoli. L'art. [30] consente deroghe ad un aspetto (certamente essenziale) del mercato comune; l'art. [297] consente, invece, di derogare alle norme del mercato comune in generale»¹⁴.

Inoltre, come si vedrà in seguito, la natura «del tutto eccezionale» dell'art. 297 è chiaramente desumibile dalla previsione di una procedura straordinaria dinanzi alla Corte di giustizia nei casi di uso abusivo da parte degli Stati membri che lo dovessero di volta in volta invocare.

Gli Stati membri, basandosi sul carattere «del tutto eccezionale» della norma, l'hanno spesso invocata per affermare che la gestione della politica nazionale di difesa non solo è rimessa al loro potere, ma non deve neppure incontrare ostacoli derivanti dall'ordinamento giuridico comunitario che possano far venire meno la loro libertà di scelta, configurando l'esistenza di una

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 1986 in causa n. 222/84, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of Royal Ulster Constabulary*, in *Raccolta*, 1986, p. 1651, par. 27.

¹⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale JACOBS in causa n. C-120/94, *Commissione c. Grecia (Macedonia)*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1514, par. 46.

«riserva di sovranità» assoluta¹⁵. Solo lo Stato interessato sarebbe pienamente in grado di apprezzare se sussista una minaccia per la propria sicurezza e con quali e quanti mezzi la si debba affrontare; nel qual caso la Corte nel suo esame potrebbe soltanto stabilire, ai sensi dell'art. 298, se lo Stato membro in questione abbia o meno esercitato «abusivamente» i poteri conferitigli dall'art. 297¹⁶. Inoltre, l'interpretazione che considera l'art. 297 una clausola di sovranità assoluta sarebbe conforme con il fatto che la politica estera e di sicurezza è esclusa da ogni previsione del Trattato Ce, quindi sottratta ad ogni metodo comunitario, per rientrare solo in base alla cooperazione intergovernativa, nel Titolo V del Trattato UE, dove gli Stati sono tenuti, ex art. 16, a consultarsi reciprocamente e a concertarsi in sede di Consiglio «in merito a qualsiasi questione di politica estera e di sicurezza di interesse generale per garantire che l'influenza dell'Unione si eserciti nel modo più efficace con una azione convergente e concreta»; obbligo che, tuttavia, non deve necessariamente concretizzarsi nell'adozione di una condotta comune. Posta in questi termini la discrezionalità dello Stato sarebbe assoluta.

Comunque, lo Stato membro che dovesse adottare misure urgenti ex art. 297 avrebbe l'obbligo di consultarsi con gli altri Stati membri al fine di prendere di comune accordo le disposizioni necessarie ad evitare che il funzionamento del mercato comune abbia a risentire di dette misure; la tutela dell'interesse degli Stati membri a fruire di sufficienti spazi di libertà di azione sul piano nazionale non è infatti l'unica esigenza che l'art. 297 mira a soddisfare. Sarebbe quindi errato ritenere che la norma intenda subordinare del tutto l'interesse comunitario a quello degli Stati membri. I due interessi si troverebbero piuttosto in un rapporto di coordinazione e di equilibrio reciproco, cosicché occorrerebbe muovere alla ricerca di soluzioni che consentano di raggiungere tra i medesimi un ragionevole temperamento¹⁷.

La consultazione, perché sia efficace e raggiunga il suo scopo, dovrebbe aver luogo prima che le misure siano poste in essere. Tuttavia non è escluso che, in caso di urgenza estrema, lo Stato membro interessato adotti immediatamente le misure in oggetto, in questo caso la consultazione dovrà avvenire appena possibile¹⁸.

¹⁵ KOUTRAKOS, *Is article 297 EC a «Reserve of Sovereignty»?*, CMLR, 2000, p. 1339 ss., e EHLERMANN, *The scope of Article 113 of the EEC Treaty*, in *Études de droit des Communautés européennes. Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, p. 145 ss.

¹⁶ Si noti, tuttavia, che l'estensione e l'intensità del sindacato che la Corte può operare sono strettamente limitate in ragione della natura dei problemi considerati. Sotto il profilo giuridico non esiste alcun criterio idoneo che possa consentire di stabilire se si sia in presenza di una tensione internazionale grave o se questa costituisca una minaccia di guerra o infine di una grave agitazione interna.

¹⁷ V., tra gli altri, BALLARINO, *Lineamenti di diritto comunitario*, Padova, Cedam, 1987, p. 241.

¹⁸ Si noti che l'art. 297 non specifica né la procedura che lo Stato membro interessato debba seguire per attivare il meccanismo della consultazione né quale sia il *forum* nell'ambito del quale la consultazione debba avvenire. Pur se in base alla lettera dell'articolo è possibile che la consultazio-

Lo Stato membro interessato, che è obbligato a rendersi disponibile per le consultazioni¹⁹, anche in ragione del dovere di leale collaborazione ed assistenza che incombe sugli Stati membri nei confronti della Comunità (art. 10 TCE), non è comunque tenuto a seguire i consigli dati o le proposte fatte dagli altri Stati membri nel corso delle consultazioni stesse²⁰. In tale ipotesi, parte della dottrina sostiene che sia compatibile con il sistema comunitario ammettere la possibilità per gli altri Stati membri, che dovessero eventualmente ritenersi danneggiati dalle misure unilaterali adottate in base all'art. 297, di adottare provvedimenti di ritorsione²¹.

Tuttavia, a partire dal citato caso *Johnston*, la Corte di giustizia ha stabilito chiaramente che l'art. 297 è di stretta interpretazione poiché concerne «una situazione del tutto eccezionale»²² e, diversamente dal caso in cui possono operarsi deroghe ad uno specifico aspetto del mercato comune, consente di derogare alla disciplina del mercato comune in generale. La valenza reale di tale dispositivo è stata, pertanto, ribadita, non da ultimo nella sentenza *Albore*²³, come riguardante situazioni transitorie e non permanenti, e al tempo

ne prevista avvenga mediante la convocazione di una conferenza a livello internazionale, la soluzione auspicabile dovrebbe essere quella di una notifica da parte del rappresentante permanente presso l'UE, dello Stato membro interessato, al Segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea delle misure adottate ex art. 297, dovendo essere il Consiglio la sede più appropriata per procedere alla consultazione. Tuttavia, la procedura comunitaria può risultare dubbia in quanto sottrarrebbe al potere legislativo nazionale la facoltà di intervenire nel processo decisionale per l'adozione di quei provvedimenti che altrimenti i rappresentanti degli Stati membri avrebbero adottato nell'ambito di una conferenza internazionale.

¹⁹ Va senza dubbio rigettata l'idea in base alla quale la consultazione sia obbligatoria solo qualora sia danneggiato il funzionamento del mercato comune. V., in tal senso, GILSDORF, *Wahrung der Sicherheitsinteressen*, in GROEBEN - THIESING - EHLERMANN (eds.), *Kommentar zum EWG Vertrag*, vol. 4, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, p. 5607. Inoltre, come sottolineato dallo stesso autore (p. 5609), la violazione dell'obbligo di consultazione, da parte dello Stato membro che adotti misure ex art. 297, costituisce un uso abusivo della norma in questione.

L'inerzia da parte dello Stato interessato nell'avviare la consultazione con gli altri Stati membri non esime questi ultimi dal dovere di consultarsi (SMIT - HERZOG, *The Law of the EEC: a Commentary on the EEC Treaty*, Vol. 5, New York, Bender, 1976, p. 6-216.86).

²⁰ Una dottrina minoritaria sostiene, al contrario, che le misure unilaterali adottate ex art. 297 possono essere modificate «(...) by a decision of the Council taken by a qualified majority on a proposal by the Commission» (LASOK, *Lasok and Bridge: Law and Institutions of the European Union*, London, Butterworths, 1994, p. 434). Tuttavia, i singoli Stati membri che fossero in disaccordo con le misure adottate dallo Stato interessato potrebbero adottare contromisure unilaterali (GORI, Art. 224, in QUADRI - MONACO - TRABUCCHI, *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 1633 ss., p. 1636, e SMIT - HERZOG, *The Law of the EEC: a Commentary on the EEC Treaty*, loc. cit., p. 6-216.86).

²¹ GORI, Art. 224, loc. cit., p. 1636. V. contra GROEBEN - BOECKH, Art. 224, in *Kommentar zum EWS-Vertrag*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1958-1960, p. 411 ss.

²² Sentenza *Marguerite Johnston*, cit. supra, nota 13. Si veda anche: Conclusioni dell'Avvocato Generale GAND in causa n. 13/68, *S.p.a. Salgoil c. Ministero del commercio con l'estero*, in *Raccolta*, 1968, p. 617, parte IV, nelle quali si affermava che gli artt. 36 (ora art. 30), 224 (ora art. 297) 226 (ora abrogato) «Sono disposizioni eccezionali, che vanno interpretate restrittivamente e non possono essere invocate per negare l'esistenza di diritti nascenti da altre disposizioni del trattato» (p. 626).

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2000 in causa n. C-423/98, *Alfredo Albore*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5965.

stesso di vera e propria crisi (in caso di gravi agitazioni interne che turbino l'ordine pubblico, in caso di guerra o di tensione internazionale grave che costituisca una minaccia di guerra, o per far fronte agli impegni da uno Stato membro assunti ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale) tale da mettere in grave pericolo gli interessi vitali, se non l'esistenza stessa di uno Stato membro. L'Avvocato Generale Tesauo, nelle sue Conclusioni al caso *Commissione c. Grecia*²⁴ ha avuto modo di sottolineare che l'art. 297 del Trattato non consente agli Stati membri di adottare, in via generale e preventiva, deroghe unilaterali ai principi fondamentali del diritto comunitario, senza che sussista e senza che venga neppure affermata la situazione eccezionale descritta dalla norma; di conseguenza, è essenziale accertare di volta in volta se ricorrano i presupposti di applicazione di tale articolo²⁵. Inoltre, non bisogna dimenticare come l'Avvocato Generale Darmon, nelle sue Conclusioni al caso *Johnston*, abbia affermato che l'art. 297, in quanto clausola di salvaguardia, costituisca «l'*ultima ratio* alla quale si può far ricorso soltanto quando manchino altre disposizioni comunitarie che consentano di tener conto delle esigenze di ordine pubblico di cui trattasi»²⁶, attribuendo, così, alla norma in questione un carattere sussidiario rispetto alle altre disposizioni del Trattato, carattere che le deriverebbe automaticamente dalla sua natura di eccezionalità. Si ricordi che, nell'ordinanza del caso *Macedonia*, la Corte ha espresso l'avviso che le spetta «verificare se le condizioni stesse di applicazione dell'art. [297] siano soddisfatte nella fattispecie, [seppure ciò] implichi l'esame di questioni giuridiche complesse»²⁷. La logica di queste affermazioni non può essere altro che allontanare il rischio paventato dalla Corte nel caso *Johnston* di veder compromessa la forza cogente e l'applicazione uniforme

²⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale TESAURIO in causa n. C-62/96, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 6727, par. 21.

²⁵ Un esempio di uso legittimo dell'art. 297 sono le misure unilaterali adottate dal Regno Unito in una situazione di grave crisi transitoria quale fu quella insorta nel 1982, quando truppe argentine occuparono le isole Falkland, territorio britannico d'oltremare.

²⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale DARMON in causa n. 222/84, *Marguerite Johnston*, *cit. supra*, nota 13, p. 1654, par. 5.

²⁷ Ordinanza della Corte di giustizia del 29 giugno 1994 in causa n. C-120/94 R, *Commissione c. Grecia (Macedonia)*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3040, par. 69; la causa fu successivamente cancellata dal ruolo con ordinanza del presidente della Corte del 19 marzo 1996, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1513. (Per alcuni riferimenti dottrinari sul caso *Macedonia*: TOXOPEUS, *The Greek embargo and articles 224 and 225 EEC. A political question looked at from a juridical point of view*, in *RHDI*, 1996, p. 187 ss.; STEFANO - XANTHAKI, *A Legal and Political Interpretation of Articles 224 and 225 of the Treaty of Rome: The Former Yugoslav Republic of Macedonia Cases*, Dartmouth, Ashgate Publishing Limited, 1997).

La Corte ha, inoltre, riconosciuto al giudice dello Stato membro interessato la competenza di sindacare misure adottate in tempo di pace intese a salvaguardare la sicurezza nazionale, così statuendo: «[in sede di controllo giurisdizionale di restrizioni quantitative all'esportazione di merce utilizzabile per scopi militari] spetta al giudice nazionale accertare [in base ai fatti] sottoposti alla sua valutazione [la reale sussistenza di motivi di pubblica sicurezza]» (sentenza *Leifer*, *cit. supra*, nota 19, par. 29).

del diritto comunitario²⁸.

Anche la dottrina ha rilevato che il riferimento al normale funzionamento del mercato comune contenuto nell'art. 297, che rispecchia la necessaria proporzionalità fra sacrificio di interessi particolari e dell'interesse comunitario, risente in modo peculiare dell'importanza e preminenza che gli interessi particolari in gioco possono rivestire²⁹; nondimeno è stato rilevato che è necessario un «collegamento funzionale fra le misure deliberate e il funzionamento del mercato comune» per legittimare il riferimento all'art. 297³⁰.

4. La prassi applicativa dell'art. 297 TCE

I maggiori problemi circa l'applicazione dell'art. 297 sono venuti in rilievo soprattutto in materia di sanzioni economiche contro Stati terzi.

Infatti, negli anni '60 e '70, all'interno della Comunità si sono contrapposte due differenti tesi sul fondamento legale per l'adozione di sanzioni nei confronti di Paesi terzi. La ragione di questa contrapposizione era legata necessariamente al duplice carattere di queste misure, ovvero di misure di politica commerciale al servizio di scopi inerenti alla politica estera.

La posizione sostenuta, a più riprese, dalla Commissione³¹ è che le sanzioni sono misure commerciali, rientranti pertanto tra i fini della politica commerciale comune e quindi adottabili in base all'art. 133 (ex art. 113) TCE³² (c.d. «concezione strumentale»)³³.

Al contrario, il Consiglio e molti Stati membri hanno tentato di far prevalere le ragioni di natura politica che spingevano all'adozione di sanzioni commerciali. Secondo questo approccio, l'imposizione di sanzioni economiche è finalizzata all'esercizio di pressioni su Stati terzi, che con il loro comportamento hanno violato il diritto internazionale o minacciato la pace e la sicurezza internazionale, dove l'elemento decisivo che consentirebbe di a-

²⁸ Sentenza *Marguerite Johnston*, cit. *supra*, nota 13, par. 26.

²⁹ ROSSI, *Il buon funzionamento del mercato comune*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 163.

³⁰ POCAR, *Sulla legittimità delle sanzioni comunitarie nei confronti dell'Argentina*, in FORLATI-LEITA (eds.), *Crisi Falkland-Malvinas e organizzazione internazionale*, Padova, Cedam, 1985, p. 157 ss.

³¹ V. a titolo di esempio la sentenza della Corte di giustizia in causa n. 45/86, *Commissione c. Consiglio (Generalized Tariff Preferences)*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1493.

³² L'art. 133, n. 1, TCE afferma: «La politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, specialmente per quanto concerne le modificazioni tariffarie, la conclusione di accordi tariffari e commerciali, l'uniformazione delle misure di liberalizzazione, la politica di esportazione, nonché le misure di difesa commerciale, tra cui quelle da adottarsi in casi di dumping e di sovvenzioni».

³³ GILSFORD, *Portée et délimitation des compétences en matière de politique commerciale*, RMC, 1989, p. 195 ss.; EHLERMANN, *The Scope of Article 113 of the EEC Treaty*, cit. *supra*, nota 15, p. 145 ss.

scrivere una misura all'ambito della politica commerciale comune sarebbe, invece, rappresentato dallo scopo proprio di tale misura, che dovrebbe consistere nell'influire sul volume o sulla corrente degli scambi (c.d. «concezione teleologica»). Pertanto, l'imposizione di sanzioni sarebbe direttamente legata al diritto degli Stati membri di determinare la loro politica estera e sottratta allo scopo del Trattato Ce³⁴.

Questa posizione si poté riscontrare nel caso delle sanzioni alla Rhodesia del Sud³⁵, in cui il Consiglio precisò che la legalità dei provvedimenti emanati a livello nazionale era assicurata dall'art. 297 che autorizzava gli Stati membri a derogare all'ordine delle competenze istituito dal Trattato in talune circostanze, tra le quali si trovava ricompresa l'ipotesi in cui essi fossero chiamati ad adempiere l'obbligo di applicare le decisioni adottate dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale; quanto alla possibilità di un intervento della Comunità nell'applicazione di dette sanzioni, il Consiglio affermava che la materia, di esclusiva competenza comunitaria, della politica commerciale comune comprendeva unicamente le misure volte al fine di «modificare il volume o la struttura degli scambi di beni e di servizi con un paese terzo»³⁶.

La c.d. «*Rhodesia doctrine*» non ha, tuttavia, avuto una lunga prassi applicativa, in quanto, a partire dall'inizio degli anni '80 è stata introdotta una nuova formula per l'imposizione di sanzioni a Paesi terzi: adozione di una decisione nell'ambito della Cooperazione politica europea, a cui fa seguito un regolamento del Consiglio adottato in base all'art. 133 (ex art. 113) TCE³⁷.

³⁴ Questo argomento è stato sostenuto dal Consiglio nella *Opinione 1/78*, in *Raccolta*, 1979, p. 2871.

Per sostenere questa interpretazione si fa riferimento soprattutto alla distinzione, emersa in dottrina, tra le clausole di salvaguardia aventi carattere economico e quelle invece di natura non economica.

Le clausole del primo tipo [artt. 17, n. 4; 25, n. 3; 26; 37, n. 3, e 226 TCE, applicabili solo durante il periodo transitorio e oramai abrogate dal trattato di Amsterdam, e l'art. 115 (ora art. 134) TCE] riguarderebbero materie rientranti a pieno titolo nella sfera di applicazione del Trattato Ce, per cui la deroga alla normativa comunitaria sarebbe ammessa soltanto se preventivamente autorizzata dalla Commissione o quanto meno - qualora venisse decisa ed attuata unilateralmente per comprovate ragioni di necessità e urgenza - ratificata dalla medesima. Per le clausole del secondo tipo [artt. 36 (ora 30); 48, n. 3 (ora 39, n. 3); 56 (ora 46); 66 (ora 55); 222 (ora 295); 223 (ora 296) e 224 (ora 297) TCE] - denominate anche clausole di «riserva della sovranità nazionale» - la libertà degli Stati sarebbe viceversa riconosciuta direttamente e *a priori* dallo stesso Trattato, per cui nessun intervento, preventivo o successivo, è richiesto da parte di organi comunitari, salva naturalmente la possibilità dei controlli esercitabili in sede giurisdizionale circa l'eventuale sussistenza di abusi. (V. specialmente GORI, *Les clauses de sauvegarde des Traités CECA et CEE*, Heule, UGA, 1967; ACCOLTI-GIL, *Il sistema normativo del Trattato CEE per la tutela degli interessi nazionali dopo la fine del periodo transitorio*, in *Riv. dir. eur.*, 1977, p. 111 ss.).

³⁵ KUYPER, *Sanctions against Rhodesia. The EEC and the Implementation of General international Legal Rules*, CMLR, 1975, p. 231 ss.

³⁶ Risposta del Consiglio all'interrogazione scritta n. 530/75 del sig. Hughes (in *Guce* n. C 89/76 del 16 aprile 1976).

³⁷ In questo periodo l'unico esempio di riferimento all'art. 297 effettuato nella prassi allo scopo di giustificare l'imposizione di sanzioni tramite un regolamento comunitario si è avuto nel caso

Questo meccanismo ha ricevuto applicazione fino all'introduzione, con il Trattato di Maastricht, di un'apposita norma, l'art. 301 (ex art. 228 A) TCE³⁸, in materia di sanzioni economiche nei confronti di Stati terzi³⁹.

Alla luce dell'art. 301, c'è ora da chiedersi se l'art. 297 possa essere invocato per giustificare l'adozione di sanzioni nazionali contro Stati terzi; ma qui è doveroso distinguere tra sanzioni collettive e sanzioni unilaterali.

Nel primo caso, l'art. 297 potrebbe giustificare l'adozione di sanzioni collettive da parte degli Stati membri, dopo che questi si siano consultati nell'ambito del secondo pilastro. Tuttavia, questa ipotesi sarebbe chiaramente in contrasto con l'art. 301.

Ma, se all'apparenza il problema sembra risolto, esso si ripropone senza dubbio nel momento in cui bisogna valutare la natura delle sanzioni adottate e cioè distinguere tra mere misure di ritorsione o vere e proprie contromisure adottate come reazione ad un illecito internazionale.

In base al diritto internazionale, non può essere messa in dubbio la liceità delle misure di ritorsione che vengono attuate in assenza di obblighi internazionali della Ce. Nel caso invece delle contromisure, che costituiscono atti astrattamente illeciti, è pacifico che la Comunità possa adottare provvedimenti sanzionatori come reazione ad un illecito compiuto da uno Stato terzo nei suoi confronti. Più delicata è la questione della liceità delle contromisure adottate nei confronti di uno Stato terzo che abbia violato una norma che pone obblighi *erga omnes*.

Al riguardo, la maggioranza della dottrina ritiene che l'art. 297 sia idoneo ad assicurare la legittimità comunitaria del ricorso da parte degli Stati membri a restrizioni commerciali nei confronti di Stati terzi che abbiano trasgredito il divieto dell'uso della forza (oppure che si apprestino a farlo, sempre che tale pericolo presenti particolare gravità e concretezza) restando però fondamentalmente al di fuori dell'ambito di applicazione della disposizione tutte le altre ipotesi di reazione ad illeciti internazionali costituiti dalla violazione di obblighi *erga omnes*⁴⁰.

delle restrizioni commerciali attuate contro l'Argentina [regolamento Cee n. 877/82 del 16 aprile 1982, in *Guce* n. L 102/82 del 16 aprile 1982, p. 1]. Sulla scorta di questo precedente, parte della dottrina ha sostenuto l'idoneità dell'art. 297 a conferire valore ed effetti giuridici alle decisioni dei governi aventi ad oggetto il ricorso a strumenti comunitari per la messa in opera di sanzioni economiche (VERHOEVEN, *Communautés européennes et sanctions internationales*, RBDI, 1984-85, p. 79 ss.). Di avviso contrario: DAVI, *Comunità Europee e sanzioni economiche internazionali*, Napoli, Jovene, 1993, p. 405-411.

³⁸ Art. 301 TCE: «Quando una posizione comune o un'azione comune adottata in virtù delle disposizioni del trattato sull'Unione europea relative alla politica estera e di sicurezza comune prevedano un'azione della Comunità per interrompere o ridurre parzialmente o totalmente le relazioni economiche con uno o più paesi terzi, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, prende le misure urgenti necessarie».

³⁹ V. tra gli altri VAUCHER, *L'évolution récente de la pratique des sanctions communautaires à l'encontre des Etats tiers*, RTDE, 1993, p. 39 ss.

⁴⁰ DAVI, *Comunità Europee e sanzioni economiche internazionali*, cit. *supra*, nota 37, p. 460.

Rimane, tuttavia, da domandarsi se, essendosi oggi formata una nozione di «*international public order*» di più ampio contenuto, rispetto alla nozione di sicurezza collettiva cui è legata la lettera dell'art. 297, non sia possibile estendere analogicamente la soluzione prevista dall'articolo in questione all'ipotesi in cui gli Stati membri intendano attivarsi a tutela di valori ai quali essi attribuiscono un'importanza comparabile. Infatti, è indubbiamente vero che, dato il preminente rilievo attribuito dalla comunità internazionale ai principi e valori tutelati dalle norme da cui traggono origine gli obblighi in parola, la violazione dei medesimi è normalmente pregiudizievole al mantenimento di buone relazioni tra gli Stati e può dunque creare situazioni di tensioni suscettibili di rappresentare, in casi estremi, anche una minaccia per la pace⁴¹.

Ma una tale interpretazione sarebbe una forzatura della lettera e dello spirito della norma in esame, in quanto l'art. 297 si preoccupa meramente di salvaguardare la libertà degli Stati membri di agire a protezione della propria sicurezza o della sicurezza collettiva, mentre gli strumenti collettivi più efficaci a contrastare la violazione di un obbligo *erga omnes* vanno ricercati nelle disposizioni del Trattato sull'UE relative alla PESC. La Comunità che a prima vista sembrerebbe, pertanto, condannata ad essere un soggetto passivo nelle relazioni internazionali, almeno in queste particolari situazioni, svolgerebbe nella pratica un ruolo non secondario qualora la risposta collettiva degli Stati membri alla violazione di un obbligo *erga omnes* da parte di terzi (posizioni comuni o azioni comuni adottate in ambito PESC) dovesse concretizzarsi in sanzioni economiche, la cui adozione concreta avviene secondo la procedura dell'art. 301 TCE.

L'ultima questione da affrontare è se l'art. 297 TCE possa giustificare l'adozione di misure unilaterali da parte di uno Stato membro in contrasto con quanto deciso, in ambito comunitario, in base all'art. 301 o in assenza di alcuna decisione sanzionatoria nei confronti di uno Stato terzo.

La prima ipotesi si è verificata all'epoca della prima proroga delle sanzioni comunitarie all'Argentina⁴², adottata con un regolamento del Consiglio,

⁴¹ Com'è noto, la stretta connessione tra il rispetto di valori considerati essenziali dalla comunità internazionale, quali la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona umana o il principio dell'autodeterminazione dei popoli, e la preservazione di condizioni atte a garantire il mantenimento della pace viene ampiamente riconosciuta e sottolineata dalla stessa Carta delle Nazioni Unite, in particolare agli artt. 1 e 55.

⁴² In seguito alla guerra delle Falkland/Malvinas, la Comunità europea adottò, il 18 aprile 1982, misure di embargo contro l'Argentina, considerato Stato aggressore, con il regolamento Cee n. 877/82, *cit. supra*, nota 37. Il regolamento fu adottato in seguito alle decisioni prese dagli Stati membri in sede di Cooperazione politica europea (Dichiarazione del 10 aprile 1982) e in base a consultazioni di cui all'art. 297 (giacché la Gran Bretagna aveva già preso per proprio conto misure sanzionatorie contro l'Argentina) e visto l'art. 133.

Le sanzioni furono successivamente prorogate, in due riprese, con regolamento Cee n. 1176/82 (in *Guce* n. L 136 del 18 maggio 1982, p. 1) e con regolamento Cee n. 1254/82 (in *Guce* n. L 146 del 25 maggio 1982, p. 1), e infine abrogate il 21 giugno 1982 con regolamento Cee n. 1577/82 (in

sulla base dell'art. 133, ma che Danimarca, Italia e Irlanda si rifiutarono di applicare.

Gli Stati dissenzienti giustificarono per lo più la loro condotta sulla base del richiamo ad una pretesa «riserva di sovranità» risultante dall'art. 297. Detta riserva avrebbe consentito ad essi sia di sottrarsi all'osservanza di un regolamento comunitario in vigore, sia, rispettivamente, di applicare in luogo del regolamento disposizioni nazionali del medesimo contenuto (questo fu il caso della Danimarca), nonostante che la riproduzione dei regolamenti comunitari mediante atti normativi statali sia illegittima, alla luce della loro applicabilità diretta sancita dall'art. 249 TCE e ribadita, a più riprese, dalla Corte di giustizia⁴³. Posto in questi termini, l'art. 297 potrebbe essere utilizzato, anche, come clausola derogatoria all'art. 133⁴⁴.

La seconda ipotesi formulata ha, invece, avuto il suo unico esempio nel caso delle sanzioni economiche imposte dalla Grecia alla FYROM (Macedonia).

Esse sono state giustificate in base all'art. 297, affermando che l'*embargo* sugli scambi con la FYROM esula dalla sfera di applicazione dell'art. 133 in quanto non sarebbe stato concepito quale strumento di politica commerciale, ma solo quale strumento diretto ad esercitare una pressione politica sulla FYROM.

Nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs, nel caso *Macedonia*, tuttavia, venne sostenuto che «[u]n provvedimento che abbia per effetto di impedire o di restringere direttamente gli scambi commerciali con un paese terzo rientra nella sfera di applicazione dell'art. [133], indipendentemente dalle sue finalità [e d'] altronde, come sottolineato dalla Commissione, ciò appare avvalorato dalla prassi seguita dalla Comunità»⁴⁵; rimase insoluto il problema se, nel caso di specie, ci si trovasse in presenza di una «situazione affatto eccezionale» che giustificasse il ricorso all'art. 297 o se la Grecia ne avesse fatto un uso abusivo⁴⁶.

Quello che ci sembra opportuno sottolineare, a tal proposito, è che l'Avvocato Generale Jacobs, nell'esaminare i motivi in base ai quali la Grecia invocò «gravi agitazioni interne che turbino l'ordine pubblico» o «grave tensio-

Guce n. L 177 del 22 giugno 1982, p. 1).

⁴³ Si veda tra tutte, la sentenza della Corte di giustizia in causa n. 6/64, *Costa c. ENEL*, in *Raccolta*, 1964, p. 1127.

⁴⁴ EHLERMANN, *The Scope of Article 113 of the EEC Treaty*, cit. *supra*, nota 15, p. 160; DAVID, *Les sanctions économiques prises contre l'Argentine dans l'affaire des Malouines*, *RBDI*, 1984-85, p. 152-155.

⁴⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale JACOBS in causa n. C-120/94, *Commissione c. Grecia* cit. *supra*, nota 14, par. 42.

⁴⁶ Ordinanza del presidente della Corte 19 marzo 1996 in causa n. C-120/94, *Commissione c. Grecia (Macedonia)*, cit. *supra*, nota 27, p. 1535.

ne internazionale che costituisca una minaccia di guerra», abbia sostenuto che la prima ipotesi «sembra essere quella di una situazione che si pone al limite di un completo crollo della sicurezza interna, perché altrimenti sarebbe difficile giustificare una deroga di carattere generale» e che pertanto fosse da escludere⁴⁷; mentre, nella seconda ipotesi, abbia dovuto constatare che la guerra è un avvenimento imprevedibile per definizione e che non c'è alcun criterio giuridico o di natura pratica che consenta di stabilire se si sia in presenza di una tensione internazionale grave e se questa costituisca una minaccia di guerra⁴⁸, di fatto ammettendo che la Grecia abbia potuto agire in modo legittimo decretando le sanzioni unilaterali contro la FYROM. Tuttavia, in relazione a quest'ultima ipotesi, la dottrina maggioritaria è dell'avviso che sia necessario che la situazione di guerra o di minaccia di guerra metta direttamente in causa la sicurezza dello Stato o degli Stati membri che intendano far ricorso ai provvedimenti autorizzati dall'art. 297, e questo perché le clausole di salvaguardia, contemplate dal Trattato, avendo indole derogatoria e quindi eccezionale, dovrebbero essere sempre interpretate restrittivamente⁴⁹.

⁴⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale JACOBS in causa n. C-120/94, *Commissione c. Grecia* cit. *supra*, nota 14, par. 47.

Come ausilio interpretativo dell'enunciato della norma in esame si potrebbe ricorrere alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che nella causa *Lawless c. Irlanda*, sentenza del 1° luglio 1961, Serie A n. 3, affermava che «(...) dans le contexte général de l'article 15 de la Convention [CEDU], le sens normal et habituel des mots "en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation" est suffisamment clair; qu'ils désignent, en effet, une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'Etat» (par. 28).

Ancora più precisa è l'interpretazione, ai sensi dell'art. 15 CEDU, del concetto «*public emergency*» fornita dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo:

«1) It must be actual or imminent.

2) Its effects must involve the whole nation.

3) The continuance of the organised life of the community must be threatened.

4) The crisis or danger must be exceptional, in that the normal measures or restrictions, permitted by the Convention for the maintenance of public safety, health and order, are plainly inadequate» [*Grecia c. Regno Unito*, Report of 5 November 1969, in *Yearbook XII* (1969), p. 72].

Per un'opinione dottrinarica contraria si veda: VERHOEVEN, *Article 224*, cit. *supra*, nota 5, p. 1405, il quale sostiene che la nozione è sicuramente più ampia di quella di «*conflit armé ne présentant pas un caractère international*», ai sensi dell'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 aprile 1949, o di «*danger public (exceptionnel) menaçant la vie de la nation*» ai sensi delle convenzioni a protezione dei diritti umani (cfr. art. 15 CEDU e art. 4 Patto NU sui diritti civili e politici).

Non pochi problemi sono legati, inoltre, all'identificazione dei criteri formali che debbono caratterizzare la proclamazione dello stato d'emergenza in situazioni eccezionali di pericolo pubblico che minaccino l'esistenza dello Stato. A tal proposito, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, sentenza 26 maggio 1993, Serie A n. 258-B, ha sottolineato che tale stato di emergenza debba essere proclamato con un «atto ufficiale» del Governo ai sensi della specifica previsione dell'art. 4, n.1, del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici (par. 67-73). È ragionevole poter affermare che tale procedura dovrebbe essere seguita anche dagli Stati membri nell'adozione di misure ex art. 297 TCE, nei casi in cui esso venga invocato per «gravi agitazioni interne che turbino l'ordine pubblico».

⁴⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale JACOBS in causa n. C-120/94, *Commissione c. Grecia*, loc. cit., par. 50 e 52.

⁴⁹ V. tra gli altri CONFORTI, *Le sanzioni CEE contro l'Argentina e la loro legittimità alla luce del diritto comunitario*, in RONZITTI (ed.), *La questione delle Falkland-Malvinas nel diritto inter-*

Se ne desume, dunque, che l'unico limite posto all'autonomia degli Stati membri risiede unicamente nell'obbligo di non abusare dei poteri loro conferiti ex art. 297 TCE.

L'unica ipotesi dell'art. 297, sinora non analizzata, è quella che invoca gli «impegni (...) assunti ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale», cui la dottrina non ha mostrato di saper dare un'interpretazione univoca. Il maggior problema ha riguardato il significato da attribuire all'espressione «impegni assunti» al fine del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.

Secondo una tesi, da noi non condivisa, per «impegni assunti» si devono intendere solo quegli impegni sottoscritti dagli Stati membri prima dell'entrata in vigore del Trattato Cee (o prima dell'adesione di un nuovo Stato membro alla Comunità). A tal proposito, l'art. 297 andrebbe considerato come norma speciale rispetto all'art. 307⁵⁰, in quanto gli Stati membri non avrebbero potuto rinegoziare, nel quadro delle Nazioni Unite o di altri accordi o organizzazioni regionali, gli impegni precedentemente sottoscritti. Al contrario, un'interpretazione più estensiva della disposizione dell'articolo in esame sottolinea come la norma stessa possa essere invocata anche nel caso di obblighi internazionali assunti con accordi conclusi successivamente all'entrata in vigore del Trattato Cee, purché abbiano ugualmente per scopo il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale⁵¹.

nazionale, Milano, Giuffrè, 1984, p. 287, e GILSDORF, *Wahrung der Sicherheitsinteressen*, cit. *supra*, nota 19, p. 5599. Favorevoli, invece, ad interpretazioni più estensive IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, Mohr, 1972, p. 230 ss.; HORNING, *Die Zulässigkeit von Einfuhrbeschränkungen nach dem Außenwirtschaftsgesetz und ihre Vereinbarkeit mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Augsburg, 1982, p. 238 ss.

⁵⁰ Si veda, ad esempio, HUMMER, *Art. 224*, in GRABITZ, *EWG-Vertrag*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998.

Il testo dell'art. 307 (ex art. 234) TCE così dispone: «Le disposizioni del presente trattato non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione, tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra».

Nella misura in cui tali convenzioni sono incompatibili col presente trattato, lo Stato o gli Stati membri interessati ricorrono a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità constatate. Ove occorra, gli Stati membri si forniranno reciproca assistenza per raggiungere tale scopo, assumendo eventualmente una comune linea di condotta.

Nell'applicazione delle convenzioni di cui al primo comma, gli Stati membri tengono conto del fatto che i vantaggi consentiti nel presente trattato da ciascuno degli Stati membri costituiscono parte integrante dell'instaurazione della Comunità e sono, per ciò stesso, indissolubilmente connessi alla creazione di istituzioni comuni, all'attribuzione di competenze a favore di queste ultime e alla concessione degli stessi vantaggi da parte di tutti gli altri Stati membri».

⁵¹ GORI, *Art. 224*, cit. *supra*, nota 20, p. 1633 ss.

Si noti, al contrario, la posizione assunta dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Nicaragua v. United States*, Judgement, 27 June 1986 [in *Rec.*, 1986, p. 14 e ss.], nell'interpretare una disposizione analoga contenuta all'art. XXI, § 1d, del Trattato di amicizia, commercio e navigazione concluso il 21 gennaio 1956 tra Nicaragua e USA [«(...) the present Treaty shall not preclude the application of measures: ...d) necessary to fulfil the obligations of a Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests»]. La Corte affermò che «"measures (...) necessary to fulfil the obligations of a Party for the

Allo stato attuale, gli impegni di cui al presente articolo riguardano essenzialmente i casi in cui misure di *embargo* commerciale, a carattere vincolante, siano state deliberate dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite in base all'art. 41 della Carta⁵². Qualora infatti il Consiglio di sicurezza si limitasse semplicemente a raccomandare provvedimenti sanzionatori, i presupposti di applicabilità della suddetta previsione dell'art. 297 non sarebbero evidentemente realizzati, dal momento che non potrebbe dirsi che gli Stati membri siano chiamati ad adempiere un «impegno».

Sono riconducibili alla categoria degli «impegni assunti» anche quelli derivanti dall'art. 5 del Trattato NATO e dall'art. 5 del Trattato UEO.

5. I poteri di controllo della Commissione europea e della Corte di giustizia ex art. 298 TCE

Passiamo, dunque, ad esaminare il meccanismo previsto dall'art. 298 (ex art. 225) TCE predisposto al fine di limitare gli effetti distorsivi sul mercato comune che possono derivare dalle misure nazionali adottate dagli Stati membri in virtù dell'art. 297 (e dell'art. 296).

Il testo del citato articolo così dispone:

«Quando delle misure adottate nei casi contemplati dagli articoli 296 e 297 abbiano per effetto di alterare le condizioni di concorrenza nel mercato comune, la Commissione esamina con lo Stato interessato le condizioni alle quali tali misure possono essere rese conformi alle norme sancite dal presente trattato.

In deroga alla procedura di cui agli articoli 226 e 227, la Commissione o qualsiasi Stato membro può ricorrere direttamente alla Corte di giustizia, ove ritenga che un altro Stato membro faccia un uso abusivo dei poteri contemplati dagli articoli 296 e 297. La Corte di giustizia giudica a porte chiuse».

La procedura di cui al par. 1 è essenzialmente di tipo «conciliativo» e l'intervento della Commissione, in base alla lettera del paragrafo in esame, e come ribadito anche dalla Corte di giustizia⁵³, può intervenire soltanto se si

maintenance or restoration of international peace and security" must signify measures which the State in question must take in performance of an international commitment of which any evasion constitutes a breach», ma aggiunse di non credere «that this provisions of the 1956 Treaty can apply to the eventuality of the exercise of the right of individual or collective self-defence» [par. 223 della sentenza].

⁵² L'inclusione degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite tra le cause per l'uso dell'art. 297 TCE, da parte degli Stati membri, è stata affermata, anche se in termini più ampi di quelli da noi sostenuti, dalla giurisprudenza inglese nella causa *Regina v. Her Majesty's Treasury and The Bank of England ex parte Centro-Com srl*, dalla *British Queen's Bench Divisional Court*, in cui si afferma che «(...) EEC member states individually may adopt measures to give effect to UN resolutions» (CMLR, 1994, p. 109 ss.).

⁵³ Ordinanza della Corte di giustizia in causa n. C-120/94 R, *Commissione c. Grecia*, cit. *supra*, nota 27.

verifica un'alterazione della concorrenza nel mercato comune⁵⁴. Tale intervento è volto a raggiungere un'intesa con lo Stato interessato, il quale non deve necessariamente contemperare la soppressione delle specifiche misure adottate; ciò perché lo Stato membro non ha abusato dei poteri che gli sono conferiti dall'art. 297 (e dall'art. 296), ma sono gli effetti delle misure poste in essere che possono risultare pregiudizievoli alle normali condizioni di concorrenza. Inoltre, alla Commissione è richiesta una certa indulgenza nei confronti dello Stato interessato, in quanto quest'ultimo non sempre sarà capace di eliminare esso stesso qualsiasi effetto pregiudizievole sulla concorrenza causato dalle misure adottate ex art. 297⁵⁵.

Tale procedura non impone allo Stato interessato di adeguarsi alle richieste della Commissione e qualora non si dovesse addivenire ad una soluzione che contemperi le esigenze comunitarie con quelle nazionali, la Commissione, o qualsiasi altro Stato membro, può rimettere il caso alla Corte di giustizia ex art. 298, par. 2⁵⁶.

Il procedimento di cui al par. 2 dell'art. 298 non è obbligatorio per la Commissione o per gli Stati membri che possono sempre, nei casi di minore urgenza, ricorrere alla procedura di cui agli artt. 226 e 227. Il procedimento previsto dall'art. 298 è, dunque, un procedimento "accelerato" rispetto alla procedura normale⁵⁷. Inoltre, detta disposizione non esclude il sindacato del giudice nazionale in materia né, pertanto, il rinvio pregiudiziale alla Corte⁵⁸.

Per ciò che concerne i ricorrenti, va sottolineato che è dubbio il diritto degli Stati membri di ricorrere innanzi alla Corte per i motivi contemplati

⁵⁴ L'esclusivo e specifico riferimento alla distorsione della concorrenza nel testo dell'articolo indica la volontà del legislatore comunitario a limitare il diritto della Commissione ad iniziare la procedura di consultazione solo in questa determinata circostanza (PAPAGIANNIDIS - CHRISTOGIANNOPOULOS, *Interpretation of the Articles of the Treaty of Rome*, Athens, Sakkoulas, 1981, p. 565). Una tesi contraria sostiene, invece, che la distorsione della concorrenza è un mero esempio delle gravi conseguenze che possono derivare da misure nazionali unilaterali e che devono essere investigate dalla Commissione (*Common Market Reporter*, CCH Editions Limited, England, 1989, p. 4359).

⁵⁵ GORI, *Art. 225*, in QUADRI - MONACO - TRABUCCHI, *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 1636 ss., p. 1639.

⁵⁶ GORI, *Art. 225*, *loc. cit.*, p. 1638.

⁵⁷ PALANDRI, *Art. 297*, in POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 991-993.

Si noti, inoltre, che nella causa n. C-120/94R, *Commissione c. Grecia (Macedonia)*, la Grecia sottolineò che la natura speciale del procedimento ex art. 298 fosse rilevabile, in assenza di una fase precontenziosa, nella non possibilità di concedere una tutela provvisoria alle condizioni del procedimento ordinario di cui all'art. 226, essendo la norma in esame tutta predisposta ad accelerare in maniera efficace l'esame del ricorso nella causa principale. Tale posizione fu disattesa dalla Corte di giustizia che ritenne ammissibile la domanda di misure provvisorie, anche se non le concesse, come risulta dall'Ordinanza della Corte del 29 giugno 1994 (in *Raccolta*, 1994, I, p. 3040).

⁵⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale DARMON in causa n. 222/84, *Marguerite Johnston*, *cit. supra*, nota 26, par. 3. Nella medesima causa, il Regno Unito sostenne, al contrario, che l'art. 297 non attribuisse ai singoli nessun diritto che consentisse loro di impedire l'esercizio dei poteri spettanti agli Stati membri in forza dello stesso articolo e che ogni sua abusiva applicazione fosse rilevabile solo nei termini fissati dall'art. 298.

dall'art. 298, qualora abbiano espresso, in sede di consultazione - nel caso in cui questa sia intervenuta preventivamente all'adozione delle misure ex art. 297 - il loro assenso a detti provvedimenti. Nessun problema, al contrario, si pone per i ricorsi presentati dalla Commissione, poiché essa non partecipa alla consultazione prevista dall'art. 297, e il suo ricorso è ammissibile anche qualora, in sede di consultazione, gli Stati membri avessero raggiunto un accordo unanime⁵⁹.

Nel caso *Macedonia*, la Commissione ha sostenuto che le misure previste ex art. 297, pur rientrando nell'ambito discrezionale dello Stato membro interessato, qualora incompatibili con il diritto comunitario, dovrebbero sottostare a tre condizioni:

- l'atto non costituisca uno sviamento di potere o non sia viziato da un errore manifesto di valutazione;
- le misure adottate non siano in contrasto con i principi generali di diritto, come quelli della parità di trattamento o di proporzionalità;
- lo Stato membro interessato deve rendersi disponibile per le consultazioni di cui agli artt. 297 e 298, n.1, al fine di ridurre al minimo le conseguenze delle misure nazionali sul funzionamento del mercato comune.

Nel primo caso, è dal tenore stesso dell'articolo in esame che emerge la chiara competenza della Corte a conoscere della legittimità dei provvedimenti adottati da uno Stato membro ex art. 297 e che, di conseguenza, ciò implichi il potere di accertare la sussistenza dei requisiti necessari per l'applicazione dell'articolo in questione.

Se, in ragione a questa problematica, la Grecia ha risposto che la eccezionalità della procedura ex art. 298, par. 2, risieda, oltre che nella procedura "accelerata", anche nel fatto che ricade sul ricorrente l'onere della prova riguardante il rispetto delle condizioni previste e le loro modalità di applicazione, tuttavia, come commenta l'Avvocato Generale Jacobs, nelle sue Conclusioni al più volte citato caso *Macedonia*, «[i]ndipendentemente dalla questione se la nozione di "uso abusivo" dei poteri di cui all'art. [298] sia identica a quella di "sviamento di potere" di cui all'art. [230]⁶⁰, appare chiaro che la portata del sindacato giurisdizionale operato ai sensi dell'art. [298] è molto limitata, non solo in considerazione del tenore terminologico di tale articolo e di quello che lo precede, ma anche alla luce dell'oggetto stesso della controversia»⁶¹. Infatti, nel caso di specie, si escludeva che la Grecia avesse fatto un

⁵⁹ GORI, *Art. 225, cit. supra*, nota 55, p. 1639.

⁶⁰ Per una definizione di «sviamento di potere» ex art. 230 TCE, si veda la sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1990 in causa n. 323/88, *Sermes c. Direttore dei servizi doganali di Strassburgo*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3027, par. 33: «una decisione è viziata da sviamento di potere solo qualora risulti, sulla scorta di indizi obiettivi, pertinenti e concordanti, che è stata adottata per conseguire scopi diversi da quelli in essa indicati».

⁶¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale JACOBS in causa n. C-120/94, *Commissione c. Grecia*,

uso abusivo dei poteri di cui all'art. 297, poiché spetta solo allo Stato membro interessato determinare come rispondere a ciò che esso sente come minaccia. La stessa Corte, infatti, mette in dubbio la propria competenza a compiere valutazioni politiche ai sensi dell'art. 297⁶².

Nel secondo caso, la Commissione ha indicato come si possa configurare un esercizio abusivo di poteri qualora le misure sanzionatorie adottate dallo Stato membro ex art. 297 non tengano conto dei principi della parità di trattamento e della proporzionalità.

Se in ragione al primo principio il sindacato della Corte sarebbe di facile attuazione, in quanto la discriminazione, nell'adozione di sanzioni economiche potrebbe riguardare o la decisione di autorizzare l'esportazione di prodotti nazionali e vietare al tempo stesso l'esportazione di prodotti provenienti da altri Stati membri, o riguardare solo determinate categorie di merci o di operatori commerciali e non altri, in base ad un criterio arbitrario, più difficile risulta l'individuazione dei criteri applicabili per una valutazione della proporzionalità di tali misure rispetto alla situazione di riferimento⁶³.

L'Avvocato Generale Jacobs afferma che «[n]on tocca alla Corte valutare l'adequatezza della reazione dello Stato membro dichiarando che il mezzo di azione scelto non appare atto a conseguire il fine voluto o che lo Stato membro potrebbe difendere meglio i propri interessi se ricorresse ad altri

cit. supra, nota 14, par. 63.

⁶² Si veda: ordinanza della Corte di giustizia in causa n. C-120/94 R, *Commissione c. Grecia (Macedonia)*, *cit. supra*, nota 27, par. 94.

Si veda, al contrario, la posizione assunta dalla Corte internazionale di giustizia nella citata sentenza *Nicaragua v. United States* del 27 giugno 1986 dove, nell'interpretare il significato dell'inciso «measures (...) necessary to protect its essential security interests», contenuta all'art. XXI, § 1d, del Trattato tra Nicaragua e USA del 21 gennaio 1956, affermò che «It is difficult to deny that self-defence against an armed attack corresponds to measures necessary to protect essential security interests. But the concept of essential security interests certainly extends beyond the concept of an armed attack, and has been subject to very broad interpretations in the past. The Court has therefore to assess whether the risk run by these "essential security interests" is reasonable, and secondly, whether the measures presented as being designed to protect these interests are not merely useful but "necessary"» [par. 224 della sentenza].

⁶³ Sul principio di proporzionalità, in dottrina, v. tra gli altri: EDWARD - LANE, *European Community Law*, Edinburgh, Butterworths, 1995, p. 67 (la proporzionalità è il principio che «(...) requires that means employed must be proportionate to the end to be achieved»); KOOPMANS, *European Public Law: Reality and Prospects*, in *Public Law*, 1991, p. 58 («(...) a reasonable relationship must exist between aims and means») e DE BURCA, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, in *Yb.E.L.*, 1993, p. 106 (sproporzionata è una misura che «[either] has many other effects besides those which were its specific objective [or its effects] are impinging upon or restricting other interests, to an extent that is not justified when weighed against the objective of the measure»).

Nella sua giurisprudenza la Corte di giustizia ha più volte affermato che «(...) Community law is consonant with the principle of proportionality it is necessary to establish, in the first place, whether the means it employs to achieve its aim correspond to the importance of the aim and, in second place, whether they are necessary for its achievement» (si vedano, ad esempio, sentenza della Corte di giustizia dell'11 marzo 1987 in cause riunite n. 279, n. 280, n. 285 e n. 286/84, *Rau c. Commissione*, in *Raccolta*, 1987, p. 1069; sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 1986 in causa n. 266/84, *Denkavit France*, in *Raccolta*, 1986, p. 149).

mezzi»⁶⁴, essendo la decisione di ricorrere ad un determinato provvedimento di ordine «essenzialmente politico». Tuttavia, lo stesso Avvocato Generale cerca di elaborare un criterio valutativo da poter utilizzare nell'opera di ponderazione mediante cui si applica il criterio di proporzionalità; e questo criterio consiste innanzitutto nell'individuazione degli interessi in gioco da tutelare. Si evidenzia, pertanto, che «emerge chiaramente dalla struttura degli articoli [297] e [298] che gli interessi che devono essere ponderati per stabilire se i provvedimenti adottati dalla Grecia siano o meno sproporzionati sono gli interessi – vale a dire gli interessi *comunitari* – espressamente affermati nei detti articoli, vale a dire il funzionamento del mercato comune e il mantenimento di una concorrenza non alterata»; ma, viene anche constatato che «il pregiudizio derivante per tali interessi dall'adozione dei provvedimenti contestati è esiguo», in quanto un embargo riguarda «una percentuale minima del volume degli scambi della Comunità e non può incidere in misura rilevante sulla situazione della concorrenza nella Comunità»⁶⁵.

Per ciò che concerne, infine, l'obbligo di consultazioni di cui agli artt. 297 e 298, par. 1, esso risulta, oltre che dalla chiara lettera dei due articoli, anche in ragione del dovere di leale collaborazione ed assistenza che incombe sugli Stati membri nei confronti della Comunità, principio consacrato nell'art. 10 del Trattato. Deve essere comunque chiaro che, se lo Stato membro interessato è obbligato a rendersi disponibile per le consultazioni previste dagli articoli citati, esso non è tenuto a seguire i consigli dati o le proposte fatte dalla Commissione o dagli altri Stati membri nel momento della consultazione. L'unico caso in cui la non conformità dell'azione statale con le proposte formulate in sede di consultazioni possa configurarsi come un abuso è l'ipotesi in cui le misure proposte siano maggiormente conformi al Trattato ed abbiano lo stesso effetto di quelle adottate unilateralmente dallo Stato membro interessato. In questa ipotesi, la Corte di giustizia si troverebbe a svolgere, in un eventuale giudizio, una funzione di «arbitro», dovendo contemperare gli interessi essenziali di uno Stato e gli interessi della Comunità⁶⁶.

Anche una parte della dottrina considera la violazione dell'obbligo di consultazione e del principio di proporzionalità un uso improprio (*Mißbrauch*) delle competenze concesse agli Stati in base all'art. 297⁶⁷.

È da sottolineare che qualora ad uno Stato membro fosse attribuito l'esercizio abusivo dell'art. 297 TCE, la Corte può comminare sanzioni pecuniarie allo Stato in questione che disattenda l'esecuzione della sentenza, in quanto

⁶⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale JACOBS in causa n. C-120/94, *Commissione c. Grecia*, cit. *supra*, nota 14, par. 65.

⁶⁵ *Ivi*, par. 72.

⁶⁶ GORI, *Art. 225*, cit. *supra*, nota 55, p. 1636 ss.

⁶⁷ GILSDORF, *Wahrung der Sicherheitsinteressen*, cit. *supra*, nota 19, p. 5609.

dotata, in questo settore, dei medesimi poteri riconosciutigli, nel giudizio di inadempimento, ex art. 228, par. 4, TCE⁶⁸. Tuttavia, vi è chi sostiene che la natura derogatoria dell'art. 298 si estenda implicitamente anche all'art. 228 TCE, che contempla le sanzioni pecuniarie⁶⁹. Si avrebbe così una situazione di c.d. «limbo giuridico», qualora, pur in presenza di una sentenza di condanna, lo Stato membro interessato continuasse ad adottare misure a protezione dei propri interessi essenziali, qualora non considerasse venuti meno i presupposti iniziali che lo avevano spinto ad agire in risposta a ciò che aveva valutato come una «minaccia». L'unica conseguenza che ne deriverebbe sarebbe questa: i giudici nazionali avrebbero l'obbligo di non applicare la norma nazionale dichiarata dalla Corte incompatibile con il diritto comunitario, in un eventuale giudizio interno, bensì, direttamente le norme comunitarie regolamentari o che siano provviste dell'effetto diretto, così come interpretate dalla Corte di giustizia nella propria sentenza.

Rimane da constatare, dunque, che il problema fondamentale dei limiti dell'esercizio del potere di controllo giurisdizionale della Corte di giustizia è strettamente legato al fatto che essa sia chiamata ad operare in un settore quale la politica nazionale di difesa che, avendo un diretto collegamento con valutazioni politiche, strategiche e geopolitiche, compete in linea di principio agli Stati membri.

6. Osservazioni conclusive

Alla luce dell'analisi svolta, è opportuno ricondurre l'articolo in esame a quello che sembra essere il suo significato originario.

L'art. 297 TCE deriva, infatti, al pari del resto di altre clausole di salvaguardia inserite nel Trattato, e benché con alcune modifiche, da un'analoga disposizione del GATT, e precisamente dalla *security exception* dell'art.

⁶⁸ Art. 228, n. 4, TCE: «La Corte di giustizia, qualora riconosca che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata, può comminargli il pagamento di una somma forfettaria o una penalità».

Nella sentenza del 4 luglio 2000 in causa n. C-387/97, *Commissione c. Grecia*, la Corte ha stabilito che la penalità è comminata allo Stato inadempiente per ogni giorno di ritardo nell'attuazione delle misure necessarie a conformarsi alla precedente pronuncia della Corte stessa. Comunque, essa ha rilevato che l'ammontare della sanzione deve essere «adeguato alle circostanze e commisurato sia all'inadempimento accertato sia alla capacità finanziaria dello Stato membro» (par. 90); e che «i criteri da utilizzare per assicurare l'effetto utile della sanzione ai fini dell'uniformità ed efficacia di applicazione del diritto comunitario sono in linea di principio la gravità e la durata dell'infrazione e la capacità finanziaria dello Stato membro, mentre per l'applicazione di tali criteri occorre tener conto delle conseguenze della omessa esecuzione sugli interessi privati e pubblici e dell'urgenza di indurre lo Stato a conformarsi ai suoi obblighi» (par. 92) [in *Raccolta*, 2000, I, p. 5047].

⁶⁹ BROWN - KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, London, Sweet & Maxwell Ltd, 2000, p. 131.

XXI⁷⁰, che è stata successivamente riprodotta in numerosi trattati multilaterali istitutivi di unioni doganali o di organizzazioni internazionali economiche ed in alcuni trattati bilaterali di commercio e navigazione⁷¹.

Tutte le norme del genere indicato sono accomunate dal fatto di consentire agli Stati di invocare l'esistenza di uno stato di guerra o di emergenza internazionale al fine di sottrarsi temporaneamente al rispetto degli obblighi da essi assunti con la partecipazione ai predetti accordi soltanto qualora venga direttamente coinvolta la loro sicurezza.

Si potrebbe dunque ritenere, dato il valore essenzialmente tralatizio acquisito da simili clausole di riserva negli accordi internazionali di natura economica almeno a partire dai primi anni successivi alla fine dell'ultimo conflitto mondiale⁷², che anche l'art. 297 TCE debba essere interpretato nel medesimo senso.

I tre casi che si trovano indicati nell'articolo in questione, e che potrebbero essere catalogati come rispettivamente riguardanti la sicurezza interna ed esterna dello Stato e la sicurezza internazionale, non consentirebbero interpretazioni tanto ampie da permettere di ritenere che gli Stati membri dispongano di margini di libertà più consistenti di quelli necessari e sufficienti alla protezione della propria sicurezza nazionale, della sicurezza collettiva o alla conduzione di azioni giuridicamente obbligatorie miranti alla difesa della pace. La legittimità dell'adozione di provvedimenti nazionali volti semplicemente a reagire alla violazione di obblighi *erga omnes* dovrebbe di conseguenza essere esclusa, fatta eccezione per il diritto naturale all'autotutela individuale o collettiva.

⁷⁰ Art. XXI GATT: «Nessuna disposizione del presente Accordo sarà interpretata (...)

b. nel senso di impedire ad una parte contraente di prendere tutte le misure che giudicherà necessarie per la protezione degli interessi essenziali della sua sicurezza; (...)

iii. applicate in tempo di guerra o in caso di grave tensione internazionale;

c. o nel senso di impedire ad una parte contraente di prendere delle misure in applicazione dei suoi impegni ai sensi della Carta delle Nazioni Unite, al fine di mantenere la pace e la sicurezza internazionale».

Sull'interpretazione del citato art. XXI: GATT, *Analytical Index: Guide to GATT law and practice*, vol. II, Geneve, 1995, p. 599 ss.

⁷¹ Oltre all'art. XXI GATT, si possono ricordare: l'art. 3 *ii* della Convenzione istitutiva dell'OECE, l'art. 18 della Convenzione istitutiva dell'EFTA, l'art. 19 dell'Accordo di libero scambio centro-europeo (CEFTA), l'art. 24 dell'Annesso «Il Mercato Comune Caraibico» al Trattato istitutivo della Comunità caraibica del 4 luglio 1973 e l'art. 14 del Trattato istitutivo dell'Unione economica del Benelux. Fra le norme di Trattati di commercio bilaterali possiamo ricordare, ad esempio, l'art. 24, n. 1, lett. *d.*, del Trattato tra RFT e URSS del 29 ottobre 1954; l'art. XXI, n. 1, lett. *d.*, del Trattato di amicizia, commercio e navigazione tra Nicaragua e Stati Uniti del 21 gennaio 1956; l'art. 11, lett. *d.*, del Trattato tra USA e Oman del 20 dicembre 1958 e l'art. 5, n. 2, del Trattato tra Benelux e URSS del 14 luglio 1971.

⁷² Alcuni autori sono arrivati a considerare ormai formata una norma consuetudinaria di corrispondente contenuto: ad esempio, KEWENIG, *Die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmassnahmen im Völkerrecht*, in *Die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmassnahmen im Völkerrecht und im Internationalen Privatrecht (Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 22), Heidelberg, 1982, p. 20.

Inoltre, è da ritenere che lo Stato membro, il quale invochi l'art. 297, abbia l'obbligo di fornire una motivazione delle eventuali misure adottate e questo, da un lato, in ottemperanza dell'obbligo di leale collaborazione impostogli dall'art. 10 TCE e, dall'altro, per offrire la possibilità alla Commissione o agli altri Stati membri di sindacare, innanzi alla Corte di giustizia ex art. 298, l'eventuale incongruità tra motivazione e misura adottata, che si configurerebbe come uso abusivo dell'art. 297.

Ma l'obbligo di motivazione dovrebbe svolgere anche un altro compito e cioè quello di essere strumento necessario per la valutazione della proporzionalità delle misure adottate ex art. 297 per le ipotesi ivi contemplate; proporzionalità che si dovrebbe intendere come adozione delle sole misure strettamente necessarie per affrontare la situazione di emergenza, cioè volte a regolare situazioni che non siano ipotetiche e non dimostrate, e a condizione che tali misure non siano in contrasto con altri obblighi derivanti dal diritto internazionale⁷³.

Andrea Caligiuri*

⁷³ Su questi criteri, che intendiamo validi per l'art. 297 TCE, è condizionata l'adozione di misure derogatorie previste dall'art. 15, n. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali («In caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può prendere misure in deroga agli obblighi previsti nella presente Convenzione nella stretta misura in cui la situazione lo esiga e a condizione che tali misure non siano in contrasto con altri obblighi derivanti dal diritto internazionale») e dall'art. 4, n. 1, del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici («In caso di pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione e venga proclamato con atto ufficiale, gli Stati parti del presente Patto possono prendere misure le quali deroghino agli obblighi imposti dal presente Patto, nei limiti in cui la situazione strettamente lo esiga, e purché tali misure non siano incompatibili con gli altri obblighi imposti agli Stati medesimi dal diritto internazionale e non comportino una discriminazione fondata unicamente sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione o sull'origine sociale»).

* Dottorando di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Macerata.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

DIFESA E PROMOZIONE DEI DIRITTI DEI CONSUMATORI: LA CORTE DI GIUSTIZIA RAFFORZA LA TUTELA DEL CONSUMATORE CONTRO LE CLAUSOLE ABUSIVE*

I

Corte di giustizia

Sentenza del 13 dicembre 2001 in causa n. C-481/99

Georg Heininger e Helga Heininger c. Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG

Art. 234 Trattato Ce - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 85/577/Cee - Contratti conclusi fuori dei locali commerciali - Direttiva n. 87/102/Cee - Credito al consumo - Contratto di mutuo ipotecario - Applicabilità della direttiva n. 85/577/Cee - Esercizio del diritto di recesso - Decorrenza dei termini - Obbligo di informazione scritta al consumatore - Obblighi del legislatore nazionale.

La direttiva del Consiglio 20 dicembre 1985, n. 85/577/Cee, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, dev'essere interpretata nel senso che essa si applica ad un contratto di credito fondiario, quale quello di cui trattasi nella causa principale, sicché il consumatore che ha stipulato un contratto di tale tipo in uno dei casi previsti dall'art. 1 dispone del diritto di recesso istituito dall'art. 5.

* In argomento v. *infra*, p. 35 ss., il commento di *PAOLO PALLARO*.

La direttiva n. 85/577/Cee osta a che il legislatore nazionale applichi un termine di un anno dalla stipulazione del contratto per l'esercizio del diritto di recesso istituito dall'art. 5 di tale direttiva, qualora il consumatore non abbia beneficiato dell'informazione di cui all'art. 4 della suddetta direttiva.

II

Corte di giustizia

Sentenza del 5 marzo 2002 in causa n. C-386/00

Axa Royale Belge SA c. Georges Ochoa e Stratégie Finance SPRL

Art. 234 Trattato Ce - Questione pregiudiziale - Direttiva del Consiglio n. 92/96/Cee, art. 31, n. 3 - Contratto di assicurazione diretta sulla vita - Commercializzazione di prodotti assicurativi - Risoluzione del contratto in corso - Sottoscrizione di un nuovo contratto - Conseguenze pregiudizievoli - Obbligo per le imprese di informare l'assicurato.

L'art. 31, n. 3, della direttiva del Consiglio 10 novembre 1992, n. 92/96/Cee, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta sulla vita e che modifica le direttive n. 79/267/Cee e n. 90/619/Cee (terza direttiva assicurazione vita) osta ad una normativa nazionale ai sensi della quale la proposta di un contratto di assicurazione vita - ovvero, ove manchi la proposta la polizza - deve informare il contraente del fatto che la risoluzione, la riduzione o il riscatto di un contratto di assicurazione sulla vita, effettuati in vista della sottoscrizione di un altro contratto di assicurazione sulla vita, sono generalmente pregiudizievoli per l'assicurato.

III

Corte di giustizia

Ordinanza del 24 ottobre 2002 in causa n. C-233/01

Riunione Adriatica di Sicurtà Spa c. Dario Lo Bue

Art. 234 Trattato Ce - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 92/49/Cee - Decreto legge n. 70/2000 - Contratto per l'assicurazione obbligatoria del-

**la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore -
Maggiorazione dell'importo del premio assicurativo - Discrasie tra nor-
mativa nazionale e legislazione comunitaria - Impossibilità di far valere
una direttiva nei confronti di un singolo.**

*Una direttiva non può, di per sé, creare obblighi a carico di un singolo e
non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso.*

IV

Corte di giustizia

Sentenza del 21 novembre 2002 in causa n. C-473/00

Cofidis SA c. Jean-Louis Fredout

**Art. 234 Trattato Ce - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 93/13/Cee -
Contratto di credito al consumo - Clausole finanziarie illeggibili e oscure
- Abusività delle clausole - Azione di adempimento proposta dal profes-
sionista - Decadenza dei termini per proporre eccezione - Irrilevabilità
d'ufficio - Incompatibilità della disciplina nazionale.**

*La direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, n. 93/13/Cee, concernente le
clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, osta ad una norma-
tiva interna che, in un'azione promossa da un professionista nei confronti di
un consumatore e basata su un contratto stipulato tra loro, vieta al giudice
nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare, d'ufficio o a
seguito di un'eccezione sollevata dal consumatore, il carattere abusivo di una
clausola inserita nel suddetto contratto.*

NOTE A MARGINE DI ALCUNE RECENTI SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SU TUTELA DEI CONSUMATORI E APPLICABILITÀ DI DIRETTIVE NON (CORRETTAMENTE) TRASPOSTE IN CONTROVERSIE TRA PRIVATI

Sommario: **1.** *Introduzione: cenni generali sull'efficacia giuridica delle direttive nei rapporti tra privati* - **2.** *Due recenti sentenze della Corte di giustizia su tutela dei consumatori e applicabilità di direttive non (correttamente) trasposte in controversie tra privati* - **3.** *Attività di assicurazione, tutela degli interessi dei consumatori e applicabilità di direttive non (correttamente) trasposte in controversie tra privati* - **4.** *Considerazioni conclusive.*

1. Introduzione: cenni generali sull'efficacia giuridica delle direttive nei rapporti tra privati

Alcune recenti decisioni della Corte di giustizia offrono la duplice occasione di sottolineare ancora una volta la sua forte tutela dei diritti dei consumatori nell'interpretazione della pertinente normativa comunitaria di armonizzazione del mercato interno; e di segnalare l'accentuarsi di un atteggiamento incline a riconoscere un'applicabilità di tipo obiettivo, o mediato, delle direttive anche nelle controversie individuali, valorizzando al massimo obblighi imposti alle autorità statali e non direttamente a singoli¹. Da esse può trarsi conferma, d'altra parte, del carattere problematico e ambiguo dell'ac-

¹ Sul tema, che non si intende qui analizzare in modo dettagliato, rinviamo *amplius* a F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, Giuffrè, 1983 (p. 261 ss. e in particolare, sul problema degli effetti "orizzontali" o tra privati delle direttive, p. 432 ss.); R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di uguaglianza*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 81; S. AMADEO, *L'efficacia obiettiva delle direttive comunitarie ed i suoi riflessi nei confronti dei privati*, *ivi*, 2001, p. 95; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea, Parte Istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, (p. 190 ss.); G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, Cedam, 2001 (p. 15 ss.).

cennato indirizzo relativo al rapporto tra direttive ed obblighi a carico di privati dalle prime previsti, o meglio tra direttive e loro valore giuridico per la soluzione di controversie tra soggetti privati

Com'è noto, le direttive comunitarie sono atti normativi che abbisognano di trasposizione nei diritti nazionali, incaricati di scegliere e precisare le forme e i mezzi per produrre le finalità più generali o sostanziali enunciate nell'atto comunitario (art. 249 Ce). Dopo la scadenza del termine concesso ai legislatori nazionali, tuttavia, le loro norme possono produrre effetti diretti anche a beneficio di privati, ovvero essere applicate direttamente in controversie sorte di fronte ai giudici e in cui soggetti privati reclamino diritti fondandoli sul testo comunitario. A tal fine è indispensabile, da un lato, che il disposto invocato sia chiaro, individui con precisione tutti gli elementi normativi della posizione giuridica azionata, e non sia soggetto a condizioni o procedure necessarie per la sua concretizzazione; dall'altro, che si tratti di controversie con autorità statali, e di istanze volte a reclamare diritti e a far valere corrispettivi obblighi nei confronti di entità pubbliche². Lo stesso vale quando la trasposizione nazionale sia avvenuta ma in modo scorretto o incompleto, poiché in tali casi, al di là del dato formale, la volontà normativa della direttiva risulta comunque inattuata³. Al contrario la direttiva non può, per costante giurisprudenza, imporre alcunché ai privati senza la mediazione e precisazione da parte dei legislatori nazionali, e ciò a prescindere dalla sua chiarezza e precisione e dal suo carattere incondizionato⁴.

Senza dilungarsi qui sulla ricostruzione dogmatica di questo carattere delle disposizioni della direttiva in rapporto alla loro efficacia negli ordinamenti nazionali, basti dire che esse fungono, in sostanza, talora come norme-parametro per misurare la compatibilità comunitaria di disposti nazionali incidenti sugli obiettivi dalle direttive perseguite, e cioè per vagliare la loro effettiva capacità e congruenza nel garantirli; o, talora, come criteri ermeneutici

² È la c.d. efficacia verticale delle direttive: si vedano tra le molte le sentenze *Becker* del 19 gennaio 1982 in causa n. 8/81, in *Raccolta* 1982, p. 53 e in questa *Rivista*, 1982, p. 499 con commento di F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive*, p. 506; *Marshall* del 26 febbraio 1986 in causa n. 152/84, in *Raccolta*, 1986, p. 723 e in questa *Rivista*, 1987, p. 87 con commento di F. CAPELLI, *La direttiva comunitaria: da atto (quasi) normativo a strumento di pressione politica*, p. 98; *Foster* del 12 luglio 1990 in causa n. C-188/89, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3313 e in questa *Rivista*, 1991, p. 373 con commento di M. G. BOCCIA, *Efficacia delle direttive nei confronti delle imprese pubbliche*, p. 377.

³ Sentenze *Fratelli Costanzo* del 22 giugno 1989 in causa n. 103/88, in *Raccolta*, 1989, p. 1839 e in questa *Rivista*, 1989, p. 607; *Kortas* dell'1 giugno 1999 in causa n. C-319/97, in *Raccolta* 1999, I, p. 3143; *Marks & Spencer* dell'11 luglio 2002 in causa n. C-62/00, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁴ Mancanza nelle direttive di quella che è comunemente chiamata efficacia orizzontale, cioè in controversie tra privati: tra le molte cfr. sentenze *Faccini Dori* del 14 luglio 1994 in causa n. C-91/92, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3325, e in questa *Rivista*, 1994, p. 361, con nota di F. CAPELLI; *El Corte Inglés* del 7 marzo 1996 in causa n. C-192/94, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1281 e massimata in questa *Rivista*, 1996, p. 579; *Verband deutscher Daihatsu-Handler* del 4 dicembre 1997 in causa n. C-97/96, in *Raccolta* 1997, I, p. 6843.

di interpretazione del diritto interno in modo da renderlo conforme a quegli obiettivi. Per quanto concerne i rapporti giuridici tra privati, è la seconda funzione che di regola ha consentito alle disposizioni delle direttive un'applicazione parzialmente autonoma, nel senso di non chiaramente mediata dalla normativa nazionale di attuazione. Vi è tuttavia qualche esempio anche del primo tipo, cui giova qui brevemente accennare.

Tra gli obblighi posti a carico di organi pubblici, inclusi i legislatori nazionali o sub-nazionali, figurano e hanno un particolare rilievo quelli legati proprio alla messa in opera di direttive che istituiscano determinate procedure comunitarie per conseguire le finalità volute. Così, a garanzia della libera circolazione delle merci nel mercato unico vige una direttiva che prevede una determinata procedura obbligatoria per le autorità statali prima dell'adozione, da parte loro, di regole tecniche che possano ostacolare la libera circolazione dei prodotti interessati; la procedura prevede una previa notifica dei progetti di regole e un periodo di *stand-still* prima della loro effettiva promulgazione, per dar modo alla Commissione e agli altri Stati membri di reagire nei modi previsti dalla direttiva medesima⁵. La violazione dell'obbligo di notifica, nonché la mancata attesa del periodo di *stand-still*, hanno indotto la Corte di giustizia a riconoscere l'invocabilità della direttiva da parte di privati, e la conseguente inefficacia delle norme nazionali di adozione di regole tecniche, non solo contro autorità pubbliche ma anche in controversie tra privati⁶. Per l'appunto, come chiarito dalla Corte con particolare nettezza nella seconda delle tre decisioni citate, qui non si trattava di porre a carico di tali soggetti privati obblighi imposti dalla direttiva, ma solo di far valere obblighi giuridici discendenti per essi, indirettamente, dalla disapplicazione delle norme nazionali che essi avevano invocato, e che in effetti erano formalmente in vigore ma incompatibili con i doveri gravanti sugli Stati ai sensi della direttiva co-

⁵ Direttiva n. 98/34, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche (in *Guce* n. L 204 del 21 luglio 1998, p. 37), che ha sostituito la precedente, e più volte modificata, direttiva n. 83/189 di pari oggetto (in *Guce* n. L 109 del 26 aprile 1989, p. 8). La direttiva n. 98/34, modificata dalla direttiva n. 98/48 (in *Guce* n. L 217 del 5 agosto 1998, p. 18), riguarda ora, oltre alle merci, anche i servizi della società dell'informazione. V. il testo della direttiva n. 98/34 coordinato con le modifiche introdotte dalla direttiva n. 98/48 in questa *Rivista*, 1999, p. 323 con commento di S. D'ACUNTO, *Direttiva n. 98/48/Ce: qualche novità in materia di libera circolazione dei servizi*, p. 347.

⁶ Sentenze *CIA Security International* del 30 aprile 1996 in causa n. C-194/94, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2201 e in questa *Rivista*, 1996, p. 535 con commento di O. PORCHIA, *L'efficacia della direttiva n. 83/189 in materia di regole tecniche: un raffronto con l'art. 93.3 del Trattato*, p. 545; e, in modo anche esplicito in riferimento a controversie tra privati e al conseguente obbligo di disapplicazione nei loro reciproci rapporti giuridici delle norme nazionali non notificate o illegittimamente adottate, cfr. *Unilever Italia* del 26 ottobre 2000 in causa n. C-443/98, in *Raccolta*, 2000, I, p. 7535, e in questa *Rivista*, 2001, p. 53, con nota di F. CAPELLI; e *Sapod Audic* del 6 giugno 2002 in causa n. C-159/00, non ancora pubblicata in *Raccolta*. V. da ultimo, con riferimento alla disapplicazione della normativa nazionale, F. CAPELLI, *Disapplicazione di norme interne notificate in base alla "direttiva allarme" (n. 83/189, ora n. 98/34) e limiti all'obbligo degli Stati membri di sospendere l'applicazione delle norme notificate*, in questa *Rivista*, 2002, p. 541 ss.

munitaria. Sembra quindi che essendo questa incompatibilità specificamente legata a precisi obblighi procedurali, e non già al generale dovere di corretta attuazione delle direttive, la loro trasgressione e le relative conseguenze possano essere fatte valere anche da privati contro altri privati, ai fini di un pieno soddisfacimento degli obiettivi propri all'atto comunitario⁷.

In modo solo in parte simile, ciò pare avvenire anche per le direttive che obbligano gli Stati membri a istituire mezzi di ricorso per tutelare diritti di origine comunitaria, o comunque ad assicurare loro una tutela adeguata. In tal caso, l'eventuale ruolo di parametro di compatibilità delle direttive è dovuto al fatto che l'oggetto della contestazione, eventualmente in controversie tra privati, sono regole procedurali che si impongono al giudice nazionale e quindi, per definizione, a una pubblica autorità⁸. In tal modo viene del resto quasi a sfumare la distinzione con gli obblighi delle autorità giurisdizionali di interpretazione del proprio diritto nazionale, in tutta la misura del possibile, in modo conforme alle disposizioni della direttiva comunitaria pertinente e non (correttamente) trasposta, cui abbiamo accennato sopra⁹. In vari casi, in

⁷ Nelle tre sentenze citate la Corte ha distinto l'ipotesi in oggetto, in particolare, qualificando la violazione commessa dalle autorità nazionali quale «vizio procedurale sostanziale» idoneo, in generale e anche in controversie tra privati, ad invalidare l'atto nazionale da esso affetto (cfr. i punti 48 della *CIA Security International*, 50 della *Unilever Italia*, 49 della *Sapod Audic*, cit. alla nota precedente).

⁸ Sul tema qui solo ricordato rinviamo, oltre agli autori citati *supra*, nota 1, a A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 41, in merito al rapporto tra l'efficacia delle regole che si impongono ai giudici nazionali e le esigenze di tutela effettiva dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario. È differente invece quanto avviene per le direttive che prevedono procedure pubbliche, ma nazionali, a determinati scopi (come per l'assegnazione degli appalti, o per la previa valutazione d'impatto ambientale dei progetti di costruzioni). In tal caso l'eventuale ruolo di parametro di compatibilità delle direttive sarà limitato al caso in cui si contesti ad autorità pubbliche il non aver seguito – o in ipotesi il non poter seguire – le dette procedure; anche se ciò può ripercuotersi sulla posizione di terzi controinteressati. Si vedano ad esempio, in merito alle direttive in materia di procedure per le gare di appalto e ai conseguenti diritti di singoli fondati sul diritto comunitario, le sentenze *Fratelli Costanzo* del 22 giugno 1989, cit. *supra*, nota 3; *Dorsch Consult* del 17 settembre 1997 in causa C-54/96, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4961 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 185; *Togel* del 24 settembre 1998 in causa n. C-76/97, in *Raccolta*, 1998, I, p. 5337 (tutte controversie, com'è del resto logico, tra un privato e una pubblica autorità, anche se con eventuali terzi privati come controinteressati). Un caso riguardante la procedura di valutazione d'impatto ambientale che gli Stati hanno l'obbligo di istituire per determinati progetti di costruzione, pubblici e privati (ai sensi della direttiva n.85/337, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, in *Guce* n. L 175 del 5 luglio 1985, p. 40) è stato affrontato nella sentenza *Linster* del 19 settembre 2000 in causa n. C-287/98, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6917: anch'essa concerneva una controversia tra un privato e un committente pubblico; in caso contrario, l'esito della decisione sarebbe stato probabilmente diverso, salvo ricadersi nella seconda tipologia di possibile effetto autonomo delle direttive, e cioè di criterio di interpretazione conforme del diritto nazionale.

⁹ L'obbligo di interpretazione conforme a direttive comunitarie è affermato da una consolidata giurisprudenza. Cfr. ad esempio le sentenze *von Colson e Kamann* del 10 aprile 1984 in causa n. 14/83, in *Raccolta*, 1984, p. 1891; *Marleasing* del 13 novembre 1990 in causa n. C-106/89, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4135; *Togel* del 24 settembre 1998, cit. *supra*, nota 8; *Centrosteel* del 13 luglio 2000 in causa n. C-456/98, in *Raccolta* 2000, I, p. 6007, e in questa *Rivista*, 2000, p. 581, con nota di A. VENEZIA; *Collino e Chiappero* del 14 settembre 2000 in causa n. C-343/98, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6659.

effetti, il giudice di Lussemburgo ha richiamato il dovere di interpretazione conforme esigendo poi dal giudice una sostanziale disapplicazione delle norme che imponevano ad esso, pubblica autorità, obblighi o restrizioni contrari all'effettivo conseguimento degli scopi voluti da una direttiva. Basti qui proporre due esempi, cominciando con l'evocare il ben noto caso *Marleasing*: una società ha potuto invocare direttamente una direttiva che non risultava correttamente trasposta in diritto interno, e impedire l'azione di nullità intentata contro di essa da un'altra società e fondata sul codice civile nazionale e su di un motivo di nullità incompatibile, a prima lettura, con la pertinente direttiva comunitaria in materia societaria. La Corte ha posto l'accento sul ruolo del giudice quale destinatario dell'istanza di dichiarazione di nullità, e sul connesso obbligo di questi – non di privati – di garantire che il disposto nazionale, relativo alla nullità dei contratti sociali per mancanza di causa giuridica, fosse inteso in modo conforme alla pertinente normativa comunitaria, ossia ... nel senso di non farvi rientrare cause diverse da quelle previste tassativamente dalla pertinente direttiva comunitaria¹⁰.

Nell'altrettanto conosciuta vicenda *Océano Grupo Editorial* l'applicabilità della direttiva in controversie tra privati, e proprio nell'ambito della disciplina di tutela dei consumatori, è stata resa possibile dalla natura procedurale della questione posta alla Corte¹¹. Dinanzi a cause intentate da un'impresa venditrice contro i suoi acquirenti consumatori, e a clausole contrattuali attributive della competenza al giudice della sede della società venditrice e diversa dal domicilio delle controparti, il giudice *a quo* rilevava una dubbia situazione in diritto nazionale circa la rilevabilità d'ufficio dell'abusività della clausola; e ha chiesto se la pertinente direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori implicasse la facoltà del giudice di rilevare d'ufficio tale abusività ed eventualmente declinare la propria competenza. Anche questa volta la Corte ha consentito l'applicazione della direttiva facendo leva sull'obbligo di interpretazione conforme da parte di un'autorità statale, quella giurisdizionale; essa ha quindi dichiarato che la direttiva implicava per il giudice il dovere di intendere la dubbia situazione del diritto procedurale nazionale in modo da poter rilevare *ex officio* l'abusività della clausola contrattuale, e da poter declinare la propria competenza a decidere sulla domanda dell'impresa fondata sulla clausola stessa. In tale circostanza, diversamente dal caso precedente, questo *escamotage* ha condotto all'imposizione di un obbligo previsto dalla stessa direttiva a carico direttamente di privati;

¹⁰ Sentenza *Marleasing* del 13 novembre 1990, *cit.* alla nota precedente.

¹¹ Sentenza *Océano Grupo Editorial* del 27 giugno 2000 in cause riunite nn. C-240-244/98, in *Raccolta*, 2000, I, p. 4941 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 638. La direttiva rilevante era la n. 93/13, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (in *Guce* n. L 95 del 21 aprile 1993, p. 29).

precisamente del dovere dell'imprenditore in causa di non utilizzare clausole abusive nelle relazioni contrattuali con i propri clienti consumatori. Dunque un'efficacia indiretta, o come anche si è detto triangolare, della direttiva a carico di privati da essa obbligati.

Al di fuori di simili situazioni, invece, continua a valere la norma giurisprudenziale che nega efficacia orizzontale alle direttive, e quindi impedisce di azionare a carico di privati obblighi per essi discendenti da direttive non (correttamente) trasposte e slegati da obblighi di natura statale strettamente legati e strumentali rispetto ai primi. In tali evenienze ai privati che reclamino diritti fondati su direttive non rimane che la via giudiziale dell'azione di risarcimento per i danni subiti dalla mancata attuazione della direttiva; azione da indirizzare contro lo Stato di appartenenza quale sorta di "sanzione politica", se si vuole, per la negligente opera legislativa fornitagli quale cittadino¹²! In questo contesto così sommariamente descritto si pongono, innanzitutto, due recenti sentenze vertenti su due diverse direttive, entrambe adottate al fine della difesa e promozione dei diritti dei consumatori, entrambe scorrettamente attuate nei rilevanti ordinamenti nazionali. L'una e l'altra ci sembrano confermare, e la prima forse ampliare, la soluzione che riconosce un'efficacia mediata delle norme di direttive comunitarie in controversie tra privati, fondando l'imposizione di precisi obblighi a carico di soggetti privati su connessi e strumentali doveri riferibili a pubbliche autorità (par. 2). La tutela dei consumatori in relazione allo svolgimento di attività assicurative è al centro poi di altre due vicende concluse, la prima, con una decisione di più ambigua lettura circa l'applicabilità di direttive non correttamente trasposte a controversie tra privati; la seconda, viceversa, con un verdetto che ripropone il consueto indirizzo che nega nelle direttive la capacità di esplicare i propri effetti e di regolare rapporti giuridici tra privati senza l'intermediazione delle misure nazionali di attuazione (par. 3). Dal loro esame trarremo occasione per fare qualche breve considerazione, oltre che sull'importante tematica della protezione dei consumatori, anche sugli aspetti positivi e su quelli critici dell'indirizzo giurisprudenziale affermatosi a proposito del valore giuridico delle direttive negli ordinamenti nazionali, anche alla luce della migliore tutela dei diritti che i singoli traggono dall'ordinamento comunitario (par. 4).

¹² Cfr. sentenze *Faccini Dori* del 14 luglio 1994, *cit. supra*, nota 4; *El Corte Inglés* del 7 marzo 1996, *cit. supra*, nota 4; *Verband deutscher Daihatsu-Handler* del 4 dicembre 1997, *cit. supra*, nota 4.

2. Due recenti sentenze della Corte di giustizia su tutela dei consumatori e applicabilità di direttive non (correttamente) trasposte in controversie tra privati

a. La sentenza Heininger del 13 dicembre 2001

La Corte di giustizia si è spesso pronunciata su questioni attinenti a direttive di protezione dei consumatori e nell'ambito di rinvii pregiudiziali originati da controversie che vedevano opporsi dei soggetti privati. Nei vari casi, tuttavia, si trattava per regola di fornire interpretazioni delle direttive in questione a fronte di conformi norme nazionali di attuazione. In un caso di mancata attuazione della direttiva n. 85/577, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, aveva per l'appunto dichiarato ancora una volta l'inapplicabilità di essa direttamente nell'ambito di rapporti inter-privati, salvo l'obbligo del giudice nazionale di interpretare il proprio diritto nazionale, sin dove possibile, in modo conforme alla normativa comunitaria interessata¹³. Nel ricordato caso *Océano Grupo Editorial* la trasposizione in diritto nazionale era avvenuta; e, se è vero che secondo parte della giurisprudenza nazionale questa attuazione non consentiva comunque al giudice di rilevare d'ufficio l'abusività di clausole nei contratti con i consumatori, rimanevano tuttavia dubbi che il giudice poteva, anzi doveva risolvere nel senso contrario, proprio per rispettare lo spirito e le esigenze della direttiva comunitaria in oggetto¹⁴. La situazione oggetto della decisione che passiamo ora a commentare era differente perché la trasposizione, pur avvenuta, era stata contraddistinta da esclusioni che lasciavano scoperte alcune fattispecie, in ordine alle quali si poteva così parlare di mancata attuazione.

La fattispecie *a quo* concerneva un contratto di credito fondiario, in particolare di un mutuo per l'acquisto di una casa garantito da una garanzia fondiaria, concluso al di fuori dei locali commerciali durante una visita al domicilio dei mutuatari. Nel diritto nazionale un simile contratto era disciplinato dalla legge nazionale che aveva trasposto, sia pur estendendone il campo di applicazione e rafforzando le norme di tutela, la direttiva comunitaria n. 87/102 in materia di credito al consumo. La normativa nazionale di trasposizione della direttiva sulle vendite fuori dei locali commerciali, n. 85/577, al contrario, escludeva dal proprio campo di applicazione tutti i contratti soggetti alla prima legge; nella specie, quindi, ai sensi del diritto tedesco il contratto di mutuo ipotecario in causa era disciplinato esclusivamente dalla legislazio-

¹³ Sentenza *Faccini Dori* del 14 luglio 1994, *cit. supra*, nota 4. La direttiva n. 85/577 è pubblicata in *Guce* n. L 372 del 31 dicembre 1985, p. 31; il diritto invocato nei confronti della controparte privata, ma non sussistente in diritto interno a causa della mancata trasposizione della direttiva, era il diritto di recesso entro i 7 giorni previsti dalla direttiva.

¹⁴ Sentenza *Océano Grupo Editorial* del 27 giugno 2000, *cit. supra*, nota 11.

ne in materia di credito al consumo. Quest'ultima prevede un diritto di recesso per il debitore che contragga il credito per motivi estranei alla propria attività professionale, da esercitare entro una settimana dal momento in cui ha ricevuto l'informazione di tale suo diritto da parte del creditore; nell'ipotesi in cui quest'ultimo non fornisca alcuna informazione alla controparte circa questa sua facoltà, o comunque non la faccia sottoscrivere specificamente da essa, il diritto di recesso si estingue al più tardi dopo un anno dalla conclusione del contratto. Attesa questa disciplina a livello nazionale, la Cassazione tedesca intendeva sapere dalla Corte se: 1. un credito fondiario come quello di specie rientrasse nella direttiva comunitaria sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali; 2. in caso affermativo, se questa si opponesse a un termine di decadenza dal diritto di recesso di un anno dalla conclusione del contratto nel caso l'imprenditore non abbia fornito al consumatore alcuna informazione sull'esistenza di un tale diritto.

La risposta al primo quesito getta qualche nuova luce in materia di protezione dei consumatori nella disciplina delle vendite fuori dei locali commerciali. Una prima obiezione alla ricomprensione del mutuo ipotecario nell'ambito di applicazione della direttiva n. 85/577 veniva direttamente dall'impostazione scelta autoritativamente dal legislatore nazionale, e seguita anche dal giudice *a quo*: essa era data dalla specialità della regolamentazione dei contratti di credito fornito ai consumatori, e perciò dall'esclusività della sua applicazione a tali contratti in quanto *lex specialis* (va aggiunto che, se l'applicabilità della direttiva comunitaria in materia di credito al consumo era in realtà dubbia, non lo era affatto la rilevanza della disciplina tedesca sul credito al consumo, poiché il legislatore tedesco non si è avvalso di tutte le deroghe ammesse dalla direttiva n. 87/102 e ne ha esteso così il raggio normativo)¹⁵. A prescindere dalla correttezza della ricomprensione del contratto in causa nella direttiva comunitaria sul credito al consumo, ed ammessala per ipotesi, la Corte ha agevolmente respinto tale argomento rilevando come nulla in questa posteriore direttiva esclude la contemporanea tutela apprestata dalla precedente; per i giudici la *ratio* e le finalità concrete di questa dimostrano inequivocabilmente la volontà del legislatore comunitario di voler tutelare il consumatore in qualsiasi sua relazione contrattuale stipulata nelle condizioni previste, cioè su iniziativa dell'imprenditore e cogliendo in qualche modo

¹⁵ La direttiva n. 87/102, relativa ai contratti di credito al consumo, è pubblicata in *Guce* n. L 42 del 12 febbraio 1987, p. 48; la direttiva n. 85/577 è citata *supra*, nota 11. Quanto alla ricomprensione o meno di un mutuo destinato all'acquisto di un immobile e garantito da un'ipoteca fondiaria dalla direttiva n. 87/102, l'Avvocato Generale LÉGER nelle proprie conclusioni sulla causa in commento, n. C-481/99, la aveva negata ai sensi del suo art. 2; esso, rispettivamente al n. 1 lett. *a*. e al n. 3, dispone di non applicarsi ai contratti di credito destinati all'acquisto della proprietà su beni immobili o comunque garantiti da ipoteche su un bene immobile. Ciò non toglie che la scelta del legislatore tedesco di ampliarne il raggio operativo sia legittima, fondandosi sull'art. 15 della medesima direttiva n. 87/102 che consente agli Stati l'adozione di norme più rigorose a tutela dei consumatori.

impreparato il consumatore¹⁶. Il secondo ostacolo da superare risiedeva nell'art. 3, n. 2, lett. a., della stessa direttiva n. 85/577 che esclude la propria applicabilità «ai contratti per la costruzione, vendita e locazione di beni immobili e ai contratti relativi ad altri diritti concernenti beni immobili». Seguendo il ragionamento dell'Avvocato Generale, la Corte ha chiarito che un contratto di credito, pur finalizzato all'acquisto di diritti su un immobile, ha comunque ad oggetto la messa a disposizione di una somma di denaro a fronte dell'obbligo del mutuatario di rimborso nonché di pagamento degli interessi secondo le scadenze e modalità pattuite; si tratta quindi di un servizio finanziario ben diverso dal contratto di compravendita di un immobile, il quale ha ad oggetto direttamente la proprietà di esso. Concludendo: poiché il contratto rilevante non risultava escluso dal proprio raggio normativo dalla stessa direttiva n. 85/577, né un simile risultato discendeva dalla successiva adozione della direttiva sul credito al consumo n. 87/102, la tutela accordata ai consumatori in materia di vendite "a sorpresa" doveva essere concessa anche ai mutuatari consumatori coinvolti nella disputa all'origine del ricorso pregiudiziale.

A questo punto si era dinanzi, ci pare, ad un caso di mancata trasposizione della direttiva a beneficio dei consumatori in causa. La legge tedesca escludeva espressamente e inequivocabilmente di applicarsi al caso di specie; e rinviava interamente alla legislazione nazionale in materia di credito al consumo. Questa prevedeva un diritto di recesso, come si è detto sopra, da esercitare entro una settimana dal ricevimento dell'informazione sulla sua esistenza; termine che però, in caso di mancata informazione, scadeva al più tardi un anno dopo la conclusione del contratto. Per rendere eventualmente applicabile la direttiva comunitaria che disponesse un termine diverso, in sostanza, si sarebbe dovuto disapplicare la chiara normativa nazionale e far valere le norme comunitarie nei confronti direttamente dell'imprenditore in causa. Non sembrava bastare un obbligo di interpretazione conforme del pro-

¹⁶ La sentenza è la *Heininger* del 13 dicembre 2001 in causa n. C-481/99, in *Raccolta*, 2001, I, p. 9945 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 83. Come detto nel testo la Corte non ha approfondito il problema del rapporto tra la direttiva n. 87/102 sul credito al consumo e un contratto di mutuo legato all'acquisto di un immobile e garantito da ipoteca immobiliare, come quello in causa, e si è limitata a sancire che comunque le due direttive non si escludono reciprocamente. Con ciò ha in sostanza confermato quanto statuito a proposito della relazione tra la direttiva sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali, e la direttiva n. 94/47, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili (in *Guce* n. L 280 del 29 ottobre 1994, p. 83). Nella sentenza *Travel Vac* del 22 aprile 1999 in causa n. C-423/97, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2195, i giudici di Lussemburgo hanno dichiarato che il fatto che si applicasse al contratto di multiproprietà in causa la seconda direttiva, n. 94/47, non comportava l'irrelevanza della prima; la direttiva n. 85/577, in realtà, si pone quale normativa generale per ogni relazione contrattuale stipulata dal consumatore per l'acquisto di beni o servizi e nelle condizioni da essa previste. Precisiamo inoltre, ai fini dell'oggetto del presente commento, che nella fattispecie all'origine della decisione ora ricordata la legge spagnola di trasposizione della direttiva n. 85/577, sui contratti "porta a porta", non aveva escluso dal proprio ambito disciplinato un simile contratto di multiproprietà ma si era limitata a riproporre la formulazione generale della direttiva; dunque, diversamente dal presente caso, la direttiva risultava attuata, rimanendo da sapere quale fosse la sua corretta interpretazione.

prio diritto nazionale da parte del giudice. Peraltro il periodo per l'esercizio del diritto di recesso costituisce, probabilmente, un onere a carico del consumatore ben più che una norma di procedura vincolante il giudice e da esso, eventualmente, disapplicabile.

Tuttavia, né l'Avvocato Generale né la Corte hanno minimamente accennato al fatto che la controversia *a quo* vedeva opporsi due parti private, e che pronunciandosi sul secondo quesito si sarebbe imposto all'imprenditore un obbligo direttamente addebitabile alla direttiva e non previsto – non con le stesse modalità – dalla pertinente normativa nazionale regolatrice della fattispecie. Eppure, nel risolvere la questione, l'Avvocato Generale ha insistito proprio sugli obblighi dettati dalla direttiva a carico degli imprenditori, sul loro significato, sull'essenzialità del loro rispetto¹⁷. I giudici, evidentemente anche per evidenziare meglio le ragioni della loro risposta, hanno piuttosto insistito sugli obblighi del legislatore nazionale nella corretta traduzione interna della reale volontà della disciplina comunitaria. Dopo aver vagliato la finalità generale della direttiva, di offrire un'occasione di ripensamento al consumatore che si sia impegnato senza aver previamente meditato e preso l'iniziativa di un acquisto, essi hanno rammentato gli artt. 4 e 5 della direttiva: l'obbligo di informazione scritta al consumatore circa il suo diritto di recedere, previsto dal primo a carico degli imprenditori, e il connesso dovere di garantirlo da parte degli Stati; e il termine sancito dal secondo per recedere, testualmente fatto decorrere «dal momento in cui [il consumatore] ha ricevuto l'informazione di cui all'articolo 4». E ne hanno arguito che tanto lo spirito della disciplina che lo stesso tenore letterale dell'art. 5 in combinato disposto

¹⁷ Ricordiamo che l'art. 4 della direttiva n. 85/577 sulle vendite fuori dei locali commerciali pone l'obbligo per il commerciante o prestatore di servizi di informare il consumatore, prima che questi concluda il contratto proposto, del suo diritto di recedere nei termini dell'art. 5. Oltre a disciplinare il momento per dare l'informazione, che non deve mai risultare posteriore alla conclusione del contratto, l'articolo conclude disponendo che «gli Stati membri fanno sì che la loro legislazione nazionale preveda misure appropriate per la tutela dei consumatori qualora non venga fornita l'informazione di cui al presente articolo». L'art. 5 fissa poi il termine per il recesso in «almeno 7 giorni dal momento in cui [il consumatore] ha ricevuto l'informazione di cui all'articolo 4, e secondo le modalità e condizioni prescritte dalla legislazione nazionale». Nelle proprie conclusioni l'Avvocato LÉGER si è soffermato sui doveri degli imprenditori e sul loro ruolo di indispensabile premessa per l'effettività della tutela voluta dalla direttiva nel suo complesso a difesa della parte debole, il consumatore. Egli non ha invece sottolineato se non nel dispositivo proposto alla Corte il dovere statale, e in particolare del legislatore, di garantire una protezione effettiva nel caso di mancata informazione. Riportiamo i sintomatici punti 59-61 delle sue conclusioni: «il ressort clairément de son article 4 que cette obligation d'informer pèse sur le commerçant qui «est tenu» de s'y conformer. Il s'agit d'une obligation de résultat. Le non-respect de cette sujétion entraîne une violation d'un droit subjectif consacré par le droit originaire. En effet, nous tenons à insister sur le point suivant. Si le consommateur n'est pas informé de l'existence d'un droit de révocation, il se trouve dans l'impossibilité de l'exercer. L'effectivité de ce droit repose donc entièrement sur le comportement du commerçant. La directive démarchage à domicile fait peser sur ses épaules une responsabilité particulière, car le droit du consommateur dépend de son attitude. Une défaillance du commerçant peut empêcher la mise en application de ladite directive. Or, comme le relèvent les parties demanderesse dans leurs observations, subordonner l'exercice du droit de révocation, en l'absence d'information à son sujet, à une condition de délai, dans les contrats de crédit conclus par démarchage à domicile, viderait de son sens la protection recherchée».

con l'art. 4 dovevano condurre alla seguente interpretazione della disposizione indirizzata agli Stati membri dall'art. 4: «non è possibile interpretare l'art. 4, terzo comma, di tale direttiva nel senso che consenta al legislatore nazionale di stabilire che il diritto di recesso del consumatore debba comunque essere esercitato entro il termine di un anno, anche se il commerciante non ha informato il consumatore dell'esistenza di tale diritto». In assenza di informazione e quindi della reale possibilità di conoscere ed esercitare il diritto di recesso, in effetti, una simile decadenza svuotava di significato il diritto garantito dalla direttiva comunitaria¹⁸.

La conclusione è stata quindi che la direttiva n. 85/577, richiedendo espressamente agli Stati di garantire un risultato preciso quale l'informazione del consumatore, affinché egli possa effettivamente esercitare il proprio diritto di recesso, osta all'adempimento da parte del legislatore nazionale del suo dovere nel modo ricordato in quanto troppo inefficace per una piena tutela dei diritti del consumatore. La decisione conferma quindi la volontà della giurisdizione di Lussemburgo di fornire un'interpretazione estensiva della possibilità di applicare (in)direttamente le direttive non trasposte, o non correttamente trasposte, anche nei confronti di soggetti diversi da quelli pubblici. E sembra anzi spingersi molto avanti su tale strada, con l'evidente rischio, una volta giunti al legislatore stesso, di inglobare potenzialmente molte ipotesi di mancata o scorretta attuazione di direttive comunitarie. Ribadiamo infatti che, nella specie, non sarebbe bastato neppure l'obbligo di interpretazione conforme del proprio diritto ad opera del giudice nazionale, da esercitare «in tutta la misura possibile» ma non *contra legem*, ovviamente. Nonostante ciò un dovere di garantire un risultato ben specifico, e non genericamente una corretta e tempestiva attuazione della direttiva, è bastato per intervenire a posteriori sull'attività negligente dello stesso legislatore con una sorta di modifica *ex post*, e non solo di carattere interpretativo, della stessa normativa nazionale!

Infine, vale la pena rilevare che se la legislazione tedesca in materia di credito al consumo non avesse previsto alcun diritto di recesso, che la pertinente direttiva comunitaria in effetti non impone, sarebbe risultato ancora più evidente che nella specie si trattava di modificare in modo non aggirabile con l'interpretazione le disposizioni di diritto nazionale: in particolare l'articolo della legge nazionale sulle vendite fuori dei locali commerciali che dichiara la propria inapplicabilità totale ai contratti di credito al consumo disciplinati dalla successiva legge specifica; e/o l'assenza di un diritto di recesso in questa normativa specifica^{19 20}.

¹⁸ Va ancora puntualizzato che la normativa tedesca di attuazione della direttiva sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali non prevede l'indicato periodo annuale di decadenza, sicché esso non si sarebbe imposto al consumatore se essa fosse stata vevole per il caso di specie.

¹⁹ Va sottolineato ancora che, nell'ipotesi dell'assenza di un qualsiasi diritto di recesso nella legislazione tedesca sul credito al consumo, la situazione giuridica nazionale sarebbe stata identica

b. *La sentenza Cofidis del 21 novembre 2002*

La seconda decisione ricalca grosso modo il precedente *Océano Grupo Editorial* sopra descritto, generalizzando la sua soluzione a tutte le norme processuali di simile portata, e probabilmente estendendo il concetto stesso di norma processuale rivolta all'organo giudiziale²¹. La vicenda aveva ad oggetto una disputa relativa ad un contratto di credito al consumo; le clausole finanziarie di esso erano state giudicate abusive dal giudice *a quo*, per mancanza di leggibilità e chiarezza combinate con un messaggio promozionale figurante sul modulo contrattuale da firmare ed idoneo a indurre in errore il consumatore²². Per tal motivo il giudice intendeva disattendere la domanda di un ente finanziario volta a ottenere il pagamento di quanto dovuto dal consumatore. Senonché un ostacolo processuale glielo impediva. In effetti, trattandosi di un contratto di credito al consumo, il giudice nazionale doveva comunque applicare, oltre alla normativa di attuazione della direttiva n. 93/13 sulle clausole abusive, anche le disposizioni in materia di credito al consumo, queste prevalenti in caso di disparità dalle prime per ragioni di specialità della normativa²³. La disciplina speciale prevede tra l'altro un termine procedurale di due anni dalla conclusione del contratto per far valere la violazione delle norme di tutela del consumatore da essa dettate; dopo di esso, né il giudice d'ufficio né il consumatore con eccezione possono più far valere tali viola-

a quella all'origine della sentenza *Faccini Dori* del 14 luglio 1994, *cit. supra*, nota 4. Ma alla stessa situazione avrebbe probabilmente corrisposto un'opposta soluzione.

²⁰ Segnaliamo che l'ambiguità della soluzione fornita dalla Corte comunitaria si è riverberata - come prevedibile - sul seguito giudiziario della vicenda a livello nazionale. In breve, la Cassazione tedesca ha innanzitutto ritenuto (o forse ... dovuto ritenere) suscettibile di interpretazione l'art. 5 n. 2 della legge nazionale sui contratti al di fuori dei locali commerciali (!); per inciso ha poi negato rilievo alla chiara volontà, espressa nel motivare la legge sul credito al consumo, di assicurare ad essa la assoluta prevalenza sulla legge precedente; infine, ha "interpretato", per così dire, l'art. 5 n. 2 della legge sul "porta a porta" come non escludente i contratti di credito al consumo nella misura in cui la legge ad essi specifica non assicura un diritto di recesso, al consumatore, equivalente a quello da essa garantito in conformità con la direttiva n. 85/577: Bundesgerichtshof, sentenza del 9 aprile 2002, pubblicata in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 1881.

²¹ Sulla sentenza *Océano Grupo Editorial* del 27 giugno 2000, *cit. supra*, nota 11, rinviando alla breve descrizione fornita al par. 1.

²² In merito alla problematica del rapporto tra clausole abusive e contratti bancari e finanziari nell'ordinamento italiano cfr. ad esempio P. M. PUTTI - G. GALLO, in G. ALPA - S. PATTI, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, Giuffrè, 1997 (p. 801 ss.), che si soffermano anche sul tema specifico della trasparenza e chiarezza delle condizioni contrattuali prevista come obbligatoria dalla pertinente normativa italiana contenuta nel testo unico bancario.

²³ La direttiva n. 93/13, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, *cit. supra*, nota 11, è trasposta in diritto francese dal Capitolo 2, Titolo III, Libro 1° del codice del consumo; per giurisprudenza costante l'abusività può essere fatta valere dal consumatore entro un periodo di prescrizione di cinque anni dalla conclusione del contratto, mentre l'eccezione di abusività è imprescrittibile e può sempre essere opposta. Sulla direttiva e sulla disciplina italiana di attuazione v. G. ALPA - S. PATTI, *Le clausole vessatorie*, *cit.* alla nota precedente; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, Laterza, 1999 (p. 198 ss., anche in riferimento alla normativa ed esperienza francese precedenti alla direttiva); E. GRAZUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, Giuffrè, 2002.

zioni. Poiché, stando al giudice *a quo*, il perentorio termine biennale andava inteso come riferito anche alle ipotesi di abusività delle clausole contrattuali, e poiché il contratto in causa era stato concluso più di due anni prima, al giudice non sarebbe rimasto che accogliere positivamente la domanda dell'ente finanziario attore²⁴. La questione indirizzata alla giurisdizione di Lussemburgo, dunque, era se la direttiva in materia di clausole abusive ostasse a un simile termine, nella misura in cui impediva al giudice di procedere, d'ufficio o su eccezione di parte, a rilevare e dichiarare l'eventuale abusività di clausole di un contratto concluso più di due anni prima dalla proposizione della domanda su esse fondata.

Innanzitutto la Corte di giustizia ha accettato la premessa della definizione di abusive delle clausole in parola, oltre naturalmente a tutte le deduzioni relative al diritto interno sul quale non le compete assolutamente di prendere posizione²⁵. Data dunque per acquisita l'abusività delle clausole finanziarie in oggetto, si doveva stabilire se l'assoluta impossibilità per il giudice di rilevarla dopo due anni dalla conclusione di un contratto poteva o meno ammettersi; e in particolare ammettersi nell'ambito di una controversia tra privati, con la conseguente imposizione dell'obbligo gravante sull'ente finanziario di non utilizzo di clausole abusive nei rapporti con i propri clienti consumatori. Anche qui, comunque, nessun cenno viene riservato a questa caratteristica "orizzontale" della controversia di fronte al giudice nazionale.

Senza pertanto affrontare la problematica dell'efficacia orizzontale o ver-

²⁴ Va precisato, per quanto inconferente rispetto ai temi qui trattati, che l'articolo in questione, L. 311-37 del codice del consumo francese che pone il termine biennale accennato per opporre presunte irregolarità rispetto alla disciplina del credito al consumo, si riferisce testualmente alle sole azioni legate a presunte violazioni del Capitolo cui appartiene, cioè alle formalità previste a tutela del consumatore mutuuario dalla normativa sul credito al consumo. Come rilevato in causa dal Governo francese, peraltro, non sussisteva alcuna sentenza chiarificatrice della Cassazione in merito alla sua eventuale applicabilità anche ad altre ipotesi, come quelle delle violazioni della normativa sulle clausole abusive. Secondo il giudice *a quo*, in ogni caso, l'articolo era applicabile al caso pendente di fronte a lui.

²⁵ Nelle proprie conclusioni sulla causa in oggetto, *Cofidis*, n. C-473/00, l'Avvocato Generale TIZZANO aveva seguito un procedimento diverso, verificando prima l'eventuale abusività delle clausole in oggetto e solo poi passando all'esame del termine biennale di decadenza da ogni facoltà di constatarne l'abusività. L'*iter* ci sembra in effetti più corretto, atteso che la normativa francese ripropone *in toto* le formule rilevanti della direttiva e che quindi si trattava di interpretare questa e calarla alla fattispecie di diritto posta dal giudice nazionale. Oltretutto lo stesso percorso è stato seguito dalla Corte di giustizia nel ricordato caso *Océano Grupo Editorial* del 27 giugno 2000, *cit. supra*, nota 11, dove prima ha vagliato l'abusività o meno delle clausole rilevanti (punti 21-24) e solo poi ha proceduto alla valutazione della facoltà o meno per il giudice nazionale di rilevare *ex officio* tale abusività e di conseguenza la propria incompetenza (sulla vicenda v. brevemente *supra*, par. 1). Quanto al merito, l'Avvocato TIZZANO ha risolto negativamente la problematica sulla base sia dell'art. 4, n. 2, della direttiva n. 93/13, che esclude dal giudizio di abusività la definizione dell'oggetto principale del contratto e l'adeguatezza del compenso chiesto rispetto ai beni o servizi offerti, purché tali elementi siano formulati in modo chiaro e comprensibile; sia sulla base dell'art. 1, n. 2, che fa salve le clausole conformi a disposizioni giuridiche imperative e a Convenzioni giuridicamente vincolanti per gli Stati o la Comunità. Erano controverse, precisamente, le clausole che fissavano i tassi di interesse dovuti dal mutuuario nonché le penalità in caso di ritardati o mancati pagamenti, ritenute essere l'oggetto principale del contratto da parte dello stesso Avvocato Generale.

ticale della direttiva, la Corte ha ripreso e citato gli argomenti che già aveva esposto nel precedente *Océano Grupo Editorial*, in particolare il fatto che «la facoltà per il giudice di esaminare d'ufficio l'illiceità di una clausola costituisce un mezzo idoneo al conseguimento tanto dell'obiettivo fissato dall'art. 6 della direttiva, che è quello di impedire che il consumatore sia vincolato da una clausola abusiva, quanto dell'obiettivo dell'art. 7, dato che tale esame può avere un effetto dissuasivo e, pertanto, contribuire a far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti conclusi tra un professionista e i consumatori. Questa facoltà riconosciuta al giudice è stata ritenuta necessaria per garantire al consumatore una tutela effettiva, tenuto conto in particolare del rischio non trascurabile che questo ignori i suoi diritti o incontri difficoltà per esercitarli»²⁶. In esito a tale analisi è stata estesa la soluzione già adottata nel caso precedente, relativa alla rilevanza d'ufficio della propria incompetenza da parte del giudice nazionale a causa dell'abusività della clausola attributiva di quella competenza; e la si è generalizzata per tutte le ipotesi di illiceità di clausole abusive, dichiarando incompatibile con la direttiva n. 93/13 la norma processuale che impedisce al giudice di procedere senza limiti di tempo, d'ufficio o su eccezione di parte, all'accertamento e all'annullamento delle clausole stesse. Il giudice aveva così l'obbligo – lui, naturalmente, non il privato attore – di disapplicare la disposizione processuale incidente sui propri poteri (nel caso, l'art. L. 311-37 del codice del consumo francese), e di statuire sulla natura abusiva delle clausole contrattuali interessate.

Di questa seconda pronuncia vanno messi in rilievo due punti principali. In primo luogo, delude un poco l'accentuata cautela della Corte di giustizia dinanzi al giudizio del giudice *a quo* circa l'abusività delle clausole in oggetto, tra l'altro in un'ipotesi, quella della determinazione delle condizioni finanziarie di contratti di credito con l'indispensabile chiarezza e comprensibilità, che forse meritava una chiarificazione a livello comunitario. Un atteggiamento di *self-restraint* forse dipeso dalla scarsità degli elementi forniti dal giudice *a quo*, ma certo ben diverso da quello adottato in occasione dell'interpretazione di altre direttive di tutela dei consumatori e, come anticipato, della simile vicenda risolta con la sentenza *Océano Grupo Editorial*. In secondo luogo, si trova confermata la tendenza ad ampliare l'invocabilità di direttive non correttamente trasposte nell'ambito di controversie tra privati, di tipo c.d. orizzontale. Nella fattispecie, è stata la natura procedurale della norma nazionale *sub iudice* a giustificare la sua disapplicazione a vantaggio della direttiva, che sarebbe altrimenti rimasta inerte in quanto, appunto, scorrettamente trasposta. La soluzione sembra tanto più significativa in quanto il disposto nazionale, più che disciplinare direttamente procedura e poteri del

²⁶ Sentenza *Cofidis* del 21 novembre 2002 in causa n. C-473/00, non ancora pubblicata in *Raccolta*, (punti 32-33).

giudice, era indirizzata alle parti contrattuali dei contratti di credito al consumo e tesa a produrre in esse una certa sollecitudine nel controllo e nell'eventuale reazione di fronte a contratti scorretti, a fini di maggiore certezza giuridica per entrambe. Del resto, nonostante questo carattere della disposizione francese, la parte più suscettibile di risulterne ingiustamente danneggiata è proprio il consumatore, spesso poco propenso a sostenere azioni giudiziali per ragioni di costi e in generale perché molto meno avvertito, circa i suoi diritti, rispetto alle proprie controparti finanziarie. La statuizione ha così permesso un ulteriore passo avanti per una tutela di ogni consumatore più piena e meglio rispondente agli scopi voluti dal legislatore comunitario con la direttiva n. 93/13 che vieta le clausole abusive.

3. Attività di assicurazione, tutela degli interessi dei consumatori e applicabilità di direttive non (correttamente) trasposte in controversie tra privati

a. La sentenza Axa Royale Belge del 5 marzo 2002

La questione pregiudiziale giunta alla Corte di giustizia e risolta con la sentenza qui in commento concerneva la terza direttiva di armonizzazione della disciplina dell'attività di assicurazione diretta sulla vita n. 92/96. Precisamente, era chiesta la corretta interpretazione del suo art. 31 che obbliga le imprese del ramo a fornire ai contraenti assicurati tutta una serie di informazioni relative agli elementi essenziali del contratto e alle sue condizioni, affinché i consumatori siano pienamente edotti sia della portata dei diritti e degli obblighi discendenti dal contratto loro proposto, sia della convenienza per essi di un determinato prodotto assicurativo rispetto a quello da altri offerto. Le ragioni della necessità della sua interpretazione in una disputa tra due imprese assicurative erano peculiari, e cioè: una legge belga sulle assicurazioni sulla vita, rimasta in vigore anche dopo la scadenza della direttiva, prescriveva ad ogni operatore di «informare il contraente che la risoluzione, la riduzione o il riscatto di un contratto di assicurazione sulla vita in vigore, effettuati allo scopo di sottoscrivere un altro contratto di assicurazione sulla vita, sono generalmente pregiudizievoli per l'assicurato». Quest'informazione non fa parte di quelle, più analitiche e obiettive, obbligatorie in base al pertinente Allegato II della direttiva n. 92/96 a cui il suo art. 31 rinvia. Nonostante questa discrasia, l'impresa attrice imputava ad una concorrente di non formulare l'accennato avvertimento richiesto dalla norma nazionale nei propri contratti con la clientela e chiedeva al giudice di dichiarare che, a causa di tale violazione, la concorrente contravveniva a un'altra legge belga, quella sulla tutela e l'informazione dei consumatori, che vieta qualsiasi atto sleale che pregiudichi

chi gli interessi di uno o più consumatori oppure di uno o più concorrenti. L'attrice chiedeva dunque la cessazione di tale pratica fondandosi sulla violazione della prima legge, relativa all'attività di assicurazione sulla vita, mentre la convenuta contestava di ledere consumatori o concorrenti per il fatto che, sebbene agisse al di fuori della legge belga, essa si conformava interamente a quanto richiesto dalla direttiva²⁷.

In breve, pareva che il Belgio non avesse correttamente trasposto l'art. 31 della direttiva sulle assicurazioni vita, a meno che la sua normativa non rimanesse nel margine di azione statale comunque previsto da tale articolo, al n. 3, con l'ammettere la prescrizione di altre informazioni da fornire ma solo «se esse sono necessarie alla comprensione effettiva degli elementi essenziali dell'impegno da parte del contraente». In modo simile alla situazione giuridica propria al caso *Heininger* sopra visto, la Corte avrebbe potuto focalizzare la sua risposta sull'obbligo del legislatore di garantire un preciso risultato indicato con chiarezza da una disposizione comunitaria: la piena tutela del consumatore, senza peraltro eccedere in misure ingiustificatamente severe per l'esercizio dell'attività assicurativa sulla vita e penalizzanti per l'offerta di un'ampia gamma di prodotti assicurativi ai consumatori medesimi. La strada scelta è stata invece diversa e meno netta.

La Corte comincia infatti con il rammentare al giudice *a quo* che le direttive non possono creare obblighi in capo a singoli, nondimeno obbligano il giudice nazionale a interpretare le disposizioni nazionali, anteriori come posteriori alla direttiva, quanto più possibile alla luce delle loro norme. Dopodiché passa al vaglio la legislazione belga ricordando che lo scopo della direttiva è di armonizzare l'esercizio dell'attività assicurativa anche richiedendo agli operatori precisi obblighi per una piena tutela degli interessi dei consumatori assicurati; constata che la messa a disposizione di un'analitica serie di elementi delle condizioni contrattuali, incluse quelle relative a eventuali scelte del consumatore di risolvere la polizza per passare ad altro tipo di prodotto assicurativo, lo rende più padrone della propria situazione rispetto al generico monito di cui alla disciplina belga; denuncia il carattere eventualmente fuorviante, anzi, di quest'ultimo, il quale non distingue tra le tre diverse alternative per por fine al contratto e, d'altra parte, lascia credere che la scelta interruttiva sia comunque pregiudizievole quando invece essa, se meditata, può risultare vantaggiosa. La soluzione finale è che l'obbligo informativo preteso dalla normativa belga non

²⁷ La sentenza in commento è la *Axa Royale Belge* del 5 marzo 2002 in causa n. C-386/00, in *Raccolta*, 2002, I, p. 2209. La direttiva n. 92/96, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta sulla vita e che modifica le direttive n. 79/267/Cee e n. 90/619/Cee (terza direttiva assicurazione vita) è pubblicata in *Guce* n. L 360 del 9 dicembre 1992, p. 1. Sullo stesso argomento del ruolo e della portata degli obblighi di informazione e trasparenza contrattuale di cui alla direttiva comunitaria e alla normativa italiana di attuazione (dlgvo n. 574/95) cfr. V. PETRON, in G. ALPA-S. PATTI, *Le clausole vessatorie*, cit. *supra*, nota 21, (p. 1036 ss.).

rientra tra le informazioni necessarie per la comprensione effettiva degli elementi essenziali del contratto, ai sensi dell'art. 31 n. 3 della direttiva n. 92/96; e che tale articolo si oppone a una siffatta normativa.

Ebbene, si desume dalla risposta che la direttiva poteva, meglio doveva trovare un'(in)diretta applicazione o rilevanza anche nella controversia tra le due imprese in causa, attraverso la consueta via dell'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale. Per riassumere: poiché la direttiva, che vuol anche proteggere i contraenti-consumatori, osta alla legge belga, l'assenza dell'indicazione obbligatoria pretesa da quest'ultima in contratti di assicurazione non va considerata pregiudizievole per i consumatori e i concorrenti. Perciò, ci pare, il giudice belga non dovrebbe ingiungere alla convenuta la sospensione della sua prassi in quanto illecita, sleale, cioè pregiudizievole per consumatori e concorrenti, né porre a suo carico alcun obbligo risarcitorio. Rimane in piedi, tuttavia, la legge belga; permane la sua violazione da parte di chi si conformi soltanto alla direttiva comunitaria; e possono nascere da tale situazione pretese di operatori privati che invece si assoggettino alla normativa statale sino all'applicazione, o alla corretta applicazione della direttiva.

In definitiva, con questa pronuncia vi è certo una conferma dell'invocabilità di una direttiva non (correttamente) trasposta in diritto nazionale, anche in controversie tra privati; tanto più che qui non si trattava di porre a carico di alcuno un obbligo enunciato dalla direttiva stessa, ma solo di reclamare diritti sulla sua base. Nella soluzione data al giudice nazionale è però sotteso il rischio di creare una situazione non del tutto chiara, per lo meno non agevolmente comprensibile, nel diritto nazionale: qui una legge rimane in vigore, ma comunque può essere violata perché autorità statali non potrebbero farne valere la trasgressione. D'altra parte, in quanto e fino a che in vigore, è ragionevole attendersi che diversi operatori la osservino e pretendano un leale comportamento simile da parte di ognuno; tuttavia la legge come tale, in eventuali controversie tra privati che chiamino in causa *direttamente* e non strumentalmente le sue prescrizioni, continua ad esplicare tutti i suoi effetti. Per la terza volta, l'intricata questione ha forse trovato una sua via d'uscita nella ricerca concreta delle finalità della direttiva, di creazione di un mercato comune delle assicurazioni ricco di attori e prodotti e caratterizzato da un'esauriente tutela dei consumatori, anche grazie a questa ricchezza di possibilità. Al di là di considerazioni di ordine dogmatico e di "geometrie giuridiche" esatte e nette, la Corte di Lussemburgo ha imposto la soluzione effettivamente protettiva per i contraenti contenuta nel testo comunitario; e ha "scartato" una forma di pretesa protezione che in realtà risultava contrastare con la figura del consumatore emersa sempre più in diritto comunitario, quale soggetto meritevole di grande difesa ma da intendere anche quale individuo informato e in grado di esercitare scelte tra più opzioni.

b. L'ordinanza Lo Bue del 24 ottobre 2002

L'ultimo intervento del giudice di Lussemburgo che vogliamo segnalare sulle problematiche affrontate dalle presenti note va decisamente contro la tendenza sinora emersa, del prolungarsi e approfondirsi del filone giurisprudenziale che cerca sempre nuovi spazi per dar contenuto giuridico effettivo alle direttive non (correttamente) attuate anche nei rapporti giuridici tra privati. E lo fa senza chiarire in alcun modo le ragioni del palese contrasto. In breve, i fatti sono i seguenti. A seguito del decreto-legge n. 70/2000 del Governo italiano (c.d. «blocca tariffe»), le imprese di assicurazione operanti nel ramo della responsabilità da circolazione di autoveicoli si sono viste imporre il blocco delle tariffe a quel momento praticate per gli assicurati non aventi causato alcun sinistro nel periodo di osservazione rilevante, oltre a varie restrizioni nella modificabilità di altre condizioni contrattuali e nella gestione dei propri rapporti con i clienti²⁸. Un'impresa assicurativa chiedeva in giudizio ad un proprio contraente il premio come determinato secondo la variazione tariffaria da essa praticata, e domandava la previa incidentale dichiarazione del contrasto tra la pertinente disposizione del decreto-legge citato e la direttiva n. 92/49, terza direttiva sull'assicurazione non-vita, che ammette un'eventuale preventiva approvazione statale delle maggiorazioni di tariffe solo come un «elemento di un sistema generale di controllo dei prezzi», e che non consente del resto restrizioni o imposizioni in materia di fissazione delle condizioni generali e speciali delle polizze di assicurazione disciplinate²⁹. Va anche segnalato che la trasposizione della direttiva n. 92/49 in diritto italiano era avvenuta correttamente, e che la modifica normativa produceva così un'eventuale mancata attuazione a posteriori della medesima.

Adita dal giudice della controversia la Corte comunitaria ha innanzitutto ritenuto – nonostante specifiche obiezioni della società attrice e della Commissione – di poter decidere in base a semplice ordinanza ai sensi dell'art. 104 n. 3 del proprio regolamento di procedura, che consente questa procedura

²⁸ Decreto legge n. 70/2000 come modificato dalla legge di conversione n. 137/2000 (in *Guri* n. 122 del 27 maggio 2000, p. 4), art. 2.

²⁹ La direttiva n. 92/49, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita e che modifica le direttive n. 73/239 e n. 88/357 (terza direttiva «assicurazione non vita») è pubblicata in *Guce* n. L 228 dell'11 agosto 1992, p. 1. Essa ha modificato la prima direttiva sul medesimo settore, n. 73/239, e ha ampliato il novero delle questioni disciplinate, ponendo in particolare i doveri di rispetto della libertà delle imprese assicurative accennati nel testo. Va anche precisato che l'assicurazione per la responsabilità derivante dalla circolazione di autoveicoli è soggetta alle direttive relative alle attività assicurative del ramo non-vita; essa è anche disciplinata da altre quattro direttive comunitarie specifiche che però si occupano solo degli aspetti peculiari legati a tale problematica e completano soltanto le altre accennate (per le direttive specifiche cfr. l'ultima di esse, direttiva n. 2000/26, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e che modifica le direttive n. 73/239/Cee e n. 88/357/Cee del Consiglio, quarta direttiva assicurazione autoveicoli, in *Guce* n. L 181 del 20 luglio 2000, p. 65, ove si trovano menzionate le precedenti).

abbreviata quando la questione sia agevolmente risolvibile, ad esempio sulla base di una consolidata giurisprudenza sul punto³⁰. Nel merito, la giurisdizione comunitaria ha "capovolto" la formula spesso usata secondo cui, se una direttiva non può creare obblighi in capo a un singolo, essa deve pur sempre guidare il giudice nell'interpretazione del diritto nazionale; ed ha statuito che, se la direttiva funge da criterio ermeneutico sin dove possibile, peraltro essa non può mai creare obblighi direttamente a carico di privati. Dopodiché, constatato un po' affrettatamente che l'attrice chiedeva al convenuto l'adempimento di un'obbligazione invocando la direttiva comunitaria – e la conseguente disapplicazione del diritto nazionale incompatibile – ha risolto le questioni poste dal giudice *a quo* semplicemente ribadendo «che una direttiva non può, di per sé, creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso».

In sede di commento, un primo aspetto da evidenziare riguarda l'ipotesi della scorretta attuazione a posteriori di direttive prima correttamente attuate. Già dal precedente *Collino e Chiappero* del 14 settembre 2000 menzionato dalla Corte nella presente ordinanza emergeva implicitamente, ma con certezza, che una simile circostanza non è tale da modificare la sua giurisprudenza in ordine all'efficacia giuridica delle direttive nelle controversie tra privati. Se, come la Corte ha avuto modo di chiarire con nettezza in un'occasione recente, un privato può sempre far valere direttamente le disposizioni chiare, precise e incondizionate di una direttiva contro autorità pubbliche di uno Stato che, prima conformatosi alla direttiva, abbia poi introdotto norme con essa incompatibili³¹. Per contro, dall'ordinanza in commento e dal suo precedente, si trae inequivocabilmente che nel corso di controversie tra privati non è possibile chiedere semplicemente un'interpretazione di incompatibilità della normativa sopravvenuta e di prevalenza dell'antecedente disciplina nazionale di corretta trasposizione, e quindi ottenere dal giudice nazionale la disapplicazione della disciplina sopravvenuta; anche in tali casi i privati non

³⁰ Ordinanza *Lo Bue* del 24 ottobre 2002 in causa n. C-233/01, non ancora pubblicata in *Raccolta*. La risposta a un quesito pregiudiziale mediante ordinanza motivata è previsto dall'art. 104, n. 3, del regolamento di procedura della Corte di giustizia «qualora una questione pregiudiziale sia identica ad una questione sulla quale la Corte ha già statuito, qualora la soluzione di tale questione possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o qualora la soluzione della questione non dia adito a dubbi ragionevoli». Sia la RAS, impresa attrice, sia la Commissione hanno contestato la scelta dell'ordinanza sostenendo che la questione non fosse agevolmente risolvibile sulla base della precedente giurisprudenza, anche perché nella fattispecie l'Italia aveva correttamente trasposto la direttiva e poi in un secondo tempo adottato una normativa incompatibile con la precedente corretta trasposizione. Del resto, questa ipotesi era all'origine anche del caso *Collino e Chiappero* risolto con sentenza della Corte del 14 settembre 2000, *cit. supra*, nota 9, cui la Corte ha fatto rinvio nell'ordinanza *Lo Bue* quale fondamento della soluzione poi adottata; da tale precedente si desume implicitamente che anche una mancata trasposizione a posteriori di una direttiva va trattata allo stesso modo, in merito alla sua applicabilità a soggetti privati, di una semplice mancata attuazione o di una trasposizione incompleta.

³¹ Sentenza *Marks & Spencer* dell'11 luglio 2002, *cit. supra*, nota 3 (punti 24-28).

possono essere vincolati in modo autonomo e diretto – e neppure mediato, com'è accaduto nel caso *Lo Bue* – dalle prescrizioni di una direttiva³².

Quanto al merito della risposta fornita al quesito pregiudiziale, essa lascia perplessi sia per i modi della sua adozione – ordinanza – sia per il suo deludente tenore. Misurando l'esito in commento con le pronunce sopra ricordate, esso appare eccessivamente restrittivo per la piena tutela dei diritti dei singoli. In fondo, come nel caso *Heininger* la giurisdizione di Lussemburgo ha focalizzato il suo ragionamento sui doveri del legislatore nazionale, trattandosi in quel caso di obblighi precisi e specifici legati ad un preciso risultato³³; così nella presente vicenda si poteva sostenere che l'obbligo del legislatore italiano, stante la già avvenuta corretta attuazione della direttiva, era ben specifico, ossia semplicemente il non adottare provvedimenti contrari alle discipline nazionale e comunitaria vigenti in materia. Comparando poi la fattispecie *de qua* a quella della causa *Axa Royale Belge* precedentemente considerata, emerge che in entrambe non si trattava di reclamare da un privato il rispetto di un obbligo stabilito direttamente dalla direttiva (come invece nel caso *Heininger*); bensì di appellarsi all'atto comunitario, e a sue disposizioni eventualmente chiare, precise e incondizionate, al fine di goderne gli effetti a dispetto di comportamenti statali incompatibili. Qui, come in precedenti pronunce, la Corte non distingue con sufficiente nettezza e coerenza il problema degli obblighi a carico di privati posti da una direttiva; e quello differente degli obblighi risultanti da altre fonti giuridiche, non dalla direttiva, ma dipendenti e condizionati dallo strumentale esercizio di diritti conferiti dalla direttiva.

Concludendo, non è da escludere che su un verdetto tanto stringato, netto e apparentemente apodittico abbiano giocato considerazioni di ordine non solo giuridico, unitamente alla valutazione dei valori effettivi tutelati dalla normativa "anti-comunitaria". La reale difesa dei consumatori, delle parti deboli del rapporto contrattuale di assicurazione per la circolazione di autoveicoli, sembra aver fatto premio su rigorose ragioni di natura dogmatica. Quasi

³² G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 1 (p. 198), rileva l'assurdità di applicare la soluzione tradizionale affermata circa il valore giuridico delle direttive nei rapporti orizzontali tra privati anche alle ipotesi di direttive attuate, e poi "disattuate" a motivo di nuove norme incompatibili; così si lascerebbe in balia degli esecutivi nazionali l'effettivo godimento da parte di privati di diritti di origine comunitaria. Ci sembra in effetti che l'assurdità rilevata costituisca un'ulteriore ragione per dare, per lo meno, maggiore chiarezza all'indirizzo giurisprudenziale in commento; ed eventualmente per utilizzare i doveri di disapplicazione del diritto sopravvenuto da parte del giudice nazionale, pubblica autorità, come mezzo per sanare il contrasto a beneficio dei titolari di diritti chiari, precisi e incondizionati, senza dover attendere un ricorso per infrazione della Commissione ex art. 226 Ce, unica alternativa altrimenti disponibile.

³³ Sentenza *Heininger* del 13 dicembre 2001, cit. *supra*, nota 16. Rammentiamo che il preciso risultato da conseguire in fase attuativa della direttiva n. 85/577, sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali, era quello di garantire al consumatore un diritto di recesso da esercitare entro sette giorni a partire dal momento del ricevimento dell'informazione sull'esistenza di questo suo diritto. Sulla decisione vedasi *supra*, par. 2 a.

come se la Corte, consapevole del contesto di "emergenza economica" in cui era intervenuta la misura italiana, abbia voluto sospendere il giudizio nell'ambito di rapporti inter-privati in attesa del ritorno alla situazione fisiologica e legittima. Se così fosse, può supporre anche che l'ordinanza in esame non rappresenti una chiusura rispetto alla tendenza di una maggiore disponibilità a riconoscere efficaci le direttive, e le sue norme chiare, precise e incondizionate, anche nelle innumerevoli relazioni giuridiche che legano soggetti privati.

4. Considerazioni conclusive

Le novità giurisprudenziali in questa sede esaminate sono indubbiamente di notevole rilievo per la protezione dei consumatori, da un lato, e per la spinosa problematica del valore giuridico delle direttive comunitarie negli ordinamenti interni, dall'altro. In ordine alla prima, il chiarimento normativo relativo alle modalità temporali del diritto di recesso va senz'altro ben accolto, anche se bisognerà attendere meglio per conoscerne la reale portata. Stando al *dictum* della Corte in *Heininger* del 13 dicembre 2001, il fatto che un imprenditore non informi un consumatore, nell'ambito di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, del proprio diritto di recedere, impedisce di stabilire un termine entro il quale il consumatore possa poi far valere il proprio diritto a ritirarsi dal contratto. Probabilmente, ciò non significa che non sia possibile stabilire dei termini che comincino dopo il completo adempimento dei propri obblighi contrattuali da parte di entrambi i contraenti, per evidenti ragioni di lealtà reciproca e di certezza e stabilità giuridica. Il caso di specie all'origine del rinvio pregiudiziale da parte del giudice tedesco si riferiva alla contestazione del proprio obbligo di adempimento da parte del consumatore; come del resto è abbastanza logico che accada nella pratica³⁴. Bisognerà anche vedere le ripercussioni della decisione su altre normative comunitarie che prevedano un simile diritto di ripensamento. Ne è un esempio il diritto di recesso previsto dalla direttiva sui contratti a distanza, n. 97/7; essa, per il caso di mancata informazione scritta del consumatore, non si limita a invitare gli Stati membri a garantire la tutela dei consumatori ma provvede essa stessa, fissando un termine di tre mesi dalla ricezione dei beni o dalla conclusione

³⁴ Risulta invece incompatibile con quanto stabilito dalla Corte nella sentenza *Heininger* il termine previsto dalla disciplina italiana di trasposizione della direttiva comunitaria n. 85/577, cioè dal dlgs n. 50/1992: il suo art. 5, per il caso di mancata informazione scritta sul diritto di recedere, dispone che il termine normale di sette giorni va prorogato di altri sessanta giorni. È evidente che se la Corte comunitaria non ha accettato un termine di un anno dalla conclusione del contratto, previsto nella legislazione tedesca del caso *Heininger*, neppure un periodo di due mesi può risultare soddisfacente.

del contratto di prestazione di servizi³⁵. La disparità tra le due normative che si è così venuta a creare può certo trovare parziale giustificazione nel fatto che la direttiva n. 97/7 non vuol rispondere all'uso di tecniche commerciali aggressive, influenzanti e "sorprendenti", ma semplicemente alle caratteristiche peculiari dell'uso delle tecnologie dell'informazione a distanza nella conclusione di contratti dei consumatori; ciò anche quando sia il consumatore a prendere l'iniziativa, eventualmente dopo ponderata riflessione. Tuttavia, e senza trattare qui del tema, non mancherebbero motivazioni pratiche e giuridiche per una disciplina più omogenea; e probabilmente diverse sono le ipotesi di abusi a danno dei consumatori a cui la rapidità dei contatti telematici e l'ignoranza del consumatore sui propri diritti potrebbero dar luogo.

Un'ennesima salvaguardia per i diritti dei consumatori viene inoltre dalla generalizzazione della rilevanza d'ufficio da parte del giudice di qualsiasi clausola abusiva, anche al di là dell'ipotesi delle clausole attributive di competenza giurisdizionale. Si sarebbe potuto pensare a una limitazione della soluzione a clausole sul foro competente in quanto, indirettamente, indirizzate al giudice e vincolanti quindi un'autorità pubblica, obbligata a disapplicarle; e forse anche, in modo simile, a clausole di scelta della legge regolatrice del contratto³⁶. Nella sentenza *Cofidis* del 21 novembre 2002 la Corte di giustizia l'ha invece estesa in via generale, insistendo comunque sullo spettro dei poteri a disposizione del giudice da adeguare, eventualmente, alle esigenze comunitarie. Poiché non è affatto scontato che tutti gli ordinamenti degli Stati membri, presenti e a breve entranti, assegnino ai propri giudici questa prerogativa, è un fattore estremamente positivo che vi sia una risposta univoca e chiara valevole per l'intero mercato comunitario. Lo scopo essenziale della direttiva n. 93/13 sulle clausole abusive, alla luce del quale le misure di tra-

³⁵ Cfr. l'art. 6 della direttiva n. 97/7, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza (in *Guce* n. L 144 del 4 giugno 1997, p. 19). Esso prevede anche ipotesi di esclusione del diritto di recesso per determinate categorie di forniture di beni o servizi.

³⁶ Ricordiamo che l'art. 6, n. 2, della direttiva n. 93/13 sulle clausole abusive impone agli Stati di prendere «le misure necessarie affinché il consumatore non sia privato della protezione assicurata dalla presente direttiva a motivo della scelta della legislazione di un paese terzo come legislazione applicabile al contratto, laddove il contratto presenti un legame stretto con il territorio di uno Stato membro». *En passant* rammentiamo anche la sentenza *Ingmar* del 9 novembre 2000 in causa n. C-381/98, in *Raccolta*, 2000, I, p. 9305, e in questa *Rivista*, 2001, p. 298, con commento di A. VENEZIA. Nella relativa causa era discussa l'applicabilità tra privati della direttiva n. 86/653, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti (in *Guce* n. L 382 del 31 dicembre 1986, p. 17): precisamente tra una società e un suo agente che avevano designato quale legge applicabile al contratto quella di un paese terzo. In quel caso la Corte non ebbe problemi giuridico-dogmatici a garantire l'efficacia della direttiva anche in rapporti "orizzontali" poiché il diritto inglese, in via generale, escludeva la validità di una simile clausola qualora contraria all'ordine pubblico o a norme imperative. La Corte rispose al giudice *a quo*, in breve, che le pertinenti norme di essa, che prevedevano l'obbligo di indennizzo all'agente dopo l'estinzione del contratto, erano da considerarsi imperative nell'ambito dell'ordinamento comunitario e quindi, per proprietà transitiva, anche agli effetti della disciplina nazionale di attuazione e nell'ordinamento interno di essa.

sposizione vanno interpretate, non è semplicemente mettere in guardia il consumatore da queste clausole in quanto "pericolose"; l'obiettivo è di bandire *tout court* l'utilizzo di condizioni squilibrate e sleali nei rapporti che gli imprenditori intrattengono con i propri clienti consumatori.

La medesima pronuncia *Cofidis* non ha raccolto invece l'occasione per meglio definire i contorni della possibile abusività di clausole concernenti il credito, e in generale servizi finanziari, che pure suscitano diverse difficoltà ermeneutiche, ad esempio in relazione alla nozione di oggetto principale del contratto o di rapporto tra beni o servizi forniti e prezzo per essi pagato, nell'ipotesi di una loro complessiva descrizione poco chiara o decisamente fuorviante, come accadeva nel caso di specie; o ancora in relazione a eventuali variazioni delle condizioni finanziarie³⁷. Nel complesso, ad ogni modo, le due annotate decisioni fanno compiere ulteriore strada alla protezione giuridica dei consumatori, che nell'ordinamento comunitario continua ad affermarsi in modo sempre più netto ed autonomo. La stessa giurisprudenza comunitaria continua a ritmo crescente ad essere investita di questioni in materia e a darne interpretazioni di regola attente alle esigenze dei più deboli. Forse proprio un atteggiamento di prudenza e attenzione verso i bisogni dei consumatori ha condotto la Corte all'ordinanza *Lo Bue* del 24 ottobre 2002 poco sopra ricordata, e alla sua decisa chiusura verso un'invocabilità di direttive non (correttamente) trasposte nei rapporti tra privati (nella specie, a detrimento di un assicurato-consumatore), anche se non per fondare su di esse obblighi in capo a soggetti privati.

Venendo ora proprio alla questione del valore giuridico delle direttive non (correttamente) attuate negli ordinamenti nazionali, dal quadro sopra tracciato ci sembra si possa dedurre il prolungarsi di una giurisprudenza che da qualche tempo cerca spazi nuovi o più larghi per non lasciare sprovvisti di effetti giuridici atti che pure, nell'ordinamento comunitario, sono pienamente efficaci. Tanto più emerge questo orientamento quando dal valore giuridico delle direttive invocate dipendano diritti di grande importanza per i singoli

³⁷ Sul caso *Cofidis v. supra*, par. 2 *b*. Ricordiamo ancora che, ai sensi dell'art. 4 n. 2 della direttiva n. 93/13 sulle clausole abusive, «la valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile». Poiché l'abusività delle clausole presuppone sempre un significativo squilibrio tra le posizioni delle parti, in modo tale da ledere la buona fede (oggettiva) e la lealtà nei rapporti commerciali, bisognerà evidentemente che le lacune di chiarezza e comprensibilità delle clausole abbiano determinato nel consumatore la convinzione di poter contare poi su un bene o servizio, o più in generale su un «oggetto principale del contratto», diversi e di maggior valore rispetto a quelli effettivamente dedotti in contratto, oppure su obblighi retributivi minori di quelli in realtà voluti dal contratto medesimo. Di regola, perciò, lo squilibrio giuridico dovrà valutarsi non tanto tra l'effettivo oggetto del contratto e la remunerazione principale dovuta dal consumatore, quanto tra quel che ci si poteva ragionevolmente attendere come oggetto del contratto e/o bene o servizio acquistato, e le prestazioni corrispettive che si potevano ritenere come implicate dalle clausole pertinenti. Il giudizio è quindi più sottile, e un'interpretazione chiara e di portata europea in materia sarebbe risultata molto utile e interessante.

coinvolti, e per l'ordinamento comunitario in generale³⁸. Una certa mancanza di chiarezza e fors'anche di prevedibilità sembra tuttavia contraddistinguere questo *corpus* normativo di matrice giudiziaria. La direzione pare tracciata con coerenza verso un ampio utilizzo della nozione elastica di «doveri incombenti sulle autorità pubbliche», anche in ragione dell'art. 10 Ce e dell'obbligo di leale collaborazione ivi sancito³⁹. In questa prospettiva la posizione dei giudici di necessaria cerniera tra l'ordinamento giuridico nel suo complesso ed i diritti e gli obblighi dei privati è stata più volte utilizzata per far transitare attraverso i doveri, i poteri e l'attività delle autorità giurisdizionali il contenuto sostanziale di direttive sprovviste del necessario corredo normativo interno. Una sorta di cavallo di Troia, se si vuole, che ha avuto notevole peso anche nelle sentenze *Cofidis* del 21 novembre 2002 e *Axa Royale Belge* del 5 marzo 2002. Con il primo verdetto qui esaminato, in causa *Heininger*, la giurisdizione comunitaria ha raggiunto il medesimo legislatore nazionale, e non per sue imposizioni "anti-comunitarie" ad organi pubblici o agli stessi giudici, ma per disposti concernenti direttamente i singoli e rivelatisi non conformi alle esigenze poste dalla direttiva comunitaria che si trattava di attuare. Tale precedente rappresenta indubbiamente una punta avanzata del filone qui evidenziato, e proprio per questo l'assenza nella decisione di maggiori ragguagli e di più comprensibili criteri al riguardo sembra criticabile.

Se poi si pone l'ultimo esempio citato accanto all'ordinanza "negativa" dell'*affaire Lo Bue*, diviene ancor meno agevole orientarsi per il futuro. Può supporre forse che la soluzione di quest'ultima sia addebitabile all'inequivocabilità della legge incompatibile che non lasciava spazio, a differenza ad esempio della vicenda *Axa Royale Belge*, a nessuna operazione ermeneutica significativa. Altri argomenti abbastanza ragionevoli e di segno opposto sopra ricordati, però, avrebbero dovuto indurre per lo meno a una più prolissa motivazione con l'affrontare *expressis verbis* i vari problemi: degli spazi lasciati al legislatore da una direttiva; del valore e significato giuridici di una situazione giuridica di conformità con una direttiva e nella quale i singoli sono tutelati, e di successivo "tardivo" inadempimento; della distinzione tra la diretta applicabilità di direttive per invocare propri diritti e non altrui obblighi su di essa fondati, e invece efficacia di una direttiva nel senso di costituire auto-

³⁸ Secondo l'autorevole giudizio di G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 1 (p. 155) sulla giurisprudenza comunitaria espressasi in materia di efficacia diretta di direttive comunitarie in controversie "orizzontali", «la costruzione fatta valere dalla Corte di giustizia, per quanto appaia sicuramente poco rigorosa, le ha consentito di modellare al giusto la soluzione del caso concreto, dosando l'effetto diretto anche in funzione dei valori che di volta in volta vengono in rilievo: che all'occorrenza possono anche prevalere sul (non) rigido assetto geometrico degli effetti diretti».

³⁹ L'art. 10 Ce recita: «Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle Istituzioni delle Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato».

nomamente posizioni giuridiche di obbligo a carico di privati. Insomma, era un'occasione propizia per far conoscere, con ragionevole prevedibilità, se e quando ci si possa utilmente appellare a direttive comunitarie non trasposte per far valere diritti e/o obblighi da esse previsti o da esse implicati quale conseguenza della disapplicazione del diritto nazionale incompatibile.

Attesa l'attuale estensione delle competenze e delle direttive comunitarie, vi saranno probabilmente altre e frequenti occasioni di verificare il percorso giurisprudenziale sul punto e le sue motivazioni. L'importanza del tema ai fini di una piena tutela dei diritti dei cittadini chiamerà verosimilmente in causa lo stesso costituente del 2004, tra i cui compiti il riordino del sistema delle fonti comunitarie figura tra quelli da assolvere con maggiore urgenza.

Paolo Pallaro*

* Dottore di ricerca in Diritto delle Comunità europee.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SULLA LEGITTIMITÀ DELLE TASSE RISCOSE PER LA REGISTRAZIONE DEGLI ATTI SOCIETARI

Corte di giustizia

Sentenza del 10 settembre 2002 in cause riunite n. C-216/99 e n. C-222/99

Riccardo Prisco Srl c. Amministrazione delle Finanze dello Stato, Ministero delle finanze c. CASER Spa

Art. 234 Trattato Ce - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 69/335/Cee - Imposte indirette sulla raccolta di capitali - Artt. 10 e 12, n. 1, lett. e. della direttiva n. 69/335/Cee - Registro delle società - Iscrizione degli atti costitutivi delle società e degli altri atti societari - Contrarietà con il diritto comunitario - Modalità di calcolo del servizio fornito - Ripetizione dell'indebito - Termini processuali nazionali - Interessi.

L'art. 10 della direttiva del Consiglio del 17 luglio 1969, n. 69/335/Cee, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali, deve essere interpretato nel senso che esso vieta, fatte salve le disposizioni derogatorie dell'art. 12 della stessa direttiva, le tasse retroattive dovute per l'iscrizione di atti societari nel registro delle imprese, qualora non costituiscano diritti di conferimento autorizzati da detta direttiva. L'art. 12, n. 1, lett. e., della direttiva n. 69/335/Cee deve essere interpretato nel senso che tali tasse retroattive non costituiscono diritti di carattere remunerativo autorizzati da detta disposizione qualora le iscrizioni nel registro delle imprese per le quali esse vengono riscosse abbiano già dato luogo alla percezione di tributi che le predette tasse retroattive si considerano aver sostituito, ma che non vengono restituiti a coloro che li hanno versati. Al di fuori di queste circostanze, perché tali tasse retroattive costituiscano diritti di carattere remunerativo autorizzati

* A cura di *Enrica Adobati*.

dall'art. 12, n. 1, lett. e., della direttiva n. 69/335/Cee, i loro importi, che possono essere diversi a seconda della forma giuridica della società, devono essere calcolati in base al solo costo delle formalità in parola, fermo restando che possono anche coprire spese generate da operazioni minori effettuate gratuitamente, e devono eventualmente tener conto di altri diritti versati parallelamente e intesi anch'essi a retribuire lo stesso servizio fornito. Per calcolare tali importi uno Stato membro può prendere in considerazione l'insieme dei costi connessi alle operazioni di registrazione, compresa la quota delle spese generali loro imputabili. Inoltre uno Stato membro ha la facoltà di prevedere diritti forfetari e di stabilirne gli importi per un periodo indeterminato, qualora si assicuri, ad intervalli regolari, che tali importi continuano a non superare il costo medio delle operazioni di cui trattasi¹.

Il diritto comunitario non vieta a uno Stato membro di opporre alle azioni di ripetizione di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario un termine nazionale di decadenza triennale che deroga al regime ordinario dell'azione di ripetizione dell'indebito tra privati, assoggettata a un termine più favorevole, purché detto termine di decadenza si applichi allo stesso modo alle azioni di ripetizione di tali tributi basate sul diritto comunitario e a quelle basate sul diritto nazionale².

Il diritto comunitario osta a che uno Stato membro adotti norme che subordinano la restituzione di un tributo dichiarato incompatibile con il diritto comunitario da una sentenza della Corte, o la cui incompatibilità con il diritto comunitario derivi da una sentenza del genere, a condizioni riguardanti specificamente detto tributo e che sono meno favorevoli di quelle che si applicherebbero, in mancanza di tali norme, alla restituzione del tributo di cui trattasi³.

¹⁻³ Il Tribunale di Milano e la Corte d'appello di Roma hanno sottoposto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali sull'interpretazione degli artt. 10 e 12, n. 1, lett. e., della direttiva del Consiglio del 17 luglio 1969, n. 69/335/Cee, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali (in *Guce* n. L 249 del 1969, p. 25) nell'ambito di una controversia instaurata tra la Riccardo Prisco Srl e la CASER Spa da un lato, e l'Amministrazione delle Finanze dello Stato dall'altro lato, relativamente alla restituzione di tributi versati dalle predette società nel periodo compreso tra il 1985 e il 1992 e che sono stati ritenuti, in un secondo momento, in contrasto con il diritto comunitario.

La normativa nazionale di cui al dpr 26 ottobre 1972, n. 641 (in *Guri* n. 292 dell'11 novembre 1972, suppl. ord.) ha istituito la tassa di concessione riscossa per l'iscrizione nel registro delle società commerciali di una serie di atti quali l'atto costitutivo, l'aumento di capitale, la proroga della durata della società, la modifica dell'oggetto sociale e altri atti ancora.

Ai fini della presente decisione, si deve tener presente che la Corte di giustizia nella sentenza *Ponente Carni c. Cispadana Costruzioni* (del 20 aprile 1993 in cause riunite n. C-71/91 e n. C-178/91, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1915; cfr., altresì, le seguenti pronunce della Corte sul medesimo argomento, tutte emesse in data 15 settembre 1998: causa n. C-231/96, *Edis*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4951; causa n. C-260/96, *Spac*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4997; cause riunite da n. C-279/96 a n. C-281/96, *Ansaldo Energia e a.*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 5025) ha dichiarato il contrasto della tassa di concessione governativa con la direttiva n. 69/335/Cee e che è vietato un tributo annuale dovuto in ragione dell'iscrizione delle società di capitali, anche nel caso in cui il gettito di tale tributo contribuisca al finanziamento del servizio per la tenuta del registro delle società.

La Corte ha altresì affermato che i diritti di carattere remunerativo possono essere considerati come corrispettivo di operazioni imposte dalla legge per uno scopo di interesse generale (per esempio: l'iscrizione delle società di capitali), e che l'entità di tali diritti, variabile secondo la forma giuridica della società, deve essere calcolata in base al costo dell'operazione, che può essere determinato forfetariamente.

In seguito alle sentenze della Corte di giustizia, le autorità italiane emanavano il decreto legge del 30 agosto 1993, n. 331 (in *Guri* n. 203 del 30 agosto 1993), convertito, dopo talune modifiche, nella legge del 29 ottobre 1993, n. 427 (in *Guri* n. 255 del 29 ottobre 1993) che fissava l'importo del tributo in lire cinquecentomila (500.000), indipendentemente dalla forma giuridica della società interessata, per la registrazione dell'atto costitutivo (tale tassa è stata poi definitivamente abrogata dal 1° gennaio 1998 con la legge del 28 dicembre 1995, n. 549). Lo stesso decreto legge n. 331/1993 ha determinato in lire 250.000 l'importo da corrispondersi per l'iscrizione degli atti sociali diversi dall'atto costitutivo.

In considerazione del numero delle domande dirette ad ottenere la restituzione delle tasse indebitamente pagate, la Corte di cassazione, nella sentenza del 23 febbraio 1996, n. 3458, ha affermato che la restituzione in questione era soggetta al termine di decadenza di cui all'art. 13, secondo comma, del decreto n. 641/1972, il quale dispone che «il contribuente può chiedere la restituzione delle tasse erroneamente pagate entro il termine di decadenza di tre anni a decorrere dal giorno del pagamento o, in caso di rifiuto dell'atto sottoposto a tassa, dalla data di comunicazione del rifiuto».

Successivamente la Corte è stata chiamata a valutare la compatibilità con il diritto comunitario del termine di decadenza previsto dalla normativa nazionale di riferimento. La Corte di giustizia, occupatasi della questione nella sentenza del 15 settembre 1998 in causa n. C-231/96, *Edis*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4951 ha dichiarato che gli Stati membri potevano opporre alle azioni di ripetizione di tributi riscossi in violazione della disposizione contestata un termine nazionale di decadenza, anche in deroga al regime ordinario dell'azione di ripetizione dell'indebito tra privati, sempre che tale termine di decadenza fosse applicato indistintamente tanto alle azioni di ripetizione basate sul diritto comunitario quanto a quelle basate sul diritto nazionale.

In un secondo momento, con la finanziaria del 1999 (legge del 29 dicembre 1998, n. 448, relativa alla legge finanziaria per il 1999 (in *Guri* n. 302 del 29 dicembre 1998, suppl. ord.) è stata istituita retroattivamente una nuova tassa di concessione per gli anni 1985-1992.

Le questioni pregiudiziali da ultimo sottoposte alla Corte hanno riguardato principalmente tanto le tasse retroattive che vengono detratte dalle somme ripetute quanto il termine di decadenza e le modalità di calcolo degli interessi applicabili alle somme restituite.

Sul primo punto la Corte osserva che le tasse istituite con la legge n. 448/1998 che si aggiungono a quelle già versate nel periodo tra il 1995-1992, non possono essere restituite alle società ricorrenti perché non può attribuirsi alle stesse carattere remunerativo. Per le società - che invece possono esigere la restituzione di quanto indebitamente versato - è demandato ai giudici nazionali il compito di accertare se le tasse retroattive abbiano o meno carattere remunerativo secondo i criteri indicati dalla Corte (cfr. punti 37 ss. della sentenza).

Relativamente al termine di decadenza la Corte di giustizia si conforma a quanto già statuito nella sentenza *Edis* (cit. *supra*) nella quale ha dichiarato che la normativa nazionale può prevedere un termine di decadenza che deroga al regime di ripetizione dell'indebito tra privati, purché esso si applichi anche alle azioni di ripetizioni a livello nazionale.

Infine, sul terzo punto relativo alle modalità di calcolo degli interessi applicabili alle somme restituite, la Corte, sempre rifacendosi alla propria costante giurisprudenza sul punto, precisa che le modalità di restituzione devono applicarsi indifferentemente sia ai ricorsi relativi ad infrazioni del diritto comunitario sia a quelli relativi all'inosservanza del diritto nazionale.

La normativa di uno Stato membro può anche prevedere modalità di calcolo meno favorevoli di quelle vigenti per la ripetizione dell'indebito tra privati, sempre che ciò trovi applicazione sia alle azioni basate sul diritto nazionale sia a quelle basate sul diritto comunitario.

Anche la restituzione di un tributo incompatibile con il diritto comunitario non può avvenire a condizioni meno favorevoli di quelle richieste nel caso in cui la incompatibilità riguardi il diritto nazionale.

LA DIRETTIVA N. 86/653/CEE RELATIVA AGLI AGENTI COMMERCIALI NON TROVA APPLICAZIONE NEI CONFRONTI DELLA NORMATIVA NAZIONALE SULL'ATTIVITÀ DI MEDIATORE

Corte di giustizia

Ordinanza del 3 ottobre 2002 in causa n. C-273/01

Walter Ferro c. Giovanni Santoro

Art. 234 Trattato Ce - Questione pregiudiziale - Art. 104, n. 3 del Regolamento di procedura della Corte - Direttiva n. 86/653/Cee relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti - Applicabilità ai mediatori - Artt. 43 - 49 Trattato Ce.

Le disposizioni della direttiva del Consiglio del 18 dicembre 1986, n. 86/653/Cee relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, devono essere interpretate nel senso che esse non trovano applicazione ad una normativa nazionale che subordini il diritto ad un compenso a favore di un soggetto che esercita la professione di mediatore, alla sua iscrizione in un ruolo apposito¹.

¹ Da una controversia insorta tra un mediatore, il signor Ferro e il signor Santoro, in qualità quest'ultimo di titolare di un'impresa edile, per un credito derivante da un contratto di mediazione è scaturita l'ordinanza della Corte ex art. 104, n. 3 del Regolamento di procedura così formulato: «qualora una questione pregiudiziale sia identica ad una questione sulla quale la Corte ha già statuito, qualora la soluzione di tale questione possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o qualora la soluzione della questione non dia adito a dubbi ragionevoli, la Corte (...) può statuire con ordinanza motivata contenente, eventualmente il riferimento alla precedente sentenza o alla giurisprudenza pertinente (...)».

Il Signor Santoro, con un'ingiunzione di pagamento, chiedeva la ripetizione delle provvigioni indebitamente versate al signor Ferro per un'attività di mediazione non essendo egli iscritto all'albo degli agenti d'affari in mediazione, come richiesto dalla normativa nazionale (cfr. la legge del 21 marzo 1958, n. 253, in *Guri* n. 33 del 9 febbraio 1989) in base alla quale l'attività di mediatore è subordinata alla iscrizione in un apposito ruolo dalla quale dipende, altresì, il diritto a percepire le provvigioni (si rinvia alla sentenza del 30 aprile 1998 in causa n. C-215/97, *Bellone*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2191).

La Corte, investita della questione pregiudiziale dal Tribunale di Bari è stata chiamata a chiarire se la direttiva comunitaria n. 86/653/Cee, (in *Guce* n. L 382 del 31 dicembre 1986, p. 17) contrasti con una normativa nazionale che subordini il diritto al compenso del mediatore all'iscrizione di quest'ultimo in un apposito ruolo. La Corte, in ordinanza, mette innanzitutto in evidenza come le figure di agente commerciale e di mediatore siano completamente distinte. Il primo agisce come intermediario indipendente e incaricato in maniera permanente di trattare con il preponente la vendita o l'acquisto di merci, mentre il secondo è colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza. Ne consegue che la direttiva n. 86/653/Cee non può trovare applicazione alla normativa italiana sulla professione di mediatore proprio per la mancanza di un rapporto permanente con il preponente.

Infine, l'aspetto della questione attinente alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione di servizi sulla quale il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di pronunciarsi, non può essere risolto per la mancanza delle informazioni necessarie per determinare se i fatti della causa presentino elementi transfrontalieri idonei a porre la situazione nel rispettivo ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato.

**LA CORTE SI PRONUNCIA SUL CONTRASTO CON IL PRINCIPIO
COMUNITARIO DELLA LIBERA PRESTAZIONE DEI SERVIZI
TANTO DELLA NORMATIVA BELGA IN MATERIA DI
TESTIMONIANZA IN GIUDIZIO QUANTO DELLA NORMATIVA
LUSSEMBURGHESE IN MATERIA DI SEGRETO BANCARIO**

Corte di giustizia

Sentenza del 10 dicembre 2002 in causa n. C-153/00

Procedimento penale a carico di *Paul der Weduwe*

Art. 234 Trattato Ce - Questione pregiudiziale - Art. 49 Trattato Ce - Libera prestazione dei servizi - Attività bancarie - Dipendente di un ente di credito stabilito in uno Stato membro che procacci a domicilio la clientela in un altro Stato membro - Normative nazionali in materia di segreto bancario - Rifiuto di rispondere e di testimoniare nell'ambito di un'istruttoria giudiziaria - Irricevibilità delle questioni pregiudiziali.

(...) La Corte ha (...) affermato che, in ipotesi eccezionali, le spetta esaminare le condizioni in cui il giudice nazionale le sottopone questioni pregiudiziali al fine di verificare la propria competenza (cfr. sentenze del 13 marzo 2001 in causa n. C-379/98, PreussenElektra, in Raccolta, 2001, I, p. 2099 e del 22 gennaio 2002 in causa n. C-390/99, Canal Satélite Digital, in Raccolta, 2002, I, p. 607). Infatti, lo spirito di collaborazione che deve presiedere al funzionamento del rinvio pregiudiziale implica che, dal canto suo, il giudice nazionale tenga presente la funzione assegnata alla Corte, che è quella di contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri e non di esprimere pareri consultivi su questioni generali o ipotetiche (cfr. sentenze del 15 dicembre 1995 in causa n. C-415/93, Bosman, in Raccolta, 1995, I, p. 4921 e del 21 marzo 2002 in causa n. C-451/99, Cura Anlagen, in Raccolta, 2002, I, p. 3193)¹.

La domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Onderzoeksrechter in de Rechtbank van eerste aanleg te Turnhout (Belgio), con ordinanza del 13 aprile 2000, è irricevibile².

¹⁻² La Corte di giustizia ha dichiarato irricevibili le domande di pronuncia pregiudiziale proposte dall'organo giurisdizionale belga sulla compatibilità tanto della normativa

belga in materia di testimonianza in giudizio quanto della normativa lussemburghese in materia di segreto bancario con i principi comunitari della libera prestazione di servizi.

Le questioni pregiudiziali sono scaturite da un'istruttoria giudiziaria diretta a stabilire la responsabilità penale del signor der Weduwe, cittadino olandese, residente in Lussemburgo e impiegato in una banca lussemburghese, indagato per diversi reati riguardo alle sue attività di procacciamento a domicilio di clienti stabiliti in Belgio, nel corso di un certo numero di anni, per indurli ad effettuare depositi o collocamenti di valori mobiliari presso il proprio datore di lavoro.

Il giudice del rinvio ha condotto un'istruttoria giudiziaria relativamente ai reati di falso e uso del falso in scrittura in materia fiscale, riciclaggio e violazione dell'obbligo di dichiarazione di cui agli artt. 305-310 del codice belga delle imposte sui redditi. Il signor der Weduwe, chiamato a deporre in qualità di indagato, insieme ad un'altra persona, chiamata a deporre in qualità di testimone, si sono rifiutati di rispondere alle domande poste in virtù dell'obbligo di segreto professionale al quale sono tenuti i dipendenti del settore finanziario secondo il diritto lussemburghese.

Il giudice belga rileva come, nella sentenza del 10 maggio 1995 in causa n. C-384/93, *Alpine Investments*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1141) la Corte ha interpretato l'art. 49 del Trattato Ce nel senso che uno Stato membro non può, in linea di principio, mantenere in vigore una normativa nazionale che ostacoli gli scambi interstatuali di servizi, ad eccezione del caso in cui tale normativa presenti tutti i requisiti che permettano di considerarla rispondente ad un interesse generale. L'applicazione extraterritoriale delle disposizioni lussemburghesi in materia di segreto bancario costituisce, secondo il giudice del rinvio, un ostacolo ingiustificabile all'esercizio transfrontaliero di attività bancarie.

Il giudice del rinvio ha così deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte quattro questioni pregiudiziali sull'interpretazione della legge lussemburghese.

Le argomentazioni svolte dalla Corte al fine di arrivare ad una pronuncia di irricevibilità si sono basate sul fatto che, secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito del rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 234 del Trattato Ce spetta esclusivamente al giudice nazionale valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale, sia la rilevanza delle questioni da proporre alla Corte.

Ne consegue, secondo la Corte, che se le questioni sollevate dal giudice nazionale vertono sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte è tenuta a pronunciarsi (cfr., in particolare, le sentenze del 15 dicembre 1995 in causa n. C-415/93, *Bosman*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4921 e in questa *Rivista* 1996, p. 311, con commento di TELCHINI, *Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica*, p. 323; del 13 marzo 2001 in causa n. C-379/98, *PreussenElektra*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 2099 e in questa *Rivista*, 2001, p. 457 con commento di RUBINI, *Brevi note a margine del caso PreussenElektra, ovvero come «prendere seriamente» le norme sugli aiuti di Stato e la tutela dell'ambiente nel diritto comunitario*, p. 473 e del 22 gennaio 2002 in causa n. C-390/99, *Canal Satélite Digital*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 607).

La Corte non ha però mancato di considerare che, qualora si presentino delle circostanze eccezionali, essa ha pure il compito di valutare le condizioni in cui il giudice nazionale le sottopone le questioni pregiudiziali stesse al fine di poter verificare la propria competenza tenendo sempre presente il proprio ruolo che la legittima unicamente ad amministrare la giustizia nei casi concreti e non ad esprimere pareri consultivi su questioni ipotetiche.

Ne consegue che la Corte di giustizia può rifiutarsi di pronunciarsi su una questione pregiudiziale qualora il problema sollevato - e tale è la questione di interpretazione delle disposizioni lussemburghesi in materia di segreto bancario sollevata dal giudice belga - rivesta un carattere meramente ipotetico.

Il giudice belga non ha chiarito le ragioni per cui considera che la soluzione delle questioni a lui sottoposte sia necessaria per dirimere il caso *de quo* (cfr. le sentenze del 12 giugno 1986 in cause riunite n. 98/85, n. 162/85 e n. 258/85, *Bertini c. Regione Lazio*, in *Raccolta*, 1986, p. 1885 e del 16 luglio 1992 in causa n. C-343/90, *Lourenço Dias*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4673) e non ha spiegato le ragioni che l'hanno indotto a considerare l'interpretazione seguita come l'unica interpretazione che possa essere accolta. Il fatto che la pertinenza delle questioni sollevate trovasse fondamento su una determinata interpretazione di un diritto nazionale, diverso da quello del giudice del rinvio, rendeva particolar-

mente necessaria la motivazione dell'ordinanza di rinvio sul punto. Ne consegue che - non avendo il giudice del rinvio fornito tutti gli elementi necessari per verificare se nel procedimento principale fosse utile l'interpretazione dell'art. 49 del Trattato Ce - la Corte ha statuito per l'irricevibilità delle questioni sottoposte.

**CONDIZIONI IN BASE ALLE QUALI I FAMILIARI
EXTRACOMUNITARI DI UN CITTADINO PORTOGHESE
DECEDUTO HANNO IL DIRITTO DI RIMANERE NEL TERRITORIO
DELL'UNIONE INVOCANDO IL REGOLAMENTO CEE N. 1251/70**

Corte di giustizia

Sentenza del 9 gennaio 2003 in causa n. C-257/00

Nani Givane e a. c. Secretary of State for the Home Department

Art. 234 Trattato Ce - Questione pregiudiziale - Artt. 39 ss. Trattato Ce - Libera circolazione dei lavoratori - Regolamento Cee n. 1251/70 - Diritto dei lavoratori di rimanere sul territorio di uno Stato membro dopo aver ivi svolto attività di lavoro dipendente - Diritto di soggiorno dei membri della famiglia di un lavoratore deceduto - Condizione di residenza ininterrotta del lavoratore da almeno due anni.

L'art. 3, n. 2, primo trattino, del regolamento Cee della Commissione 29 giugno 1970, n. 1251, relativo al diritto dei lavoratori di rimanere sul territorio di uno Stato membro dopo avere occupato un impiego, deve essere interpretato nel senso che il periodo di due anni di residenza ininterrotta previsto da tale disposizione deve essere immediatamente precedente il decesso del lavoratore¹.

¹ La Corte di giustizia Ce chiarisce la portata dell'art. 3, n. 2 del regolamento Cee n. 1251/70 in relazione al fatto se i familiari, cittadini di Paesi terzi di un cittadino comunitario deceduto, possano rimanere nel territorio dell'Unione. Oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia è il regolamento Cee della Commissione n. 1251 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) e la controversia dalla quale sono scaturite le questioni pregiudiziali ha visto contrapposti, da un lato, alcuni cittadini indiani, in qualità di familiari di un lavoratore deceduto - cittadino portoghese - e, dall'altro lato, il Secretary of State per il rifiuto da parte di quest'ultimo di riconoscere ai familiari - cittadini di Paesi terzi - del cittadino comunitario, il permesso di soggiorno a tempo indeterminato nel Regno Unito.

A seguito del decesso del marito, la signora Givane, di nazionalità indiana, presentava una domanda di permesso di soggiorno a tempo indeterminato nel Regno Unito ai sensi dell'art. 3, n. 2 del regolamento Cee n. 1251/70 in base al quale «(...) se il lavoratore è deceduto nel periodo dell'attività lavorativa prima di aver acquisito il diritto di rimanere

nel territorio di detto Stato, i suoi familiari hanno il diritto di rimanervi a titolo permanente a condizione che il lavoratore, al momento del decesso, abbia risieduto ininterrottamente nel territorio di tale Stato membro da almeno due anni (...)».

La domanda veniva respinta sulla base del fatto che le condizioni necessarie previste all'art. 3, n. 2 del regolamento Cee n. 1251/70 non venivano rispettate in quanto il periodo di residenza ininterrotta nello Stato membro ospitante avrebbe dovuto collocarsi immediatamente prima del decesso del lavoratore.

L'*Immigration Appeal Tribunal*, al quale si sono rivolti i ricorrenti in seguito all'ulteriore rigetto del loro ricorso da parte dell'*Immigration Adjudicator*, ritenendo necessario interpretare il regolamento Cee n. 1251/70, in particolare al fine di stabilire se fosse necessaria o meno la residenza senza soluzione di continuità, ha deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia. In particolare, la Corte, come abbiamo appena evidenziato, è stata chiamata a chiarire se il periodo di residenza di due anni previsto dall'art. 3, n. 2 del regolamento Cee n. 1251/70 debba essere immediatamente precedente la data del decesso del lavoratore ovvero sia irrilevante tale circostanza e l'interessato possa aver compiuto i due anni anche in epoca anteriore.

La Corte precisa che il diritto riconosciuto ai familiari di un lavoratore di rimanere nello Stato membro ospitante si ricava dai diritti richiamati nell'art. 39 del Trattato Ce riconosciuti al lavoratore in quanto tale e che i requisiti relativi all'acquisizione del diritto del lavoratore di rimanere nello Stato membro ospitante sono contenuti all'art. 2 del regolamento Cee n. 1251/70.

Il decesso del lavoratore trasforma il diritto dei familiari di rimanere nello Stato in un diritto autonomo e l'espressione «da almeno due anni» contenuta nell'art. 3, par. 2 del regolamento Cee n. 1251/70 deve intendersi, secondo la Corte, nel senso di immediatamente precedente il decesso del lavoratore. Tra l'altro la Corte, soffermandosi, altresì, sull'art. 4, par. 1 del regolamento Cee n. 1251/70 secondo il quale «la continuità della residenza prevista dall'art. 2, par. 1, e dall'art. 3, par. 2, non è infirmata da assenze temporanee non superiori complessivamente a tre mesi all'anno (...)» rileva che assenze più prolungate avrebbero l'effetto di interrompere il periodo di residenza ininterrotta.

Inoltre, gli obiettivi dell'art. 39 del Trattato Ce sulla libera circolazione delle persone e del regolamento Cee n. 1251/70 di riconoscere ai familiari di un lavoratore deceduto il diritto di rimanere sul territorio dello Stato membro ospitante non vengono meno qualora sia richiesto, per il mantenimento del diritto di soggiorno dei familiari di un lavoratore deceduto nel corso della propria vita lavorativa, che il lavoratore abbia ininterrottamente risieduto sul territorio dello Stato membro ospitante da almeno due anni.

La Corte, accogliendo così le ragioni della Gran Bretagna, statuisce che il periodo previsto da tale disposizione deve essere considerato immediatamente precedente il decesso del lavoratore.

ANCORA UNA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MATERIA DI PRESTAZIONI MEDICHE RICEVUTE ALL'ESTERO

Corte di giustizia

Sentenza del 25 febbraio 2003 in causa n. C-326/00

Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA) c. Vasileios Ioannidis

Art. 234 Trattato Ce - Questione pregiudiziale - Previdenza sociale - Libera prestazione di servizi - Ricovero ospedaliero del titolare di una pen-

sione in occasione di un soggiorno in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede - Rimborso delle spese mediche sostenute - Condizioni - Artt. 31 e 36 del Regolamento Cee n. 1408/71 - Artt. 31 e 93 del Regolamento Cee n. 574/72 - Diritti fondamentali.

L'art. 31 del regolamento Cee del Consiglio del 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata ed aggiornata dal regolamento Cee del Consiglio del 2 giugno 1983, n. 2001, come modificato dal regolamento Ce del Consiglio del 22 dicembre 1995, n. 3096, deve essere interpretato nel senso che il beneficio delle prestazioni in natura garantite da questa disposizione ai titolari di pensioni che dimorano in uno Stato membro diverso da quello di residenza non è subordinato alla condizione che la malattia che ha richiesto le cure in questione si sia manifestata in modo improvviso in occasione di tale soggiorno, rendendo le dette cure immediatamente necessarie. Tale disposizione osta pertanto a che uno Stato membro subordini il detto beneficio ad una condizione del genere¹.

L'art. 31 del regolamento Cee n. 1408/71, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento Cee n. 2001/83, come modificato dal regolamento Ce n. 3096/95, osta a che uno Stato membro subordini il beneficio delle prestazioni in natura garantite da questa disposizione a una qualsiasi procedura d'autorizzazione².

L'erogazione e la presa a carico dei costi delle prestazioni in natura di cui all'art. 31 del regolamento Cee n. 1408/71, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento Cee n. 2001/83, come modificato dal regolamento Ce n. 3096/95, devono di norma avvenire in conformità al combinato disposto di tale articolo e degli artt. 36 dello stesso regolamento e 31 e 93 del regolamento Cee del Consiglio del 21 marzo 1972, n. 574, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento Cee n. 1408/71, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento Cee n. 2001/83, come modificato dal regolamento Ce n. 3096/95³.

Qualora risulti che l'istituzione del luogo di dimora si è ingiustamente rifiutata di erogare le prestazioni in natura di cui all'art. 31 del regolamento Cee n. 1408/71, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento Cee n. 2001/83, come modificato dal regolamento Ce n. 3096/95, e che l'istituzione del luogo di residenza - dopo essere stata informata di tale rifiuto - ha omesso di contribuire ad agevolare, come è suo obbligo, un'applicazione corretta di tale disposizione, spetta a quest'ultima istituzione, salvo un'eventuale responsabilità dell'istituzione del luogo di dimora, rimborsare direttamente all'assicurato il costo delle cure che egli ha dovuto sostenere, così da garantire a quest'ultimo un livello di presa a carico equivalente a quello di cui avrebbe be-

*neficiato se le disposizioni del detto articolo fossero state rispettate*⁴.

*In quest'ultima ipotesi, gli artt. 31 e 36 del regolamento Cee n. 1408/71, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento Cee n. 2001/83, come modificato dal regolamento Ce n. 3096/95, e 31 e 93 del regolamento Ce n. 574/72, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento Cee n. 2001/83, come modificato dal regolamento Ce n. 3096/95, ostano a che una disciplina nazionale subordini un siffatto rimborso al rilascio di una autorizzazione a posteriori, che viene concessa solo se venga dimostrato che la malattia che ha richiesto le cure in questione si è manifestata in modo improvviso in occasione del soggiorno, rendendo tali cure immediatamente necessarie*⁵.

¹⁻⁵ La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente in materia di rimborso di spese mediche nell'ambito di una controversia tra il signor Ioannidis, cittadino greco in pensione, e l'Istituto greco di previdenza sociale - IKA - in ordine al rifiuto di quest'ultimo di rimborsare le spese mediche relative al ricovero ospedaliero del signor Ioannidis in occasione di un suo soggiorno in Germania.

Nonostante che il signor Ioannidis fosse in possesso di un formulario E 111 rilasciato dall'IKA, i servizi di quest'ultimo hanno chiesto alla Commissione sanitaria di secondo grado (CSSG) un parere sull'opportunità di autorizzare *a posteriori* il ricovero ospedaliero dell'interessato.

La CSSG ha espresso un parere negativo dovuto al fatto che la malattia di cui soffriva il signor Ioannidis presentava carattere cronico e che l'aggravamento delle sue condizioni di salute non era stato improvviso potendo così di conseguenza essere adeguatamente curato in Grecia.

Si osserva che l'art. 3 *bis* del regolamento IKA (decreto del Ministro del lavoro del 2 giugno 1956, n. 33651/E. 1089, relativo al regolamento di assistenza ospedaliera dell'IKA) precisa, che, se la diagnosi della malattia o le cure da dispensare ad un assicurato presso l'IKA non possono essere eseguite in Grecia a causa, per esempio, della mancanza di medici specialisti, l'IKA è tenuta a prendersi carico di tutte le spese per diagnosi e per cure sostenute dall'assicurato all'estero. Tale obbligo è subordinato ad un regime di autorizzazione preventiva, per permettere all'IKA di verificare la sussistenza delle condizioni necessarie.

L'art. 3 *bis*, n. 4, lett. g., del regolamento dell'IKA dispone che: «in casi del tutto eccezionali, il direttore dell'ufficio periferico competente può, previo parere della competente commissione sanitaria, autorizzare il ricovero già avvenuto all'estero, purché non sia stato possibile ottenere l'autorizzazione preventiva vuoi perché la malattia si è manifestata in modo improvviso nel corso di un soggiorno temporaneo dell'assicurato all'estero, vuoi perché il trasferimento d'urgenza all'estero si è reso necessario per scongiurare un reale pericolo per la sua vita. In tali casi, la commissione sanitaria di secondo grado esprime un parere in base ai dati disponibili relativi all'eventuale assistenza ospedaliera o alle cure prestate in Grecia o all'estero».

Il signor Ioannidis ha presentato un reclamo contro il diniego di autorizzazione dinanzi alla commissione amministrativa competente dell'IKA la quale ha deciso, ai sensi dell'art. 3 *bis*, n. 4, lett. g., del regolamento dell'IKA che le cure controverse dovevano essere autorizzate *a posteriori*, e che pertanto l'IKA era tenuta a rimborsarle.

L'IKA ha successivamente proposto dinanzi al *Diokitiko Protodikeio Thessalonikis* un ricorso di annullamento contro tale decisione sostenendo che le condizioni previste dalla disposizione richiamata non trovavano piena soddisfazione nel caso di specie.

L'organo giurisdizionale adito ha deciso di sospendere il giudizio e di rivolgersi alla Corte.

La Corte precisa innanzitutto che spetta esclusivamente al giudice nazionale stabilire se le cure somministrate al signor Ioannidis in Germania siano state programmate dall'interessato e se il suo soggiorno sia stato pianificato esclusivamente a fini medici. In tal caso, troverebbe applicazione l'art. 22, n. 1, lett. c., e n. 2, del regolamento Cee n. 1408/71 (regime di autorizzazione preventiva), con l'esclusione dell'art. 31 dello stesso regolamento.

La Corte, soffermandosi a precisare la portata dell'art. 31 del regolamento n. 1408/71 rileva che, a differenza dell'art. 22, n. 1, lett. a., del regolamento n. 1408/71, che conferisce un diritto a prestazioni in natura ai lavoratori subordinati o autonomi «il cui stato di salute necessita di prestazioni immediate durante la dimora nel territorio di un altro Stato membro», l'art. 31 dello stesso regolamento, che sancisce un diritto analogo a favore dei titolari di pensioni o di rendite e dei loro familiari che dimorano in uno Stato membro diverso da quello di residenza, non contiene alcuna corrispondente precisazione relativa allo stato di salute degli interessati.

Secondo la Corte la condizione che lo stato di salute dell'interessato richieda prestazioni immediate durante il soggiorno non può trovare applicazione alle cure dispensate ad un pensionato in occasione di un soggiorno in un altro Stato membro.

Infine, sulla presa in carico delle cure di cui all'art. 31 del regolamento n. 1408/71 e sull'eventuale sussistenza di un obbligo di rimborso delle spese relative al ricovero ospedaliero dell'interessato in uno Stato membro diverso da quello di residenza, la Corte precisa che, nel caso di rifiuto da parte dell'istituzione del luogo di dimora di applicare l'art. 31 del regolamento Cee n. 1408/71, è compito dell'istituzione del luogo di residenza provvedere ad agevolare la pratica del rimborso con conseguente obbligo a carico di quest'ultima di provvedere anche a rimborsare direttamente all'assicurato le spese sostenute (cfr., nello stesso senso, la sentenza del 12 luglio 2001 in causa n. C-368/98, *Vanbraekel e a.*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5363 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 689; v. inoltre le sentenze del 24 ottobre 1996 in causa n. C-335/95, *Picard*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 5625 e del 10 febbraio 2000 in causa n. C-202/97, *FTS*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 883 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 557 con commento di ADOBATI, *La sicurezza sociale: una garanzia per i lavoratori che si spostano all'interno della Comunità*, p. 559).

Ne consegue che uno Stato membro non può subordinare la concessione delle prestazioni di cui all'art. 31 del regolamento Cee n. 1408/71 ai titolari di pensioni che dimorano in uno Stato membro diverso da quello di residenza né a una qualsiasi procedura di autorizzazione, né alla condizione che la malattia che ha richiesto le cure in questione si sia manifestata in modo improvviso in occasione di tale soggiorno, rendendo tali cure necessarie immediatamente.

CONTRASTA CON IL DIRITTO COMUNITARIO LA NORMATIVA ITALIANA CHE STABILISCE IL CONGELAMENTO DEI PREMI PREVISTI PER L'ASSICURAZIONE OBBLIGATORIA SUI VEICOLI A MOTORE

Corte di giustizia

Sentenza del 25 febbraio 2003 in causa n. C-59/01

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 Trattato Ce - Ricorso per inadempimento di uno Stato membro - Direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992 n. 92/49/Cee - Liberalizzazione del mercato assicurativo - Libertà tariffaria e abolizione dei controlli preventivi o sistematici sulle tariffe e sui contratti - Sistema generale di controllo dei prezzi - Raccolta di informazioni - Mantenimento in vigore di un sistema di blocco delle tariffe - Violazione del principio della libertà tariffaria nel settore dell'assicurazione auto obbligatoria.

*La Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza della direttiva avendo istituito e mantenuto in vigore un sistema di blocco delle tariffe applicabile a tutti i contratti di assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore, relativi a un rischio situato sul territorio italiano, senza distinzione fra le compagnie di assicurazione che hanno sede in Italia e quelle che ivi svolgono le proprie attività tramite succursali o in regime di libera prestazione dei servizi, in violazione del principio della libertà tariffaria di cui agli artt. 6, 29, e 39 della direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, n. 92/49/Cee, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita e che modifica le direttive n. 73/239/Cee e n. 88/357/Cee (terza direttiva assicurazione non vita)*¹.

¹ La Commissione delle Comunità europee ha proposto, ai sensi dell'art. 226 del Trattato Ce, una procedura d'infrazione diretta a fare constatare che l'Italia è venuta meno agli obblighi derivanti dalla direttiva del Consiglio del 18 giugno 1992, n. 92/49/Cee, (in *Guce* n. L 228/1992, p. 1), nella misura in cui ha istituito e mantenuto in vigore un sistema di blocco delle tariffe applicabile a tutti i contratti d'assicurazione sulla responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore, relativamente ad un rischio situato sul territorio italiano, senza distinzione fra le compagnie d'assicurazione che hanno sede in Italia e le imprese d'assicurazione che vi svolgono le proprie attività tramite succursali o in regime di libera prestazione dei servizi.

La violazione ha riguardato il principio della libertà tariffaria e dell'abolizione dei controlli preventivi o sistematici delle tariffe e dei contratti, di cui agli artt. 6, 29, e 39 della direttiva in oggetto, nonché le disposizioni di cui all'art. 44 della stessa direttiva, relative al regime riguardante la raccolta di informazioni sull'importo dei premi, dei sinistri e delle commissioni, sulla frequenza e il costo medio dei sinistri, e gli scambi fra le autorità di controllo dello Stato membro d'origine e quelle dello Stato membro ospitante.

Il decreto legislativo del 17 marzo 1995 n. 175 ha trasposto nel nostro ordinamento la direttiva n. 92/49/Cee liberalizzando in Italia le tariffe dell'assicurazione auto obbligatoria che fino a quel momento erano sottoposte, come nella maggior parte dei Paesi europei, ad un regime di prezzi amministrato.

Successivamente, il decreto legge del 28 marzo 2000, n. 70, recante disposizioni urgenti per il contenimento delle spinte inflazionistiche (in *Guri* n. 73 del 28 marzo 2000, p. 4), come modificato dalla legge del 26 maggio 2000, n. 137, di conversione in legge, con modificazioni, di tale decreto legge (in *Guri* n. 122 del 27 maggio 2002, p. 4) ha previsto che, a norma dell'art. 2, comma 2, per i contratti rinnovati entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto stesso che prevedevano variazioni del premio in relazione al verificarsi o meno di sinistri, vigeva un divieto di applicare aumenti di tariffa RC auto ai contraenti a carico dei quali non fossero risultati sinistri nel periodo di osservazione. Per i nuovi contratti stipulati entro un anno dall'entrata in vigore del decreto vigeva il divieto di modificare le tariffe esistenti alla medesima data.

Inoltre, il decreto legge n. 70/2000 ha previsto, allo scopo di rendere più efficace la prevenzione e il controllo di comportamenti fraudolenti nel settore delle assicurazioni obbligatorie per i veicoli a motore immatricolati in Italia, l'istituzione presso l'ISVAP di una banca dati dei sinistri ad essi relativi.

A parere della Commissione, le disposizioni contenute nel decreto legge n. 70/2000 costituiscono una palese violazione del principio della libertà tariffaria e del regime di scambio di informazioni previsto dalla direttiva n. 92/49/Cee, tale da giustificare un ricorso per infrazione.

La Corte di giustizia precisando che la direttiva n. 92/49/Cee mira a realizzare la libera commercializzazione nella Comunità dei prodotti assicurativi nel settore interessato

(sul riconoscimento da parte della Corte del principio della libertà tariffaria, cfr. la sentenza dell'11 maggio 2000 in causa n. C-296/98, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 3025), e che la normativa intende garantire il principio della libertà tariffaria nel settore dell'assicurazione non vita, anche per quanto riguarda l'assicurazione obbligatoria come l'assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore (ciò implica il divieto di ogni sistema di notifica preventiva o sistematica e di approvazione delle tariffe che un'impresa di assicurazione si proponga di utilizzare nei suoi rapporti con i contraenti), ha accolto così le censure sollevate dalla Commissione fondate sulla violazione degli artt. 6, 29 e 39 della direttiva n. 92/49/Cee motivando sul fatto che le disposizioni nazionali che ledono il principio della libertà tariffaria, non possono essere considerate come un sistema generale di controllo dei prezzi ai sensi degli artt. 8, n. 3, 3° comma, della direttiva n. 73/239/Cee, 29, 2° comma, e 39, n. 3, della direttiva n. 92/49/Cee.

La Corte di giustizia non accoglie la censura relativa alla violazione dell'art. 44 della direttiva n. 92/49/Cee relativamente alla comunicazione cui sono tenute le compagnie di assicurazione nei confronti dell'ISVAP in ordine ai dati dei sinistri dei propri assicurati, attraverso l'istituzione di una banca dati al finanziamento della quale devono contribuire le compagnie di assicurazione.

Sul punto la Corte di giustizia precisa che tale particolare sistema di comunicazione di dati essenziali riguardanti l'attività delle compagnie di assicurazione ha lo scopo di evitare ostacoli ingiustificati all'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi nel settore a cui si applica la direttiva n. 92/49/Cee e che tale raccolta di informazioni ha una finalità di lotta alle frodi diversa da quella perseguita dalla direttiva (l'Avvocato Generale Albert, nelle proprie conclusioni presentate in data 4 luglio 2002, aveva condiviso tutte le censure della Commissione alla legge che imponeva di bloccare i premi assicurativi allo scopo di contenere l'inflazione).

**È CONFORME ALLA NORMATIVA COMUNITARIA
LA DISCIPLINA ITALIANA CHE PREVEDE QUALE
PRESUPPOSTO PER L'ISCRIZIONE NEL REGISTRO DELLE
IMPRESE L'INCLUSIONE DELL'AGENTE COMMERCIALE
IN UN APPOSITO ALBO**

Corte di giustizia

Sentenza del 6 marzo 2003 in causa n. C-485/01

Francesca Caprini c. Conservatore Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura (CCIAA)

Art. 234 Trattato Ce - Questione pregiudiziale - Direttiva del 18 dicembre 1986, n. 86/653/Cee - Agenti commerciali indipendenti - Normativa nazionale che prevede l'iscrizione di un agente commerciale nell'albo apposito - Condizione preliminare all'iscrizione nel registro delle imprese - Validità dei contratti e dei rapporti tra le parti - Esigenze amministrative - Contrasto con la normativa comunitaria - Insussistenza.

La direttiva del Consiglio del 18 dicembre 1986, n. 86/653/Cee, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale la quale subordini all'iscrizione dell'agente commerciale in un albo previsto a tale scopo l'iscrizione dello stesso agente nel registro delle imprese, a condizione che la mancanza di quest'ultima iscrizione non pregiudichi la validità di un contratto di agenzia concluso dall'agente con il suo preponente o che le conseguenze della mancata iscrizione non ledano altrimenti la tutela che la detta direttiva accorda agli agenti commerciali nei rapporti con i loro preponenti¹.

¹ Il Tribunale civile e penale di Trento ha posto, ai sensi dell'art. 234 del Trattato Ce, una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione della direttiva del Consiglio del 18 dicembre 1986, n. 86/653/Cee, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti (in *Guce* n. L 382 del 86, p. 17) nell'ambito di una controversia tra la signora Caprini e il Conservatore del registro delle imprese di Trento relativamente all'obbligo previsto di iscrizione degli agenti commerciali in tale registro.

La signora Caprini si è vista rifiutare l'iscrizione nel registro delle imprese di Trento quale agente di commercio perché non era iscritta nel ruolo degli agenti e dei rappresentanti di commercio. Secondo il Conservatore del registro, l'iscrizione nell'apposito ruolo costituiva una condizione per l'esercizio di un'impresa ai sensi dell'art. 2084 del codice civile italiano e doveva essere considerata, altresì, come una condizione per l'iscrizione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2189 del codice civile italiano.

Il Tribunale civile e penale di Trento, adito in sede d'appello dalla Signora Caprini a seguito del rigetto del proprio ricorso contro la decisione di diniego di iscrizione nell'apposito registro, ha deciso di sospendere il giudizio e di chiedere alla Corte di giustizia se sussiste un contrasto tra la direttiva sugli agenti commerciali e la normativa italiana che subordina all'iscrizione dell'agente di commercio in un apposito albo, l'iscrizione dello stesso agente nel registro delle imprese.

La normativa italiana, secondo la signora Caprini, non consentirebbe il regolare esercizio dell'attività agli agenti commerciali in quanto non permetterebbe loro di disporre del certificato di iscrizione nel registro delle imprese.

La Commissione ritiene che il fatto di subordinare l'iscrizione dell'agente commerciale nel registro delle imprese all'iscrizione di quest'ultimo nel ruolo degli agenti e rappresentanti di commercio non compromette la validità dei contratti di agenzia e non interferisce nella protezione giuridica riconosciuta agli agenti in virtù della normativa comunitaria.

La legge del 3 maggio 1985, n. 204 (in *Guri* n. 119 del 22 maggio 1985, p. 3623), istituisce un ruolo per gli agenti e i rappresentanti di commercio, nel quale tutte le persone che intendono esercitare tale attività devono obbligatoriamente iscriversi, pena l'irrogazione di una sanzione amministrativa.

La Corte, interrogata da un altro giudice italiano sulla questione se la direttiva impedisca alle norme nazionali che subordinano la validità dei contratti di agenzia all'iscrizione degli agenti di commercio in un apposito albo, ha statuito nella sentenza del 30 aprile 1998 (sulla questione degli effetti della mancata iscrizione dell'agente al ruolo italiano agenti e rappresentanti di commercio, in relazione alla direttiva n. 86/653, cfr. la sentenza *Bellone* in causa n. C-215/97, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2191. Cfr., inoltre, la sentenza del 13 luglio 2000 in causa n. C-456/98, *Centrosteel c. Adipol*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6007 e in questa *Rivista*, 2000, p. 581, con commento di VENEZIA, *In tema di efficacia della direttiva sugli agenti commerciali: come volevasi dimostrare*, p. 585, nella quale la Corte ha ribadito quanto già affermato nella precedente pronuncia *Bellone*) che dall'art. 13, n. 2, della direttiva - che consente agli Stati membri di «prescrivere che un contratto di agenzia sia valido solo se documentato per iscritto», - oltre alla redazione di un atto scritto, gli Stati membri non possono imporre nessun'altra condizione. La Corte ha così dedotto che l'iscrizione dell'agente in un albo non può essere considerata come una condizione di va-

lidità del contratto (punti 14-15 della sentenza *Bellone*).

La Corte, seguendo un ragionamento analogo a quello già sviluppato nella sentenza *Bellone*, rileva che la direttiva non si oppone a che gli Stati membri mantengano registri nei quali gli agenti commerciali devono o possono iscriversi, ivi compreso un registro delle imprese. Diverso sarebbe se la mancata iscrizione dell'agente commerciale pregiudicasse la tutela accordata a tali soggetti dalla direttiva comunitaria e inficiasse la validità dei contratti eventualmente conclusi.

La Corte conclude, pertanto, affermando l'ammissibilità dell'obbligo di iscrizione in un registro a condizione che esso non venga considerato come un requisito sostanziale di validità dei contratti essendo unicamente finalizzato al soddisfacimento di esigenze puramente amministrative.

LA NORMATIVA COMUNITARIA NON SI OPPONE A CHE IL SERVIZIO MILITARE VENGA IMPOSTO UNICAMENTE AGLI UOMINI

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 marzo 2003 in causa n. C-186/01

Alexander Dory c. Repubblica federale di Germania

Art. 234 Trattato Ce - Questione pregiudiziale - Non applicazione del diritto comunitario all'obbligo di leva - Parità di trattamento tra uomini e donne - Art. 2 della direttiva del Consiglio del 9 febbraio 1976, n. 76/207/Cee - Limitazione agli uomini dell'obbligo di leva in Germania - Non applicabilità della direttiva.

(...) Il ritardo nella carriera professionale dei chiamati alla leva è una conseguenza inevitabile della scelta compiuta dallo Stato membro in materia di organizzazione militare e non implica che questa scelta rientri nel campo di applicazione del diritto comunitario. Infatti, l'esistenza di ripercussioni sfavorevoli sull'accesso al lavoro non può avere come effetto, senza invadere le competenze proprie degli Stati membri, di costringere lo Stato membro interessato o ad estendere alle donne l'obbligo in cui consiste il servizio militare e quindi ad imporre loro gli stessi svantaggi in materia di accesso al lavoro, o a sopprimere l'obbligo di leva¹.

Il diritto comunitario non osta a che l'obbligo di leva sia riservato agli uomini².

¹⁻² Il Tribunale amministrativo di Stoccarda ha sottoposto alla Corte di giustizia Ce una questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 2 della direttiva del Consiglio del 9 febbraio 1976, n. 76/207/Cee, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (in *Guce* n. L 39 del 1976, p. 40)

e, più in generale, sulla compatibilità con il diritto comunitario della limitazione agli uomini dell'obbligo di leva in Germania.

La questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti da un lato il signor Dory e la Repubblica federale tedesca, dall'altro lato, in merito ad una decisione dell'ufficio distrettuale di leva di Schwäbisch Gmünd - KSG, che gli negava l'esonero dall'arruolamento nell'esercito e dall'obbligo di leva.

La domanda di esonero dal servizio di leva del signor Dory si basava sulla sentenza *Kreil* (dell'11 gennaio 2000 in causa n. C-285/98, *Kreil*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 69 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 296), nella quale la Corte ha statuito che le donne non possono essere escluse dall'accesso agli impieghi nell'esercito tedesco.

Il KSG respingeva la domanda precisando che la sentenza *Kreil* richiamata riguardava solamente l'accesso volontario delle donne alle carriere nelle forze armate, ma non la questione dell'obbligo di leva che continuava a rientrare nell'ambito della competenza esclusiva degli Stati membri.

Il ricorso del signor Dory contro questa decisione veniva respinto dall'amministrazione militare e l'interessato ha allora adito il *Verwaltungsgericht Stuttgart* che si è rivolto alla Corte di giustizia al fine di poter far luce sulla materia.

Secondo il ricorrente, il fatto che le donne abbiano un diritto di accesso agli impieghi militari (cfr. sentenza *Kreil*, *cit. supra*), ma che esse siano esonerate dall'obbligo di leva, mentre gli uomini vi sono soggetti, è contrario al principio di uguaglianza e costituisce una discriminazione illegittima a svantaggio degli uomini.

La Corte è stata quindi chiamata a stabilire se la limitazione agli uomini dell'obbligo di leva sia o meno compatibile con il principio comunitario della parità di trattamento tra uomini e donne, e se esso presuppone che siano *a priori* definite le condizioni alle quali questo diritto trovi applicazione nell'ambito dell'organizzazione delle forze armate.

La Corte sul punto precisa che i provvedimenti che gli Stati membri adottano in materia non sono sottratti nel loro insieme all'applicazione del diritto comunitario per il solo fatto che essi intervengono nell'interesse della sicurezza pubblica o della difesa nazionale. Il Trattato Ce prevede espressamente agli artt. 30, 39, 46, 58, 64, 296 e 297 alcune deroghe in situazioni che possono compromettere la pubblica sicurezza. Il fatto di ammettere l'esistenza di una riserva generale, che escluda dall'ambito d'applicazione del diritto comunitario qualsiasi provvedimento adottato per motivi di pubblica sicurezza, potrebbe compromettere l'applicazione uniforme del diritto comunitario (cfr. le sentenze del 15 maggio 1986 in causa n. 222/84, *Johnston*, in *Raccolta*, 1986, p. 1651; del 26 ottobre 1999 in causa n. C-273/97, *Sirdar*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7403 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 295 e la sentenza *Kreil*, *loc. cit.* ed inoltre, sulla nozione di pubblica sicurezza, cfr. le sentenze del 4 ottobre 1991 in causa n. C-367/89, *Richardt e Les Accessoires Scientifiques*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4621 e del 17 ottobre 1995 in causa n. C-83/94, *Leifer e a.*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3231 e in questa *Rivista*, 1996, p. 500 con commento di SANTINI, *Disciplina delle esportazioni di beni a duplice uso: misure nazionali e regolamentazione comunitaria*, p. 509).

Il diritto comunitario può incidere sull'organizzazione delle forze armate di un Paese membro quando si tratta del rispetto del principio della parità di trattamento tra uomini e donne, ma non può disciplinare le scelte di organizzazione militare degli Stati membri che hanno ad oggetto la difesa del loro territorio o la salvaguardia dei loro interessi nazionali.

È compito degli Stati membri stabilire ogni misura adeguata per garantire la loro sicurezza interna ed esterna, adottando le decisioni relative all'organizzazione delle loro forze armate (cfr. sentenze *Sirdar* e *Kreil*, *loc. cit.*). Il fatto che la Germania abbia inteso garantire la propria difesa nazionale attraverso l'obbligo di leva dimostra come tale scelta rientri nell'organizzazione militare di un Paese con conseguente inapplicabilità ad esso della normativa comunitaria.

La Corte - aderendo pienamente alle conclusioni dell'Avvocato Generale Stix-Hackl presentate in data 28 novembre 2002 - conclude, pertanto, affermando che la direttiva n. 76/207/Cee non impedisce di prevedere l'obbligo di leva solamente per gli uomini e che le ripercussioni sfavorevoli sull'accesso all'impiego non possono obbligare uno Stato membro ad estendere alle donne l'obbligo del servizio militare e quindi ad imporre loro gli stessi svantaggi in materia di accesso al lavoro, o addirittura a sopprimere l'obbligo di leva.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

LE VIOLAZIONI DELLA NORMATIVA *ANTITRUST*. QUALE TUTELA PER I CONSUMATORI? GIURISPRUDENZA AMERICANA E ITALIANA A CONFRONTO*

I

Corte di cassazione, sezione I civile
Sentenza del 4 marzo 1999 n. 1811

Montanari c. Banca Carige

**Artt. 85 (ora 81) e 86 (ora 82) Trattato Ce - Disciplina della concorrenza
- Contrasto con la normativa nazionale - Diritto di azione - Dell'imprenditore - Sussistenza - Dell'utente singolo - Esclusione.**

Le norme degli artt. 85 (ora 81) e 86 (ora 82) del Trattato Ce sono rivolte alla tutela della libera concorrenza tra imprese e vietano la formazione di intese suscettibili di pregiudicare il commercio, impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune. Ne consegue che destinatari diretti di tali norme sono gli imprenditori commerciali, i quali sono gli unici legittimati ad avvalersene, non l'utente singolo, il quale può trarne solo un vantaggio in via riflessa ed indiretta.

* In argomento v. *infra*, p. 79 ss., il commento di *FEDERICA CAMELI*.

II

**Corte di cassazione, sezione I civile
Sentenza del 27 giugno-9 dicembre 2002 n. 17475**

Axa Assicurazioni Spa c. Larato

Legge n. 287/90 - Disciplina della concorrenza - Intese restrittive della libertà di concorrenza - Azione risarcitoria del consumatore finale - Competenza della Corte di appello in unico grado - Esclusione - Fattispecie.

In caso di intese restrittive della libertà di concorrenza, vietate dal legislatore con la legge n. 287 del 1990 e di ricadute di queste sul «consumatore finale», con conseguenti, per lui, maggiori oneri, l'azione risarcitoria eventualmente spettante al detto consumatore ha «i caratteri ordinari di una ordinaria azione di responsabilità soggetta agli ordinari criteri di competenza, e non quelli dell'azione ex art. 33, secondo comma, della legge n. 287 del 1990, rimessa, in quanto tale, alla cognizione esclusiva della Corte di appello in unico grado di merito». Ciò, in particolare, in caso di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli, nell'ipotesi in cui si pretenda, a titolo di risarcimento danni per l'esistenza di una tale vietata intesa, una somma pari al 20% del premio di polizza pagato, nonché l'ordine alla compagnia, del rinnovo del contratto alle condizioni di prezzo giusto e conforme alla legge, «con clausola di contenimento della domanda nella competenza per valore dell'adito giudice di pace», qualora nella citazione introduttiva «la deduzione stessa del supposto accordo di cartello si riveli, nella sua sostanza, vaga e generica nei contenuti, così come sostanzialmente vaga si riveli l'esplicitazione dei termini di diretto riverbero dell'accordo in questione, nella determinazione del concreto livello tariffario conosciuto», «tanto da collocare, nei fatti, l'accordo in questione sul mero sfondo dell'accaduto, e da concentrare piuttosto il nucleo problematico dei termini giuridici della vicenda sul problema della legittimità o meno dell'aumento di premio praticato».

LA DISCIPLINA ANTITRUST ED IL RISARCIMENTO DEI DANNI NELLA GIURISPRUDENZA AMERICANA E IN QUELLA ITALIANA

Sommario: **I.** *Disciplina antitrust e consumatori* - **1.** *Rapporto fra normativa antitrust ed interesse dei consumatori* - **2.** *Il risarcimento dei danni da comportamenti anticompetitivi - La legittimazione ad agire dei privati* - **3.** *Elementi di novità introdotti dalla legge n. 281 del 30 luglio 1998 recante norme in materia di disciplina dei consumatori e degli utenti* - **4.** *Autonomia del divieto delle intese rispetto alle potestà delle Autorità di controllo: applicabilità diretta davanti al giudice ordinario* - **II.** *La risposta americana alle violazioni delle regole di concorrenza: Class Action complaint for violation of Federal Antitrust Laws* - **1.** *La class action - natura e base giuridica* - **a.** *In concreto: la categoria e le questioni oggetto del procedimento* - **b.** *Il coinvolgimento delle banche italiane* - **c.** *Argomentazioni difensive: i presupposti per l'applicazione del diritto antitrust americano a specifiche transazioni* - **III.** *Proponibilità in Italia di azioni ad emulazione della Class action americana.*

I. Disciplina antitrust e consumatori

1. Rapporto fra normativa antitrust ed interesse dei consumatori

Il problema del nesso esistente fra la normativa *antitrust* e la tutela del consumatore, stanti le differenti soluzioni proponibili, è estremamente complesso.

Il rapporto in parola è infatti strettamente correlato alla mutevole definizione degli obiettivi delle normative a tutela della concorrenza, nonché al diverso atteggiarsi dei comportamenti anticoncorrenziali all'interno del mercato rilevante.

È assodato, nonostante spesso le finalità delle norme antimonopolistiche non siano indicate espressamente nelle leggi, che compito peculiare delle normative *antitrust* è quello di frenare le condotte tendenti ad annullare gli effetti della concorrenza effettiva e potenziale, nonché a creare artificialmen-

te, rafforzare e sfruttare delle situazioni di potere di mercato in modo tale da praticare, in maniera diretta o indiretta, prezzi o altre condizioni contrattuali sfavorevoli per i contraenti, indubbiamente peggiori rispetto a quelli che si avrebbero in un contesto in cui il libero gioco della concorrenza non sia falsato¹. In generale, pertanto, può ritenersi con sicurezza che fra gli obiettivi principali delle normative in esame² vi siano: *i.* la tutela della struttura concorrenziale del mercato, *ii.* l'efficienza economica e, tramite i primi due, *iii.* il benessere sociale³.

Tuttavia, soprattutto in ambito comunitario, sono stati spesso perseguiti anche obiettivi ulteriori che, nonostante non siano strettamente correlati alle finalità indicate, sono stati reputati meritevoli di protezione; fra questi si annoverano la tutela di piccole e medie imprese e la correttezza dei rapporti tra imprese e tra imprese e consumatori⁴.

D'altra parte, la questione concernente il fondamento della tutela della concorrenza risale a due secoli fa, radicandosi nelle teorie degli economisti classici⁵.

È infatti nota la rilevanza che essi accordavano ai progressi raggiungibili mediante una corretta applicazione della libera concorrenza⁶. Oltre a celebrare la libertà economica e la concorrenza come «molla essenziale del progresso e del generale benessere»⁷, gli appartenenti alla scuola economica classica

¹ In questo senso v. DENOZZA, *Antitrust, Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella Cee e negli USA*, Bologna, Il Mulino, 1998.

² Per un esame approfondito degli obiettivi delle politiche di concorrenza, cfr. OCSE, *A framework for the design and implementation of competition law and policy*, 1999; nonché i contributi della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto Universitario di Fiesole nel giugno 1997 in EHLERMANN - LAUDATI (a cura di), *European Competition Law Annual 1997: Objectives of competition policy*, Oxford, Hart Publishing, 1998.

³ Le normative *antitrust* possono avere scopi connessi a diverse nozioni di benessere sociale, tra cui il *surplus* del consumatore, il *surplus* totale del mercato, il *surplus* totale anche di altri mercati: sul punto, cfr. CRAMPTON, *Alternative Approaches to competition law*, *World competition Law and Economics Review*, vol. 17, n. 3, 1994; POLO - GHEZZI - PREITE, *L'attuazione delle politiche di tutela della concorrenza e l'esperienza italiana di attività antitrust*, in DEL MONTE (a cura di), *Promozione della concorrenza e politiche antitrust*, Bologna, Il Mulino, 1997. È noto che una delle impostazioni più controverse – che ha preso piede negli anni Settanta ed Ottanta – è stata quella elaborata dalla scuola di Chicago negli anni Cinquanta, secondo la quale l'obiettivo delle norme *antitrust* consiste essenzialmente nel *consumer welfare* (benessere complessivo dei consumatori), da intendersi come benessere della collettività considerata globalmente, senza che sia accordata rilevanza alcuna alla distribuzione delle risorse. Per un'esposizione completa della posizione della scuola si veda BORK, *The Antitrust paradox*, New York, Free Press, 1978, ult. ed. 1995.

⁴ Per una sintesi delle ulteriori finalità perseguite dalla normativa comunitaria della concorrenza, si veda KORAH, *EC Competition Law and Practice*, Oxford, Hart Publishing, 1997.

⁵ Si considera rilevante, in questa sede, il peculiare interesse dimostrato dagli economisti nei riguardi della libertà di concorrenza, dato che la tematica in parola, prima ancora di presentare risvolti giuridici, è sorta nell'ambito del concetto di mercato e con valenza strettamente economica.

⁶ In questo senso cfr. CAPELLI, *Controllo dei prezzi e normativa comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 19. L'Autore rammenta che nella celebre pubblicazione di Adam Smith, *Sulla ricchezza delle nazioni*, innumerevoli sono i riferimenti ai vantaggi economici che possono derivare dalla libertà di concorrenza.

⁷ Cfr. FRANCESCHELLI, *Studi e capitoli sul diritto della concorrenza*, Milano, Giuffrè, 1974, ci-

erano giunti a riconoscere che uno dei maggiori effetti determinati dall'adozione di un mercato competitivo risulta essere quello di assegnare un ruolo primario al consumatore. In un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza il consumatore deve infatti poter condizionare la produzione, essendone il diretto destinatario. Adam Smith era pervenuto alla conclusione che «il consumo è il solo scopo e obiettivo di tutta la produzione; e ci si dovrebbe curare dell'interesse del produttore soltanto in quanto possa essere necessario a promuovere quello del consumatore. La massima è così perfettamente ovvia che sarebbe assurdo cercare di dimostrarla»⁸.

Attualmente esiste un generale riconoscimento del fatto che in un contesto concorrenziale vengono fortemente accresciute le possibilità di scelta dei consumatori⁹, essendo le imprese incentivate a migliorare quantitativamente e qualitativamente servizi e prodotti offerti nonché a ridurre i prezzi verso il livello del prezzo di costo. In questo senso, la concorrenza viene, indirettamente, posta a salvaguardia degli interessi generali della collettività e dei consumatori.

Da quanto esposto emerge che la dottrina è consapevole dell'esistenza di interrelazioni, nell'ambito della normativa *antitrust*, fra la tutela della concorrenza e la protezione dei consumatori.

Tuttavia, la tesi oggi predominante è quella per cui il consumatore è tutelato soltanto in via mediata o indiretta, costituendo la sua protezione soltanto il riflesso del mantenimento della concorrenzialità all'interno del mercato. Solo in questi termini, pertanto, la categoria dei consumatori viene considerata destinataria ultima dei benefici derivanti dalla concorrenza¹⁰.

Con riferimento specifico alla legislazione nazionale, la verifica del rilievo dell'interesse dei consumatori può muovere sicuramente dalla constatazione che questa tipologia di privati è espressamente menzionata in diverse

tato da CAPELLI, *Controllo dei prezzi*, cit. *supra*, nota 6.

⁸ Cfr. CAPELLI, *Controllo dei prezzi*, loc. cit., p. 26.

⁹ Cfr. AGCM, *Relazione Annuale del 2000*, in cui si legge che «assicurare agli operatori economici pari opportunità, impedendo le collusioni e l'esercizio abusivo del potere di mercato, conduce alla realizzazione di un ambiente di mercato senza barriere all'ingresso e operante in regime concorrenziale tale da soddisfare anche le esigenze dei consumatori: le imprese, in presenza di pressioni concorrenziali, offrono infatti una più ampia gamma di beni e servizi, di migliore qualità e a prezzi più contenuti». Cfr. altresì COMMISSIONE EUROPEA, *XXIX Relazione sulla politica di concorrenza*, 1999, in cui l'istituzione comunitaria osserva che «la politica di concorrenza si propone l'obiettivo di mantenere un grado elevato di concorrenza nel mercato unico. Tale politica offre come risultato agli utenti finali prezzi più bassi, una più ampia scelta di prodotti ed innovazioni tecnologiche. (...) I consumatori costituiscono infatti un elemento strutturale del mercato (la domanda) che reagisce alle pratiche commerciali delle imprese (l'offerta). Garantire il funzionamento dei mercati significa anche garantire che il consumatore abbia la capacità di compiere scelte che possono influire sul comportamento dell'offerta». Inoltre, nella *Comunicazione sulle Linee direttrici sulle restrizioni verticali*, in *Guce* n. C 291 del 13 ottobre 2000, la Commissione chiarisce che «la tutela della concorrenza è l'obiettivo primario della politica comunitaria di concorrenza in quanto essa incrementa il benessere dei consumatori e determina un'efficiente distribuzione delle risorse».

¹⁰ Cfr. CASSINIS - FATTORI, *Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori*, in *I contratti*, 2000, 4, p. 416.

disposizioni della legge n. 287/90.

Da un punto di vista procedurale, in particolare, l'art. 12 della legge riconosce un potere di segnalazione e denuncia in materia di intese ed abusi di posizione dominante non solo alle pubbliche amministrazioni ed a chiunque vi abbia interesse, ma anche alle associazioni dei consumatori interessate¹¹.

Dal punto di vista, inoltre, delle disposizioni sostanziali che disciplinano le condotte delle imprese, è possibile individuare il peso effettivo degli interessi dei consumatori in relazione alla disciplina *antitrust*. Tra le condizioni positive richieste, infatti, dall'art. 4 della legge n. 287/90, al fine di esentare un'intesa dall'applicazione dei divieti di cui all'art. 2, oltre al miglioramento delle condizioni dell'offerta, si richiede - per quanto di effettivo interesse in questa sede - che dall'intesa derivi un «sostanziale beneficio per i consumatori»¹².

Occorre tuttavia mettere in luce che, nella nostra normativa *antitrust*, il riferimento al consumatore non si limita, come nelle discipline poste a protezione diretta dei consumatori¹³, ad identificare solo gli *end-user*, ma si estende, in generale, a tutti gli acquirenti di prodotti o servizi oggetto dell'intesa (compresi, pertanto, gli utilizzatori intermedi, in genere imprenditori)¹⁴.

La previsione di cui all'art. 4 della legge n. 287/90, redatta sulla falsariga della corrispondente norma del Trattato, se da un lato rivela una particolare

¹¹ Nell'ambito della disciplina delle procedure istruttorie sono garantite ampie forme di partecipazione alle associazioni dei consumatori che vi abbiano interesse. In particolare, ai sensi del regolamento di procedura approvato con dpr n. 217/98, in *Guri* del 9 luglio 1998 n. 158, alla possibilità di denuncia sono connesse anche delle garanzie procedurali, quali la notificazione dell'atto di avvio dell'istruttoria (cfr. art. 6, c. 4), la facoltà di partecipare al procedimento con memorie, documenti, deduzioni e pareri, di accedere ai documenti (nei limiti di cui all'art. 13), nonché di essere sentiti all'inizio ed alla fine della procedura, in occasione dell'audizione dinanzi al collegio (artt. 7 e 14). È inoltre consentito l'intervento nel procedimento a soggetti - tra cui le associazioni dei consumatori - che, pur non avendo fatto denuncia all'Autorità, possano subire un pregiudizio diretto, attuale ed immediato dalla condotta anticompetitiva. Tuttavia, è stato più volte ribadito in giurisprudenza il concetto secondo il quale al diritto di un'associazione dei consumatori di partecipare ad una procedura istruttoria dinanzi all'Autorità non si accompagna una situazione giuridica sostanziale che legittimi all'impugnazione di un provvedimento dell'Autorità stessa davanti alla giurisdizione amministrativa. Cfr., sul punto, sent. Tar Lazio, sez. I, del 1° agosto 1995, n. 1474, nonché sent. Consiglio di Stato, sez. VI, del 30 dicembre 1996, n. 1792, in *Il Consiglio di Stato*, 1996, fasc. 12, parte I, p. 2015.

¹² Cfr. art. 81 del TCE in cui è richiesta la congrua partecipazione degli utilizzatori finali all'utile che deriva dall'intesa. Cfr. anche le *Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 81 del Trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale*, in *Guce* n. C 3 del 6 gennaio 2001, in cui viene chiarito dalla Commissione europea che il presupposto secondo il quale ai consumatori deve essere riservata una congrua parte dell'utile va inteso nel senso che «i benefici economici dell'accordo non devono affluire esclusivamente alle parti dell'accordo, ma devono tornare anche a vantaggio dei consumatori o utilizzatori». Negli stessi termini la Commissione si esprime nelle *Guidelines sulle restrizioni verticali*, cit. *supra*, nota 9.

¹³ Cfr., in particolare, la legge n. 281 del 14 agosto 1998, in *Guri* n. 189 del 14 agosto 1998.

¹⁴ Si veda, ai fini della ricostruzione della fattispecie di consumatore nella disciplina volta a tutelarla, ALPA, *Proposte di modifica del Trattato Cee in tema di tutela del consumatore*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 1996, p. 372.

Cfr. anche l'opinione di PARDOLESI, in FRIGNANI - PARDOLESI - PATRONI GRIFFI - UBERTAZZI (a cura di), *Diritto Antitrust Italiano*, Bologna, Zanichelli, 1993, ult. ed. 1997, t. I, p. 415, nonché MANGINI - OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 39 e p. 102.

attenzione circa gli effetti del coordinamento delle imprese sul vantaggio del singolo consumatore nel mercato rilevante, d'altro lato avalla la natura "derivata" della tutela del consumatore rispetto alla tutela del contesto competitivo.

2. *Il risarcimento dei danni da comportamenti anticompetitivi - La legittimazione ad agire dei privati*

Svolte queste considerazioni di carattere generale, conviene comunque verificare se esistono, nell'ambito delle normative nazionale e comunitaria, spazi adeguati che consentano ai privati di vedere tutelate delle situazioni giuridiche lese da comportamenti anticoncorrenziali.

Come nel sistema comunitario, anche nella legge n. 287/90 è prevista una "doppia tutela", cioè una tutela sia in sede amministrativa – dinanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹⁵ – sia in sede civile – davanti alle Corti d'appello competenti per territorio – per la garanzia delle situazioni giuridiche soggettive che si pretendono lese da comportamenti anticompetitivi¹⁶.

Il ruolo della giurisdizione ordinaria – in questo contesto – è strettamente correlato a fattispecie di condotte anticoncorrenziali suscettibili di comportare direttamente una lesione di situazioni giuridiche protette di terzi.

Tuttavia, mentre è palese la legittimazione ad agire, a fini risarcitori e/o inibitori, delle imprese concorrenti dell'autore della pratica illecita e dei loro contraenti (fornitori ed acquirenti), è ancora aperto il dibattito sugli effettivi ambiti di tutela civilistica, per illeciti *antitrust*, per i consumatori finali e per le associazioni di consumatori.

In linea generale, il nostro discorso si colloca al centro di un dibattito volto a verificare l'idoneità della legge n. 287/90 ad accordare forme di protezione di tipo risarcitorio al privato (in particolare in capo al consumatore), qualora vengano in considerazione comportamenti anticompetitivi. Nella gran parte dei casi, infatti, è proprio il consumatore a subire l'effetto negativo di un comportamento anticoncorrenziale, allorché, messo di fronte ad un aumento dei prezzi o a condizioni contrattuali inique, dovrà operare una scelta comunque svantaggiosa¹⁷.

Parte della dottrina¹⁸ ha criticato l'impostazione della legge n. 287/90,

¹⁵ L'Autorità è competente ad applicare, in via esclusiva ed in posizione di assoluta indipendenza, gli artt. 2, 3, 4 e 6 della legge.

¹⁶ Cfr. art. 33, c. 2, l. n. 287/90.

¹⁷ Tale scelta potrà consistere nel pagare un prezzo esorbitante ovvero nel rinunciare all'acquisto; v. sul punto ORLANDI, *La risarcibilità del danno causato da una violazione delle norme comunitarie antitrust*, in *Giur. mer.*, 2000, p. 295 ss.

¹⁸ Cfr. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, p. 1 ss., in cui viene delineata un'impostazione del sistema di tutela della concorrenza alternativo all'attuale, fondato sul ruolo del giudice ordinario e sulla tutela dei singoli lesi da violazioni della concorrenza.

comunque fondata sulla rilevanza della tutela amministrativa, ed ha proposto un sistema diverso, che tenga presente e salvaguardi, in primo luogo, i diritti dei singoli, in particolare dei consumatori.

Pur non mettendo in dubbio il ruolo centrale che, nell'applicazione della normativa in questione nonché nella repressione dei comportamenti da essa vietati, viene svolto dall'Autorità garante (alla quale si affianca a livello comunitario, la Commissione europea) - la quale, attraverso l'irrogazione di sanzioni, provvede a dissuadere gli autori degli illeciti da ulteriori, future violazioni - non può neanche essere disconosciuta l'importante funzione deterrente dell'azione risarcitoria, soprattutto ove venga esteso l'ambito dei legittimati ad agire.

L'azione dei singoli, in particolare, viene da molti valutata favorevolmente per l'ulteriore incentivo che essa determina nella repressione di pratiche illecite. Ne è derivato un dibattito sulla effettiva idoneità della normativa *antitrust* a creare, in capo ai privati, situazioni giuridiche che li pongano in una posizione di tutela da parte dell'ordinamento, la cui violazione comporterebbe la determinazione di un danno ingiusto, risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Il dibattito sul risarcimento del danno da violazione delle regole antimonopolistiche era presente, in Italia, sin dal 1958, anno di entrata in vigore del Trattato Cee, che conteneva una disciplina *antitrust*, direttamente applicabile in Italia. La Commissione europea si rese presto conto del problema del risarcimento del danno per violazione della normativa antimonopolistica e promosse, nel 1963, nell'ambito degli (allora) sei Stati membri, una ricerca intitolata «Il risarcimento dei danni derivanti da una violazione degli artt. 85 e 86 del Trattato che istituisce la Cee»¹⁹.

In Italia, sulla base della considerazione che le norme antimonopolistiche erano volte alla repressione dei comportamenti vietati in materia di concorrenza, si concluse che dei comportamenti vietati di tal specie rientravano nella categoria degli atti di concorrenza sleale, riconducibile a sua volta nella categoria degli illeciti extracontrattuali. Il diritto assoluto protetto dall'art. 2043 c.c. veniva identificato nel diritto soggettivo all'avviamento²⁰.

La necessità di assimilare le norme antimonopolistiche alle norme di concorrenza sleale ha preso avvio dall'impostazione teorica che attribuisce alla normativa *antitrust* natura strettamente pubblicistica, inidonea di per sé ad incidere sulle posizioni soggettive nei rapporti fra privati.

La tesi, inoltre, muove dalla premessa che la tutela risarcitoria sia riconosciuta, ex art. 2043 c.c., soltanto in conseguenza della lesione di diritti sog-

¹⁹ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Collana Studi, Serie Concorrenza*, n. 1, Bruxelles, 1966.

²⁰ Per la conclusione italiana, v. ROTONDI, in COMMISSIONE EUROPEA, *Collana Studi, loc. cit.*, p. 59 ss.

gettivi assoluti. Esclusa la possibilità che la normativa *antitrust* comunitaria sia suscettibile di creare direttamente posizioni giuridiche soggettive di tal specie in capo ai privati – stante la sua natura pubblicistica – si è fatto ricorso alla disciplina della concorrenza sleale, con la conseguenza di escludere dalla tutela risarcitoria diverse categorie di soggetti. Ci si riferisce in primo luogo ai consumatori, ma anche ad altre categorie, quali i fornitori, i dipendenti, i soci delle società autrici degli illeciti anticoncorrenziali. È evidente, infatti, che i soli legittimati, sulla base della tesi in esame, ad agire per un risarcimento dei danni, sarebbero le imprese concorrenti dell'impresa cui è imputabile il comportamento illecito²¹.

Deve tuttavia ricordarsi che la Commissione europea, nella *Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato Cee*²², ha rilevato che «la Commissione è l'autorità amministrativa responsabile dell'ordinamento e dell'attuazione della politica comunitaria della concorrenza e a tal fine deve agire nel pubblico interesse. I giudici nazionali hanno invece la funzione di salvaguardare i *diritti soggettivi dei singoli* nei rapporti che intercorrono tra loro²³». Ed ha aggiunto che «poiché, per loro natura, i divieti sanciti dagli artt. 85 par. 1 e 86 sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli, detti articoli attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare».

Stante questa chiara ammissione, in ambito comunitario, dell'esistenza di diritti soggettivi in capo ai singoli, dovrebbe giungersi alla stessa conclusione quanto al diritto *antitrust* nazionale, se non altro perché l'ordinamento interno, continuamente integrato da quello comunitario, dovrebbe cercare di adeguarsi ai principi informatori di quest'ultimo.

Per tornare allo stato della dottrina in Italia, può comunque ritenersi ormai pacificamente dimostrata la possibilità che la violazione delle norme antimonopolistiche costituisca nel contempo anche atto di concorrenza sleale²⁴;

²¹ Così anche FRIGNANI, *L'azione inibitoria per violazione di norme antitrust nella Cee e nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. ind.*, 1968, I, p. 128 ss.; ivi p. 161.

²² Comunicazione n. 93/C 39/05, in *Guce* n. C 39 del 13 febbraio 1993, p. 6 e in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 812 ss., con nota introduttiva di VEZZOSO. Sulla rilevanza delle comunicazioni nel processo di formazione del diritto comunitario, v. MENGIOZZI, *Diritto privato e diritto comunitario*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, Utet, 1987, vol. 21, in cui si rileva come la stessa Commissione abbia affermato che «Queste comunicazioni rappresenterebbero una guida per le Autorità pubbliche, riguardo ai loro obblighi, e per i cittadini della Comunità, riguardo ai diritti che sono loro garantiti».

²³ Cfr. il punto 4 della Comunicazione, in cui la Commissione fa riferimento alla sentenza della Corte di giustizia del 28 febbraio 1991 in causa n. C-234/89, *Stergios c. Henniger Brau*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 953 ed alla sentenza del Tribunale di primo grado del 18 settembre 1992 in causa n. T-24/90, *Automec c. Commissione*, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1992, n. 2876, p. 1049 ss., anche per altri riferimenti, in cui l'annotatore afferma che «la sentenza in esame apre un nuovo capitolo nella storia della disciplina *antitrust* comunitaria».

²⁴ Per un approfondimento in tema di concorrenza sleale, v. MELI, *Il risarcimento del danno da*

una tale assimilazione consente l'estensibilità di giurisprudenza relativa a casi di concorrenza sleale a fattispecie di violazioni di normativa antimonopolistica.

Dato, comunque, questo punto di partenza - che rende evidente la risarcibilità del danno arrecato ad imprese concorrenti - la dottrina si è mossa ulteriormente al fine di ottenere una tutela risarcitoria in favore di diverse categorie di privati, in primo luogo il consumatore.

Secondo il più moderno orientamento dottrinale, l'art. 2043 c.c. va considerato alla stregua di una clausola generale alla quale ricondurre, ai fini risarcitori, la lesione non necessariamente di diritti soggettivi, bensì di qualsivoglia interesse giuridicamente protetto dall'ordinamento, la cui individuazione viene rimessa all'autorità giudiziaria²⁵. Quest'ultima viene in sostanza a rivestire, nella teoria dell'illecito atipico, un vero e proprio ruolo "creativo", che negli anni ha determinato l'individuazione di nuove fattispecie dannose (si pensi al danno alla salute o danno biologico)²⁶.

Si tratta allora di capire, alla luce della nuova teoria dell'illecito aquiliano, se la normativa *antitrust* sia destinata ad operare oltre che sul piano di diritto pubblico anche su quello di diritto privato e sia quindi idonea, come tale, a proteggere non solo la collettività ma anche i privati, rendendo questi ultimi titolari di situazioni giuridiche tutelate dall'ordinamento. In caso affermativo, la violazione della normativa anticoncorrenziale sarebbe fonte di responsabilità e genererebbe un obbligo risarcitorio a carico dell'autore della violazione, a favore di soggetti (privati) che dovranno essere individuati di volta in volta sulla base degli interessi lesi.

A tal fine è stata condotta un'indagine comparatistica²⁷, avente ad ogget-

concorrenza sleale, in *Nuova giur. civ.*, 1996, II, p. 260.

²⁵ Secondo una tale impostazione, pertanto, l'art. 2043 c.c. non viene più inteso come norma secondaria che, per poter essere attivata e trovare attuazione, richiede la necessaria violazione di un precetto primario contenente il divieto. Detta norma, infatti, contiene di per sé un ampio divieto, i cui confini vengono delineati di volta in volta dalla giurisprudenza e non più soltanto, come accadeva nel sistema anteriore, dal solo legislatore. L'elemento dell'ingiustizia del danno diventa il vero protagonista del panorama risarcitorio, non più legato alla sola lesione di un diritto soggettivo: ingiusta è, dunque, qualsivoglia lesione di un interesse giuridicamente protetto dall'ordinamento. Tale impostazione finisce, in sostanza, per ammettere che anche la semplice diminuzione patrimoniale possa essere fonte di responsabilità per chi l'ha causata, una volta che il giudice accerti la lesione di un interesse giuridicamente protetto, allorché nel regime precedente la diminuzione patrimoniale non era altro che semplice oggetto dell'obbligazione risarcitoria ex art. 1223 c.c. In dottrina v. sul punto: RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964; ALPA - BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, Milano, Giuffrè, 1981; ID., *I fatti illeciti*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, cit. supra, nota 22, vol. XIV; GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, I, p. 284; VISINTINI, *Itinerario dottrinale sulla ingiustizia del danno*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 73 ss.; PONZANELLI, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992.

²⁶ Pur venendo meno, con la teoria dell'illecito atipico, quella certezza del diritto, assicurata dal precedente sistema in cui era il legislatore ad individuare le ipotesi tassative in cui ammettere il risarcimento del danno ex art. 2043 c.c., il ruolo creativo della giurisprudenza consente un maggior adeguamento alle più disparate situazioni che possono verificarsi nella pratica e che difficilmente il legislatore avrebbe potuto prevedere al momento della codificazione.

²⁷ Cfr. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della*

to la normativa comunitaria antimonopolistica (sulla falsariga della quale è stata redatta la legge n. 287/90), dalla quale è risultato un contenuto non prettamente pubblicistico della suddetta normativa, ritenuta idonea come tale a creare anche diritti soggettivi in capo ai privati, i quali, in ragione di tale titolarità, dovranno ricevere idonea tutela da parte dei giudici nazionali²⁸.

Per giungere a tali conclusioni, la dottrina si è preoccupata di verificare se il Trattato Ce nella sua versione originaria, nonché a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Maastricht, contenga indicazioni utili ulteriori, relative ai valori e alle priorità che possano condizionare l'applicazione del principio generale di tutela della concorrenza²⁹. È stata messa in rilievo la forte componente solidaristica che caratterizza gli scopi della Comunità, laddove all'esigenza di realizzare una crescita economica, nell'ambito di un unico mercato comunitario, viene affiancata l'esigenza del perseguimento di finalità ad altissimo contenuto sociale (come il rispetto per l'ambiente, la realizzazione di un elevato livello occupazionale, la protezione degli individui, l'esigenza di un generalizzato miglioramento del tenore e della qualità della vita, la generale solidarietà tra Stati membri)³⁰.

La ricostruzione del concetto di concorrenza propria della disciplina di ciascuno Stato membro non può, dunque, prescindere dallo spiccato senso solidaristico che permea il sistema comunitario; e la disciplina nazionale, di riflesso, non potrà non penalizzare quei comportamenti che, pur favorendo una crescita di tipo economico, finiscano di fatto per ledere alcune categorie di soggetti deboli, come i consumatori³¹.

Tali prospettive appaiono del resto in linea con la moderna lettura dell'art. 41 Cost., del quale la normativa *antitrust* sembra rappresentare, almeno fino ad ora, la più importante espressione³². L'individuazione di un principio costituzionale su cui incardinare la *ratio* dell'intera normativa *antitrust* consente di rafforzare la costruzione della teoria che vede i privati titolari di situazioni giuridiche soggettive e della conseguente legittimazione ad agire

normativa antitrust, Milano, Giuffrè, 1996, p. 19 ss.

²⁸ La stessa Corte di giustizia è orientata a riconoscere, a favore dei singoli, la natura di diritti soggettivi alle posizioni giuridiche create dalle norme del Trattato in materia di concorrenza.

²⁹ In questo senso TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno*, cit. *supra*, nota 27, p. 118.

³⁰ Sulla questione si rinvia a COMMISSIONE EUROPEA, *Crescita, competitività, occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo. Libro bianco*, Bruxelles-Lussemburgo, 1993.

³¹ In argomento v. DENOZZA, *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 29 ss.

³² La legge *antitrust* si apre con un articolo in cui si dichiara che la legge stessa è emanata in attuazione dell'art. 41 Cost. In argomento v. PICCIOLI, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza (c.d. legge antitrust)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 43 ss. Per una ricostruzione dei dibattiti che hanno accompagnato la formulazione dell'art. 41 Cost. v. AA. VV., *La Costituzione economica*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, t. I, Padova, Cedam, 1977, p. 139.

qualora subissero un danno ingiusto.

L'art. 41 Cost., comma 1, sancisce il principio costituzionale della libera iniziativa economica, il quale, consentendo l'individuazione degli interessi che l'ordinamento intende tutelare nella normativa *antitrust*, dà modo all'interprete di individuare agevolmente l'elemento dell'ingiustizia, necessario ai fini della tutela risarcitoria di cui all'art. 2043 c.c.

Invero, il senso del richiamo della norma costituzionale da parte della legge n. 287/90 non va colta soltanto nella tutela della libertà di intraprendere un'attività economica, ma anche nel tentativo di offrire protezione al principio di utilità sociale³³, cui si affiancano quelli di sicurezza, di libertà e dignità umana (principi richiamati dall'art. 41, comma 2, Cost.): il legislatore, pur consentendo a chiunque di intraprendere liberamente un'attività economica, pone dunque come limite ulteriore ed invalicabile quello rappresentato dall'utilità sociale.

Anche nel sistema costituzionale, come in quello comunitario, quindi, è possibile rintracciare una forte componente solidaristica, che viene successivamente fatta propria dalla normativa *antitrust* dal momento in cui dà attuazione all'art. 41 Cost.³⁴.

Nell'ambito della legge n. 287/90, l'unica norma che ha ad oggetto la tutela risarcitoria è l'art. 33, rubricato «competenza giurisdizionale», il quale al comma 2 dispone che «le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV, sono promossi davanti alla corte d'appello competente per territorio»³⁵.

³³ Sul significato da attribuire al concetto di utilità sociale v. LIBERTINI, *La regolazione amministrativa del mercato*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit. supra, nota 32, vol. III, p. 476; FENGHI, *Programmazione economica e modo di produzione capitalistico*, ivi, vol. I, p. 235 ss.

³⁴ V. sul punto TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno*, cit. supra, nota 27, p. 152-153. L'Autore precisa che «la normativa *antitrust* è, in altre parole, l'espressione della scelta, fatta propria dalla Costituzione, per un sistema di libero mercato orientato a fini sociali, e di tale scelta è anche il generale e principale garante».

³⁵ Nell'ambito della giurisprudenza inerente la competenza della Corte d'appello per le ipotesi di violazione della legge *antitrust*, v. sent. Trib. Roma dell'11 ottobre 1993, *Soc. Alfarma c. Soc. Farminindustria*, in *Rass. dir. farmaceutico*, 1994, p. 43, in cui si precisa che «la competenza esclusiva della Corte d'appello, disposta dall'art. 33, c. 2, l. n. 287/90 per le azioni di nullità e di risarcimento del danno, comprende, in forza di una interpretazione estensiva della norma, anche i comportamenti anticoncorrenziali diversi dagli accordi di natura negoziale suscettibili di dichiarazione di nullità, come i semplici comportamenti di cui viene chiesto l'accertamento del carattere illecito». Nell'ambito di questa categoria di sentenze, vanno segnalate quelle che estendono ulteriormente l'ambito di competenza dell'organo suddetto con riferimento ai provvedimenti cautelari. La prevalente giurisprudenza, comunque, è nel senso di ammettere la competenza della Corte d'appello solo rispetto a provvedimenti cautelari che siano funzionalmente correlati alla dichiarazione di nullità o alla pronuncia di risarcimento del danno. V., in questo senso, sent. Corte App. Roma del 14 gennaio 1993, in *Foro it.*, 1993, I, c. 3377 e sent. Corte App. Roma del 20 agosto 1993, in *Dir. informaz. Informat.*, 1994, p. 972. In quest'ultima si statuisce che «la competenza della Corte d'appello per la tutela cautelare d'urgenza del giudice ordinario in materia *antitrust* non è generale, ma limitata alla materia già riservata alla cognizione giudiziaria della stessa Corte, ossia alle azioni di nullità e di risarcimento del danno», specificando che «la Corte d'appello può adottare solo misure

La dottrina ha cercato di individuare la *ratio* della norma di cui all'art. 33 ricostruendo la volontà del legislatore attraverso i due disegni di legge presentati dalle diverse forze politiche³⁶; pur nella diversità di talune scelte fondanti, essi presentavano un elemento comune fondamentale per la tematica trattata: entrambi infatti miravano a far sì che la violazione dei divieti contenuti nella legge legittimasse ad agire per il risarcimento del danno chiunque fosse stato danneggiato.

Da tale ricostruzione si è finito per individuare una valenza dell'art. 33 non solo processuale ma anche sostanziale, allorché consentirebbe ai privati di poter reagire alle violazioni della normativa *antitrust*, esperendo l'azione risarcitoria di fronte all'Autorità giudiziaria ordinaria.

Anche la ricostruzione storica dell'art. 33 inerente la tutela risarcitoria sta, in sostanza, a confermare quell'interpretazione dottrinale orientata ad ammettere una legittimazione ad agire generale, che consente a chiunque sostenga di aver subito un danno, derivante dalla violazione della normativa *antitrust*, di poter esperire l'azione di risarcimento.

In definitiva, sulla base delle considerazioni fin qui esposte, alle quali si affiancano quelle relative alla tutela che il sistema comunitario e la giurisprudenza della Corte di giustizia comunitaria accordano al privato nell'ambito del sistema concorrenziale, parte della dottrina, pur nella consapevolezza di

strumentali alle pronunce di nullità e di risarcimento del danno devolute alla sua cognizione e non misure cautelari anticipatorie degli effetti dei provvedimenti di competenza dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato». Nello stesso senso v. sent. Corte App. Roma del 21 dicembre 1993, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3518 («In materia di *antitrust*, la Corte d'appello può adottare provvedimenti d'urgenza preordinati solo alle pronunce di nullità e di risarcimento del danno, devolute alla sua cognizione»). Si precisa da ultimo, in sent. Corte App. Catanzaro del 3 luglio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2359, che «in materia di *antitrust*, la Corte d'appello non può emettere provvedimenti cautelari che hanno gli stessi effetti dei rimedi inibitori di competenza dell'Autorità garante, ma solo misure finalizzate ad anticipare gli effetti delle pronunce di nullità o di risarcimento danni, devolute alla propria cognizione». Altre pronunce, invece, hanno esteso quasi illimitatamente la competenza della Corte d'appello con riferimento ai provvedimenti cautelari; v., in particolare, sent. Corte App. Bologna del 20 settembre 1995, in *Giur. dir. ind.*, 1996, p. 453, in cui si precisa che «ai sensi del secondo comma dell'art. 33 l. *antitrust* spetta alla Corte d'appello una generale competenza ad adottare i provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. in ogni ipotesi di violazione delle disposizioni dei titoli dal primo al quarto della l. 10 ottobre 1990, n. 287; ciò vale anche quando tali violazioni esulino dall'ambito delle azioni di nullità e di risarcimento del danno o siano compiute dall'autorità amministrativa in pregiudizio a posizioni di diritto soggettivo o a queste assimilabili»; sent. Corte App. Torino del 17 febbraio 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 288: «la competenza funzionale della Corte d'appello ex art. 33, secondo comma, l. 287/90, non è limitata alle sole misure d'urgenza anticipatorie degli effetti delle pronunce di nullità e di risarcimento del danno bensì si estende a qualsiasi provvedimento cautelare fondato su una violazione della legge *antitrust*; cosicché si può ricorrere all'art. 700 c.p.c. per fronteggiare un abuso di posizione dominante o salvaguardare il diritto all'autoproduzione».

³⁶ La legge n. 287/90 nasce come elaborazione e sintesi di due diversi disegni di legge: il disegno di legge di iniziativa governativa n. 240 (Senato, 1988), c.d. disegno di legge Battaglia, incentrato sull'applicazione della legge da parte di un'Autorità amministrativa indipendente, ed il disegno di legge n. 1202 (Senato, 1988), c.d. disegno di legge Rossi, progetto della sinistra indipendente, in cui era preminente il ruolo del giudice nell'applicazione del diritto della concorrenza. Per una compiuta ricostruzione del dibattito parlamentare che ha condotto all'approvazione della legge 287/90 e delle differenti filosofie di fondo sottostanti ai due disegni di legge, v. DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano*, Milano, Giuffrè, 1990.

non poter affermare *tout court* la legittimazione ad agire dei privati per i danni subiti a seguito della violazione della normativa *antitrust*, si muove comunque, come si diceva, nel tentativo di favorire l'allargamento dell'area di protezione del privato, dimostrando come l'ambito di attuazione della normativa in commento non sia di tipo meramente pubblicistico.

L'azione dei singoli, secondo tale impostazione, deve essere valutata favorevolmente dal sistema in quanto tesa ad agevolare l'attività di repressione di pratiche illecite, tenendo ben presente il ruolo che l'imprenditore è chiamato a svolgere nell'ambito del mercato: vale a dire farsi carico - in ragione di un generale dovere di correttezza, espressione della funzione sociale cui deve informarsi l'attività economica, e del maggior flusso di informazioni di cui egli dispone nel mercato in cui opera - della protezione della propria clientela dagli effetti che le sue violazioni possono determinare³⁷.

Comunque, in base all'orientamento, cui si accennava, fondato sull'assimilazione degli illeciti *antitrust* ad atti di concorrenza sleale, deve ritenersi che l'azione risarcitoria - come anche quella inibitoria - in materia *antitrust* richieda un *nesso di causalità diretta* fra il comportamento anticompetitivo ed il pregiudizio sofferto dal consumatore finale.

In tal senso è risultato difficile - e spesso è stato escluso in giurisprudenza³⁸ - elevare l'interesse indiretto del consumatore al corretto funzionamento concorrenziale del mercato a situazione giuridica soggettiva *direttamente* lesa da comportamenti anticompetitivi e come tale tutelabile dal giudice ordinario ex art. 2043 c.c.

Parte della dottrina, a seguito di approfondite analisi concernenti il ruolo delle associazioni dei consumatori nell'ambito della disciplina *antitrust*, ha escluso che alla loro legittimazione procedimentale possa conseguire una legittimazione processuale³⁹.

Bisogna rilevare, tuttavia, che c'è stato anche chi non ha avuto alcuna difficoltà ad ammettere una legittimazione dei singoli consumatori ad agire in giudizio tanto per la dichiarazione di nullità delle intese vietate quanto per il

³⁷ Cfr. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno*, cit. *supra*, nota 27, p. 323 ss.

³⁸ Cfr. ordinanza Corte cost., 21 gennaio 1988, n. 59, che ha escluso la legittimazione ad agire di enti che avessero finalità diverse dal potenziamento del commercio; cfr. altresì sent. Cass., sez. I, del 4 marzo 1999, n. 1811, in cui, a seguito di una domanda di nullità, da parte di un utente, - per contrasto con gli artt. 85 e 86 del Trattato - di una fideiussione bancaria che riproponeva il contenuto di NBU, si escludeva la legittimazione all'azione, con questa motivazione: «destinatari diretti delle norme in questione [artt. 85 e 86 del Trattato] sono pertanto gli imprenditori commerciali, legittimati ad avvalersene per ottenere l'effettiva libertà di concorrenza: l'utente singolo potrebbe trarre vantaggio in fatto, solo in via riflessa ed indiretta, dai generali benefici della libera concorrenza di mercato, ma non può ritenersi direttamente investito della legittimazione giuridica a dolersi di asserite violazioni poste in essere da un'impresa o da un gruppo di imprese».

³⁹ Cfr. SCUFFI, *Il giudizio di merito antitrust ed il processo di concorrenza sleale*, in TAVASSI - SCUFFI, *Diritto Processuale Antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998.

risarcimento di danni sofferti a causa del comportamento vietato⁴⁰. Ferma, infatti, l'impostazione che richiede l'esistenza di un nesso causale fra la condotta lesiva della concorrenza e l'evento dannoso, è comunque configurabile una tutela civilistica del consumatore nel caso in cui lo stesso sia controparte diretta dell'impresa cui è imputabile la condotta illecita⁴¹.

Una tale situazione è ravvisabile tanto nel caso di abuso di posizione dominante consistente nell'imporre prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose - art. 3, lett. a., legge n. 287/90 – quanto nel caso in cui un'impresa partecipante ad un'intesa lesiva applichi, nei confronti della clientela, delle condizioni contrattuali più onerose di quelle che avrebbe applicato in un contesto concorrenziale.

Si tratta di una fattispecie in cui è evidentemente sussumibile la condotta delle banche appartenenti al «Gruppo degli Amici della Banca»⁴², che hanno mantenuto la commissione d'intervento valutario sui bonifici transfrontalieri in valute IN. Visto che il consumatore finale, in un caso come questo, è la diretta vittima del comportamento anticompetitivo, sembra opportuno che ottenga, sulla base di quanto esposto, una tutela risarcitoria da parte dell'ordinamento.

3. *Elementi di novità introdotti dalla legge n. 281 del 30 luglio 1998*⁴³ recante norme in materia di disciplina dei consumatori e degli utenti

Come è noto, i punti maggiormente qualificanti della legge in parola sono: il riconoscimento e la tutela di diritti fondamentali – individuali e collettivi – dei consumatori e degli utenti; la legittimazione ad agire al fine di tutelare quei diritti, sia da parte dei singoli consumatori sia da parte delle associazioni degli

⁴⁰ Cfr. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 668 e p. 671.

⁴¹ Deve tuttavia rilevarsi che, un orientamento consolidato in giurisprudenza esclude la necessità della prova del nesso causale per ottenere una condanna generica al risarcimento del danno. Mancando precedenti in materia *antitrust*, si ritiene possibile un'estensione, ai nostri fini, delle sentenze in tema di risarcimento dei danni causati da concorrenza sleale. In particolare, una giurisprudenza costante ammette l'accoglimento della domanda di condanna generica al risarcimento del danno da concorrenza sleale qualora il fatto doloso o colposo accertato sia *potenzialmente* produttivo di conseguenze dannose secondo un criterio anche di semplice possibilità, «laddove la prova dell'esistenza in concreto del danno, della sua reale entità e del suo rapporto eziologico con la condotta del presunto autore va riservata al successivo separato giudizio di liquidazione». Cfr. sent. Trib. Catania del 19 febbraio 1993, in *Giur. dir. ind.*, 1993, p. 439. Nello stesso senso cfr. sent. 4 luglio 1990, in *Foro pad.*, 1990, I, p. 295; sent. Corte App. Genova del 31 agosto 1991, in *Giur. dir. ind.*, 1992, p. 216 e sent. Trib. Modena del 13 aprile 1992, in *Giur. dir. ind.*, 1993, p. 151. V. *contra* sent. Trib. Milano del 3 giugno 1993, in *Giur. dir. ind.*, 1993, p. 603, in cui si statuisce che «deve essere rigettata la domanda di risarcimento del danno derivante dalla (...) attività di concorrenza sleale posta in essere dal convenuto se l'attore non ha in alcun modo comprovato il danno sofferto, né ha indicato i parametri per una valutazione pur equitativa del danno medesimo».

⁴² Cfr. Prov. BI n. B216, in *Bollettino AGCM* n. 1-2/2000.

⁴³ Pubblicata in *Guri* n. 189 del 14 agosto 1999.

stessi⁴⁴; la costituzione di un Consiglio Nazionale delle associazioni.

Parte della dottrina ha ritenuto di ravvisare dei nuovi orizzonti della tutela giurisdizionale anche nell'ambito della disciplina *antitrust*, in base alla generale legittimazione ad agire accordata dalla legge n. 281/98 alle associazioni dei consumatori⁴⁵.

Al contrario, c'è stato chi ha escluso tassativamente che la legge in parola possa applicarsi ai casi che formano oggetto del nostro studio⁴⁶, spiegando che la legittimazione ad agire è conferita alle associazioni esclusivamente con riferimento ai diritti fondamentali riconosciuti a consumatori ed utenti dall'art. 1⁴⁷, fra i quali non figura quello alla tutela della concorrenza.

Effettivamente, allo stato, considerando il silenzio della legge n. 287/90 su questo tema e mancando chiari precedenti giurisprudenziali, sarebbe azzardato riconoscere *tout court* l'esistenza di una generale legittimazione del consumatore – sia da solo sia tramite le associazioni rappresentative – ad agire processualmente per violazione delle disposizioni *antitrust*.

Occorre peraltro ricordare che l'art. 1 della legge n. 281/98 qualifica come diritti fondamentali «la correttezza, la trasparenza e l'equità nei rapporti contrattuali riguardanti beni e servizi». Per ritornare al caso – già citato – del Gruppo degli Amici della Banca, di sicuro non è qualificabile come corretto, trasparente ed equo, nei confronti della clientela, il comportamento di un'impresa che partecipi ad un'intesa lesiva della concorrenza (la quale, senza dubbio, si traduce nel praticare, nei confronti della clientela, prezzi e condizioni più onerosi di quelli che si avrebbero in un contesto di competitività). In questo senso, l'applicabilità della legge n. 281/98 con riferimento alla legge *antitrust* potrebbe aversi attraverso un'interpretazione che riconduca il valore della concorrenza alle ampie enunciazioni di principio contenute nell'art. 1⁴⁸.

⁴⁴ La garanzia dei diritti oggetto di tutela si concreta nella legittimazione a chiedere al giudice competente: l'inibitoria degli atti e comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; l'adozione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; la pubblicazione del provvedimento, qualora questo possa contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

⁴⁵ Un autore che accenna al discorso, ma che non lo approfondisce, è SCUFFI, in *Azione collettiva in difesa dei consumatori: legittimazione e tecniche processuali*, in *Dir. ind.*, 1999, 2, p. 151 ss.

⁴⁶ Cfr. CASSINIS - FATTORI, *Disciplina antitrust, funzionamento del mercato*, cit. *supra*, nota 10, p. 426.

⁴⁷ Si tratta, in particolare, di: tutela della salute, sicurezza e qualità dei prodotti e dei servizi, adeguata informazione e corretta pubblicità, educazione al consumo, correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali riguardanti beni e servizi, promozione e sviluppo dell'associazionismo tra consumatori, erogazione di servizi pubblici in base a standard di qualità e di efficienza.

⁴⁸ In tal senso, v. TOFFOLETTO - STABILINI, *Tutela giurisdizionale collettiva dei diritti dei consumatori e legge «antitrust»*, in BARBA (a cura di), *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (l. 30 luglio 1998, n. 281)*, Napoli, Jovene, 2000. V. *contra*, FARO, *Tutela del consumatore*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, diritto amministrativo speciale*, Milano, Giuffrè, 2000, t. III, p. 3099 ss., in cui non è ravvisato, tra i diritti fondamentali dei consumatori, quello della concorrenza in termini generali.

C'è stato anche chi, in dottrina, non ritenendo attuabile questa "interferenza" della legge a tutela dei consumatori con la legge n. 287/90, ha criticato aspramente l'assenza di riferimenti alla concorrenza ed al mercato nella legge n. 281/98, definendola un'occasione inspiegabilmente non sfruttata dal legislatore nazionale⁴⁹.

4. *Autonomia del divieto di intese rispetto alle potestà delle Autorità di controllo: applicabilità diretta davanti al giudice ordinario*

Da quanto appena esposto emerge che gran parte della dottrina spinge ampiamente verso la risarcibilità dei danni sofferti dal privato a causa di comportamenti anticompetitivi; appare opportuno chiedersi se, al fine di azionare la tutela giurisdizionale nei confronti di violazioni della normativa *antitrust*, sia necessaria o meno la preventiva adozione di un provvedimento di condanna da parte dell'Autorità amministrativa⁵⁰.

Nel caso di violazione di normativa *antitrust* di matrice comunitaria, potrà indubbiamente avvenire – per motivi di certezza del diritto – che il giudice ordinario sospenda il processo qualora venga a conoscenza della pendenza di un procedimento amministrativo dinanzi alla Commissione. Tuttavia, da un lato non è detto che l'eventuale apertura di un giudizio amministrativo debba interferire nel giudizio civile; dall'altro, in caso di sospensione, è certo che gli esiti degli accertamenti della Commissione, così come la decisione della Commissione stessa, non costituiscono un fattore di vincolo per il giudice ordinario⁵¹.

In effetti, può ritenersi – e la considerazione è estensibile ai nostri fini – che i provvedimenti giurisdizionali e quelli amministrativi siano destinati ad operare su piani diversi e, tutto sommato, indipendenti⁵².

Tali assunti sono stati rigettati, riguardo alla normativa italiana, da Giorgio Oppo. L'Autore, infatti, ha affermato che l'intervento dell'Autorità am-

⁴⁹ Cfr. COLAGRANDE, *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 4/1998, p. 700 ss.

⁵⁰ Che si tratti della Commissione europea nel caso di violazione dell'art. 81 del Trattato o dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (o della Banca d'Italia) nel caso di violazione della disposizione di cui all'art. 2 della legge 287/90.

⁵¹ Cfr. *Comunicazione della Commissione europea n. 93/C 39/05, cit. supra*, nota 22, punto 20. Tale orientamento della Commissione è maggiormente rilevante se confrontato con una pronuncia della Corte di giustizia che, in riferimento alle regole antimonopolistiche di cui al Trattato CECA, ha asserito: «Avendo la Commissione competenza esclusiva ad accertare le violazioni degli artt. 65 e 66, n. 7, del Trattato CECA in materia di intese e abuso di posizione dominante, i giudici nazionali non possono essere validamente aditi con una domanda di risarcimento danni in mancanza di una decisione della Commissione adottata nell'ambito di tale competenza». Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 aprile 1994 in causa n. C-128/92, *H. J. Banks co. Ltd. c. British Coal. corp.*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1209.

⁵² I provvedimenti giurisdizionali sono destinati a fare stato fra le parti, una volta resi nell'ambito di una controversia fra privati; quelli amministrativi riguardano il presunto autore dell'illecito ed il suo rapporto con l'Autorità amministrativa.

ministrativa, con riferimento alle intese, «è necessario ad integrare il presupposto della nullità: è nulla l'operazione giudicata lesiva della concorrenza dall'Autorità garante nel rispetto dei criteri posti dalla legge»⁵³. Tali ultimi criteri, per la precisione, sono quelli cui rispondono quelle intese che «abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante», come previsto dall'art. 2 della legge n. 287/90.

In realtà, si ritiene che l'operare del divieto sia assolutamente automatico, in seguito alla semplice stipulazione dell'intesa vietata. (Da ciò discende la conseguente azionabilità della posizione soggettiva eventualmente lesa dinanzi al giudice ordinario.)

Occorre sottolineare, tuttavia, che l'Autore citato giunge ad una tale formulazione basandosi sul criterio territoriale presente nel divieto di cui all'art. 2 della legge n. 287/90⁵⁴. Sembra peraltro che il riferimento territoriale presente nell'art. 2 (al mercato nazionale o ad una sua parte rilevante) non differenzi concettualmente la norma da quella prevista nell'art. 81 del Trattato, che invece consente di colpire le intese suscettibili di pregiudicare il commercio interstatale. Si ritiene⁵⁵ che la funzione del criterio territoriale sia esclusivamente quella di individuare il diverso campo di applicazione delle due normative, non avendo l'effetto di conferire all'Autorità italiana alcuna discrezionalità.

Oltretutto, anche se dal testo dell'art. 2 si evince che non tutte le intese sono vietate, è altresì vero che la normativa in parola non assegna all'Autorità alcun potere esclusivo di intervento per l'individuazione della violazione.

Per di più, dovrebbe essere pacifico che non esiste alcun potere discrezionale dell'Autorità amministrativa che, in presenza dei requisiti di cui all'art. 2, dovrà comminare le sanzioni pecuniarie previste dall'art. 15, a meno che intenda concedere un'esenzione ai sensi dell'art. 4. È da rilevare che mentre il giudizio di meritevolezza dell'autorizzazione è riservato (esclusivamente) all'Autorità amministrativa, il giudizio riguardante l'illiceità dell'intesa è demandato all'Autorità giudiziaria ordinaria quanto alle conseguenze civilistiche (nullità e risarcimento del danno) e all'Autorità amministrativa quanto alle conseguenze sul piano del diritto amministrativo (sanzioni pecuniarie)⁵⁶.

⁵³ In *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 545 ss.

⁵⁴ Il divieto in parola non colpisce tutte le intese anticoncorrenziali, ma soltanto quelle suscettibili di avere un impatto consistente sul gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

⁵⁵ Sul punto si veda TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno*, cit. *supra*, nota 27, p. 46.

⁵⁶ Cfr. nota precedente.

Per quanto concerne quest'ultimo giudizio, indubbiamente non possono escludersi delle connessioni fra i procedimenti dinanzi alle due Autorità, ma non è ammissibile l'idea che la nullità sia accertabile ed un risarcimento sia accordato ad opera del giudice ordinario soltanto una volta che sia intervenuto un provvedimento, da parte dell'Autorità amministrativa, che abbia accertato la violazione.

Diversa sarebbe la situazione, nel caso in cui l'intesa fosse notificata al fine di ottenere un'esenzione ai sensi dell'art. 81, par. 3, del Trattato o dell'art. 4 della legge n. 287/90.

Per completezza, deve dirsi che da parte di alcuno è stato sostenuto che «neppure un provvedimento amministrativo che qualifichi l'intesa come esclusa dal campo di applicazione della normativa, sia nella forma della attestazione negativa, sia nella forma della *comfort letter*, dovrebbe poter impedire all'A.G.O. di raggiungere conclusioni diverse e dichiarare nulla l'intesa»⁵⁷.

Si ritiene, tuttavia, di poter contestare un tale orientamento, soprattutto sulla scorta della giurisprudenza in tema di concorrenza sleale – come tale estensibile ai nostri fini⁵⁸ – che specifica che gli atti oggetto di pronuncia, per essere sanzionati (anche con provvedimenti d'urgenza) richiedono, pur sempre, l'esistenza di una colpa provata (per la condanna anche al risarcimento del danno) o presunta (ai sensi dell'art. 2600 c.c.: «Accertati gli atti di concorrenza, la colpa si presume»); ma «la colpa va esclusa quando il comportamento che si assume costituire violazione di norme pubblicistiche ha formato oggetto di espressa autorizzazione, sia essa legittima o illegittima, da parte delle autorità, poiché questa è tale da ingenerare la più che legittima ipotizzazione di una condotta lecita»⁵⁹.

Da un altro punto di vista, come si accennava, l'Autorità amministrativa, tanto a livello comunitario⁶⁰, quanto a livello nazionale, è l'unico organo dotato del potere di autorizzare una deroga al divieto, concedendo un'esenzione, individuale o per categoria.

⁵⁷ Così TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno*, cit. *supra*, nota 27, p. 45.

⁵⁸ L'estensione in parola è consequenziale all'assimilazione, cui precedentemente si è fatto cenno, tra atti in violazione delle norme *antitrust* e atti di concorrenza sleale.

⁵⁹ Così sentenza del Trib. Genova del 5 luglio 1989, in *Giur. dir. ind.*, 1989, p. 491.

⁶⁰ Cfr. art. 9, c. 1, regolamento n. 17/62 del Consiglio del 6 febbraio 1962. Si noti, tuttavia, che il 16 dicembre 2002 è stato approvato il regolamento n. 1/2003 del Consiglio, 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, recante modifica agli attuali regolamenti di applicazione, tra i quali anche il citato regolamento n. 17/62. Nell'ambito del nuovo regolamento, che troverà applicazione a decorrere dal 1° maggio 2004, ha particolare rilevanza – ai fini delle considerazioni fin qui svolte – la previsione secondo la quale competenti ad applicare gli artt. 81 e 82 saranno anche le autorità nazionali garanti della concorrenza e gli organi giudiziari degli Stati membri. A ciò consegnerà l'abolizione dell'attuale sistema di esenzione caratterizzato dalla competenza esclusiva della Commissione, nonché la validità e l'efficacia, *ab initio*, delle intese che soddisfano le condizioni di cui all'art. 81 par. 3 del Trattato, senza che, a tal fine, sia necessaria una decisione amministrativa.

Viene da sé che fino a che l'Autorità amministrativa non si sia pronunciata in merito all'esenzione il giudice ordinario potrà giudicare indipendentemente e senza alcun vincolo; invece, allorché sia intervenuta una decisione di esenzione, «considerato che questo potere deve essere inquadrato fra le manifestazioni di una potestà pubblica ad essa riconosciuta, il giudice ordinario viene spogliato della giurisdizione sulla validità dell'intesa, rimanendo vincolato dal provvedimento amministrativo⁶¹, che è anzi tenuto a far rispettare ed eseguire ove richiesto»⁶².

II. La risposta americana alle violazioni delle regole di concorrenza: *Class Action complaint for violation of Federal Antitrust Laws*

1. *La class action – natura e base giuridica*

La *class action* è un istituto, caratteristico del sistema processuale federale nord-americano, la cui *ratio* è rintracciabile nell'intento di limitare il numero di procedimenti giudiziari per esigenze di uniformità di giudicato e di economia processuale⁶³.

Nell'aprile del 2000 è stata notificata una *damages class action* (un'azione di categoria per risarcimento danni) nei confronti di diciassette banche aventi sede legale in diversi Stati, tra cui l'Italia, invocando le *Rule 23 (a) e 23 (b)(3)*⁶⁴.

Indipendentemente dal caso concreto (su cui comunque si tornerà brevemente in seguito), è possibile delineare le caratteristiche peculiari dell'azione in parola proprio esaminando le disposizioni normative della *Rule 23*.

In queste ipotesi normative l'attore è legittimato ad agire (ed il convenuto è legittimato a stare in giudizio) in rappresentanza della categoria per far valere un interesse comune a tutti i membri che compongono la categoria stessa.

In altre parole, una persona è legittimata ad agire da sola per conto di tutti i membri della categoria e con effetto su questi allorquando ne rappresenta gli interessi, avendo uno *status* analogo al loro. La particolarità di questa azione, infatti, si concreta nell'estensione del giudicato *ultra partes* e nella conseguente tutela degli interessi diffusi.

Costituiscono presupposti di una *class action*, così come definiti dalla

⁶¹ Per il profilo comunitario, cfr. *Comunicazione della Commissione europea n. 93/C 39/05*, cit. *supra*, nota 22, punti 24 ss.

⁶² V. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno*, loc. cit., p. 59.

⁶³ L'istituto in parola è attualmente disciplinato dalla *Federal Rule 23*, inserita nelle *Federal Rules of Civil Procedure*, così come novellata nel 1966. Per un approfondimento si consulti GIUSSANI, *Studi sulle «class actions»*, Padova, Cedam, 1996, p. 385.

⁶⁴ Proprio questa norma si riferisce alle *Damages Class Action*.

Rule 23 (a):

- i.* l'impossibilità di chiamare in causa tutti i membri della categoria, stante l'elevato numero degli stessi;
- ii.* la comunanza a tutti i membri di questioni di fatto o di diritto;
- iii.* il fatto che le azioni o le eccezioni dell'attore corrispondano, rispettivamente, alle azioni ed alle eccezioni della categoria;
- iv.* l'adeguata protezione degli interessi comuni all'intera categoria da parte dell'attore.

Nella suddivisione (b) della stessa *Rule 23* è operata una tipizzazione dei criteri alternativi cui sono subordinate l'attivazione e la prosecuzione di una azione come *class action*.

Nel nostro caso spetta al giudice adito la valutazione in concreto dell'esistenza di questioni di fatto o di diritto comuni all'intera categoria di soggetti, nonché della prevalenza delle stesse rispetto a questioni di fatto o di diritto che si riferiscano esclusivamente a singoli membri della categoria.

Nell'esercizio di un tale potere discrezionale, l'autorità giudicante deve rifarsi a quattro parametri: l'eventuale interesse dei singoli all'azione (o alla difesa) separata; la pendenza di una loro azione concernente la controversia; l'opportunità di riunire eventuali procedimenti in essere; le attendibili difficoltà nella gestione di una *class action*.

Valutata positivamente l'esistenza di tutti i requisiti, il giudice adito *certifies* l'azione (è una sorta di omologazione); conseguentemente ordina di pubblicizzare la certificazione nelle dovute forme, in maniera tale da permettere a coloro i quali si identifichino come membri della categoria di esercitare il diritto di escludersi dalla categoria interessata dall'azione.

a. In concreto: la categoria e le questioni oggetto del procedimento

Nell'atto di citazione notificato alle banche italiane la categoria è definita come l'insieme dei privati (persone fisiche e giuridiche) che negli Stati Uniti hanno pagato commissioni di cambio estero a tassi superiori a quelli di mercato (*have paid foreign exchange fees at supra-competitive rates*), a causa della fissazione, da parte delle banche, delle commissioni applicabili alla clientela relativamente al cambio delle valute che compongono l'euro.

Il pagamento di tali commissioni, secondo l'attore, sarebbe cominciato negli Anni Ottanta e sarebbe stato perdurante fino ad oggi. L'arco temporale coperto dalla *class action* è definito *class period*.

Le questioni, di fatto e di diritto, comuni alla categoria ed oggetto del procedimento, possono essere così individuate:

- i.* se le banche convenute abbiano cospirato fra di loro e con altri per incrementare, fissare e stabilizzare le commissioni di cambio pagate dalla cate-

goria per il cambio di una valuta europea in un'altra;

ii. se una tale condotta delle convenute abbia violato le leggi federali a tutela della concorrenza e di conseguenza abbia causato danni all'attore ed alla categoria;

iii. se le convenute abbiano tentato di occultare fraudolentemente l'intesa consistente nella fissazione delle commissioni di cambio.

b. Il coinvolgimento delle banche italiane

Nell'atto di citazione si mette in rilievo, da parte dell'attore, che le banche convenute - tra cui quelle italiane - avevano, nel *class period*, filiali stabilite negli Stati Uniti.

Si assume, inoltre, che il periodo in esame è stato caratterizzato da un continuo ed ininterrotto flusso di transazioni in (e di scambi di) valute appartenenti all'area dell'euro nel commercio interstatale tra gli Stati Uniti ed il resto del mondo.

Il motivo per cui banche italiane sono state convenute per risarcimento danni è da rintracciare nel già citato⁶⁵ provvedimento della Banca d'Italia del 18 gennaio 2000 nel caso Gruppo degli Amici della Banca.

Com'è noto, a seguito delle indagini dell'Autorità *antitrust* competente nel settore del credito, è emerso che le banche erano solite partecipare a riunioni (di cui non erano state informate né la Banca d'Italia né l'ABI), realizzando, in tali sedi, un sistematico scambio di informazioni sensibili sotto il profilo concorrenziale e che non potevano essere considerate di carattere storico: dalla documentazione è risultato che i dati oggetto delle comunicazioni si riferivano ad uno o due mesi precedenti la riunione e concernevano, per quello che interessa in particolare la *class action*, i prezzi dei servizi applicati alla clientela.

L'intesa, come emerge dal provvedimento della Banca d'Italia, aveva ad oggetto non un mero scambio di dati, ma forme di collaborazione e di coordinamento dei comportamenti strategici delle partecipanti.

In particolare, nel citare il provvedimento, l'attore collega la sua doglianza al fatto che, nell'ambito degli accordi posti in essere, le banche coinvolte nel gruppo fissarono le commissioni di cambio tra le valute dell'area dell'euro⁶⁶.

⁶⁵ Cfr. nota n. 42.

⁶⁶ A tal proposito, per maggiore precisione, bisogna notare che la Banca d'Italia, nel riconoscere che le banche hanno proceduto alla definizione congiunta dei comportamenti da adottare sul mercato, ha altresì specificato che l'oggetto dell'intesa si è concretato nel *mantenimento* della c.d. commissione d'intervento valutario sui bonifici transfrontalieri in valute *IN*. Pertanto, da un lato la Banca d'Italia ha sanzionato il comportamento delle banche in relazione alla sola operatività in bonifici transfrontalieri (che costituisce una componente delle attività interessate dal cambio); dall'altro, il comportamento collusivo è stato volto solo al mantenimento della commissione di intervento valutario, nonostante il nuovo contesto fosse caratterizzato dal venir meno del rischio di cambio, ma non si è tradotta anche nell'applicazione di livelli uniformi di commissioni.

c. *Argomentazioni difensive: i presupposti per l'applicazione del diritto antitrust americano a specifiche transazioni*

I difensori, non sollevando alcuna eccezione riguardo a questioni di fatto, hanno contestato la sufficienza dei fatti posti a fondamento delle conclusioni della parte attrice, affermando, in particolare, che la stessa non avrebbe assolto l'onere della prova che incombe, in base alle regole procedurali, sui soggetti che asseriscano l'esistenza di una violazione della legislazione federale *antitrust*.

A fondamento di tali obiezioni è stato posto il contenuto del *Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA)*, con il quale, nel 1982, il potere legislativo federale ha codificato «the precise legal standard to be employed in determining whether American antitrust law is to be applied to a particular transaction».

Nel caso di specie il ricorrente deve necessariamente soddisfare i requisiti richiesti dall'atto citato, dato che gli standard legali in esso previsti si applicano a transazioni che configurino casi di scambi tra gli USA e l'estero nonché casi di commercio interstatale estero (che pertanto non vedano il coinvolgimento degli Stati Uniti).

In particolare, lo FTAIA prevede che lo *Sherman Act* (legge federale *antitrust* invocata dalla parte attrice) *non si applichi* a condotte che implicano scambi e commercio (ad esclusione dei casi di importazione) con nazioni estere a meno che: *i.* tali condotte abbiano un *effetto diretto, sostanziale e ragionevolmente prevedibile* nel commercio domestico statunitense; *ii.* un tale effetto nel mercato USA sia qualificabile come anticompetitivo in base allo *Sherman Act*; *iii.* sussista un nesso causale diretto fra l'effetto anticompetitivo nel mercato americano ed il pregiudizio sopportato dal ricorrente.

Di tutto questo non v'è traccia nell'atto introduttivo del giudizio.

In assenza di prove a sostegno di tali effetti, pertanto, l'intesa non è sanzionabile; del resto, nel caso *Kruman v. Christie's International Plc*, 129 F. Supp. (S.D.N.Y. 2001), simile al caso qui trattato, la Corte ha affermato che il permettere ad un ricorrente di invocare la legislazione *antitrust* americana dinanzi ad una Corte federale per pregiudizi che non hanno connessioni con il commercio americano, vorrebbe dire «to impute to Congress an intention to establish an antitrust regime to cover the world (...)»⁶⁷.

⁶⁷ Imputare al *Congress* (potere legislativo federale) l'intenzione di stabilire un regime *antitrust* che si applichi al mondo intero. (Traduzione libera).

III. Proponibilità in Italia di azioni ad emulazione della *Class Action* americana

Avendo accennato alla natura ed al profilo strutturale delle *class action* nord-americane, è possibile valutare la loro compatibilità con l'impianto processuale italiano.

La principale argomentazione che induce la dottrina ad escludere la possibilità di innestare un'azione di tal specie negli schemi procedurali italiani emerge dal principio enunciato dall'art. 2909 c.c., il quale limita soggettivamente gli effetti del giudicato, disponendo che lo stesso faccia stato «tra le parti, i loro eredi e aventi causa».

A ben vedere, il principio in parola si concreta nel fatto che una sentenza non può pregiudicare i diritti di soggetti che non hanno preso parte al giudizio⁶⁸.

Mentre il nostro ordinamento ha predisposto, a tutela di tale principio, la norma di cui all'art. 2909 c.c., nel diritto nord-americano è stato approntato il procedimento della *certification*, mediante il quale il giudice verifica la preferibilità della *class action* rispetto ad azioni alternative e contestualmente limita l'efficacia dell'intero procedimento alla classe così come individuata dall'attore.

Tuttavia, la sentenza – che ha effetto nei confronti di tutti i *class member* – non ha come destinatari coloro i quali hanno esercitato il diritto di *opt-out*, cioè il diritto, previsto dalla normativa procedurale americana, di autoescludersi dal procedimento.

In questo modo l'intero impianto della *class action* si raccorda al principio del limite soggettivo del giudicato: tutti i membri della categoria, infatti, evitando di esercitare il diritto in parola, partecipano al giudizio tramite il loro rappresentante.

In Italia, invece, manca un'impostazione di tal genere, che funga da raccordo tra un'eventuale azione di categoria - che si concluda con un giudicato che coinvolga tutti i membri della stessa - ed il principio cui si è fatto cenno.

Non sembra possibile immaginare un'azione esperita da un soggetto in favore di una "classe" individuata genericamente, senza il controllo di un giudice, analogamente a quanto si è visto nel diritto nordamericano.

In questo senso si ritiene che le difficoltà di innesto del modello della *class action* nel sistema italiano non siano di ordine ontologico, ma semplicemente procedurale.

Ammettendo infatti l'esperibilità di una *class action* in Italia, senza apportare delle modifiche di procedura, si rischierebbe di non tutelare i soggetti

⁶⁸ In tal senso CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1982, p. 921 ss.

che avrebbero dovuto esercitare il loro diritto di contraddire in giudizio; l'esigenza di difesa del singolo, che negli USA è rispettata con la *certification* e con la pubblicità data al procedimento, in Italia non potrebbe essere garantita, così annullando tanto il precetto di cui all'art. 2909 c.c. quanto il principio del contraddittorio, ad esso strettamente connesso.

La tipologia di azione - presente nel diritto processuale italiano - più vicina alle *class action* è quella delle azioni collettive. Sono infatti ravvisabili delle fonti normative che conferiscono la legittimazione processuale attiva in via autonoma ad enti esponenziali per la tutela di interessi che fanno capo ad una data collettività.

Si tratta di fattispecie eccezionali - derogatorie rispetto al principio che accorda la legittimazione processuale attiva esclusivamente al titolare dell'interesse protetto dall'ordinamento - basate su limitate previsioni normative che, tuttavia, si collegano con l'impostazione processuale italiana, essendo generalmente fondate sull'istituto della rappresentanza processuale.

Un esempio di azione collettiva in Italia è individuato⁶⁹ in quella concessa ai sindacati dall'art. 28 della legge n. 300/1970 in tema di tutela del lavoratore: «indipendentemente dalla qualificazione giuridica della legittimazione processuale in capo alle associazioni sindacali, la sentenza è resa "tra le parti" - sindacato e datore di lavoro - ed i suoi effetti sono rivolti ad annullare l'efficacia degli atti compiuti da una parte (il datore di lavoro). Solo indirettamente, per la natura del diritto azionato, sono destinati ad avere efficacia nella sfera giuridica di una pluralità di lavoratori»⁷⁰.

Procedendo, alla luce di quanto detto, ad una valutazione comparativa dell'azione in parola con le *class action* emergono delle differenze sostanziali che escludono un'assimilazione tra le due tipologie di azione:

i. all'effetto indiretto del giudicato - dovuto all'esperimento di un'azione a tutela di un interesse ultraindividuale - nelle fattispecie italiane, si contrappone un'estensione diretta degli effetti della decisione del giudice nei confronti dei *class member* nelle azioni di categoria americane, non esistendo in esse un forte discrimine fra interesse individuale ed interesse collettivo.

ii. L'ente esponenziale di diritti ultraindividuali, che agisce in qualità di rappresentante processuale, non può essere confuso con il rappresentante che esperisce una *class action*, essendo questi il titolare di un diritto individuale,

⁶⁹ Cfr. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della "class action" ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 11, c. 2224.

⁷⁰ Cfr. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della "class action" ed i principi fondamentali*, loc. cit., c. 2226, che richiama, in tal senso, CAPPONI, *Diritto comunitario ed azioni di interesse collettivo dei consumatori*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 439 ss.; CONSOLO, *Class actions fuori degli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 609 ss.; GIUSSANI, *Studi sulle «class actions»*, cit. supra, nota 63, p. 371; TARUFFO, *I limiti soggettivi del giudicato e le «class actions»*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 609 ss.

avente la stessa natura dei diritti presenti in capo agli altri *class member*.

Ma ciò che evidenzia l'inesistenza, nell'ordinamento giuridico italiano, di un'azione equiparabile alle *damages class action* è la considerazione che nelle fattispecie esaminate - in cui la parte attrice agisce (in proprio) in rappresentanza di un interesse di natura ultraindividuale - agli enti esponenziali è concessa esclusivamente la facoltà di esperire un'azione *inibitoria* nei confronti di un comportamento o di un atto illegittimo⁷¹.

Si tratta, pertanto, di procedimenti in cui il giudice si limita a statuire sulla legittimità di un atto o di un comportamento, senza estendere la sua cognizione all'esistenza o alla quantificazione dei danni eventualmente sopportati dai singoli membri della categoria⁷².

Ciò sta a significare che, in Italia, qualsiasi richiesta di risarcimento danni può essere avanzata esclusivamente dai singoli individui, che debbono avvalersi delle regole processuali previste dall'ordinamento italiano⁷³.

Federica Cameli*

⁷¹ In linea con questa impostazione si presenta la legge n. 281 del 30 luglio 1998, poiché - come si è visto - la legittimazione attiva, da essa conferita a determinate associazioni per la tutela di diritti di consumatori ed utenti, sia pure notevolmente estesa rispetto al passato, è limitata a richiedere misure inibitorie della condotta lesiva, nonché misure di correzione ed eliminazione degli effetti dannosi causati dalle violazioni accertate.

⁷² Volendo comunque operare un accostamento con azioni di diritto americano, è possibile un'assimilazione alle *preliminary injunctive class actions*, azioni con carattere e finalità inibitori, in genere correlate a *civil liberties* accordate dalla Costituzione federale. In dottrina v. DONDI, *Funzione «remedial» delle «Injunctive class actions»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 256, nota 47; SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1987, p. 1063.

⁷³ Per un raffronto fra la funzione strettamente compensativa della responsabilità da atto illecito in Italia e quella anche sanzionatoria e deterrente presente nel diritto nordamericano si consulti TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno*, cit. *supra*, nota 27, p. 179 ss.

* Cultore della materia in diritto amministrativo europeo presso l'Università degli Studi di Teramo. Allieva del Collegio europeo di Parma, anno accademico 2000-2001.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

LE MODIFICHE AL REGOLAMENTO N. 2081/92 SULLE DENOMINAZIONI DI ORIGINE

Regolamento (Ce) del Consiglio n. 692/2003 dell'8 aprile 2003 che modifica il regolamento (Cee) n. 2081/92 relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari*

Il Consiglio dell'Unione europea,
visto il Trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'art. 37,
vista la proposta della Commissione,
visto il parere del Parlamento europeo,
visto il parere del Comitato economico e sociale,
visto il parere del Comitato delle regioni,
considerando quanto segue:

(Omissis)

4. L'art. 4 del regolamento (Cee) n. 2081/92 stabilisce un elenco non esaustivo di elementi che qualunque disciplinare deve contenere. In taluni casi, per preservare le caratteristiche tipiche dei prodotti ovvero assicurarne la rintracciabilità o il controllo, il condizionamento deve avere luogo nella zona geografica delimitata. Appare quindi opportuno prevedere esplicitamente la possibilità di includere tra gli elementi del disciplinare le disposizioni relative al condizionamento, quando tali circostanze si presentano e sono giustificate.

(Omissis)

* In *Gu-Ue* n. L 99 del 17 aprile 2003, p. 1. La modifica apportata al regolamento n. 2081/92 conferma il diritto dei produttori di prodotti alimentari con denominazione DOP/IGP di inserire nel disciplinare di produzione del rispettivo prodotto l'obbligo di effettuare il condizionamento all'interno della zona di produzione indicata nella denominazione d'origine. In argomento v. *infra*, p. 105 ss., il commento di *FAUSTO CAPELLI*.

Ha adottato il presente regolamento:

(Omissis)

Articolo 1

Il regolamento (Cee) n. 2081/92 è modificato come segue:

«*(Omissis)*

2. All'art. 4, par. 2, il testo della lett. *e*. è sostituito dal seguente:

e. la descrizione del metodo di ottenimento del prodotto agricolo o alimentare e, se del caso, i metodi locali, leali e costanti, nonché gli elementi relativi al condizionamento, quando l'associazione richiedente determina e giustifica che il condizionamento deve aver luogo nella zona geografica delimitata per salvaguardare la qualità, assicurare la rintracciabilità o il controllo;»

(Omissis)

**IL CONDIZIONAMENTO DEI PRODOTTI CONTRASSEGNA-
TI CON «DOP» E «IGP» SECONDO LE NUOVE DISPOSIZIONI
INSERITE NEL REGOLAMENTO CEE N. 2081/92
SULLE DENOMINAZIONI DI ORIGINE**

La recente modifica apportata all'art. 4 del regolamento Cee n. 2081/92, che viene sopra trascritta, potrà fornire ulteriori argomenti alla Corte di giustizia per agevolarla nel decidere i due procedimenti davanti ad essa pendenti, relativi al caso del Prosciutto di Parma (n. 108/01) e a quello del Grana Padano (n. 469/00).

A nostro avviso già esistevano comunque argomenti più che sufficienti per poter decidere le due cause nel senso di riconoscere la legittimità dei divieti di affettare il Prosciutto di Parma e di grattugiare il Grana Padano al di fuori della rispettiva zona di produzione. Il problema era stato in effetti sorprendentemente reso complicato dalle conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte di giustizia, S. Alber, che aveva ritenuto tali divieti in contrasto con i principi comunitari in materia di libera circolazione delle merci.

Come si ricorderà, le conclusioni dell'Avvocato Generale Siegbert Alber, presentate il 25 aprile 2002 nella causa del Prosciutto di Parma e in quella del Grana Padano, sono andate in controtendenza rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia pronunciata in materia di prodotti agroalimentari contraddistinti e protetti con denominazioni di origine e con indicazioni di provenienza geografica.

Le tesi sulla prevalenza delle regole di libera circolazione delle merci nel mercato unico, svolte dall'Avvocato Generale, potevano avere un senso, dal punto di vista giuridico, se riferite ai prodotti agroalimentari normali, ma non ne avevano alcuno se riferite ai prodotti DOP.

Ai prodotti DOP (tra i quali il Prosciutto di Parma e il Grana Padano) la Comunità europea ha infatti deciso di applicare regole diverse, quelle stabili-

te nel regolamento Cee n. 2081/92, che sono fondate su motivazioni socio-economiche non suscettibili di estensione alla generalità dei prodotti alimentari¹. Si tratta di motivazioni già esplicitamente prese in considerazione dalla Corte di giustizia nel pronunciare la sentenza del 16 maggio 2000 nella causa n. 388/95 relativa al vino spagnolo (DOC) «Rioja», laddove essa, ammettendo la legittimità del divieto di imbottigliare tale vino al di fuori della zona spagnola di produzione, riconosce che:

«La normativa comunitaria manifesta una tendenza generale alla valorizzazione della qualità dei prodotti nell'ambito della politica agricola comune, al fine di promuoverne la reputazione grazie, in particolare, all'uso di denominazioni di origine oggetto di una tutela particolare».

La tendenza indicata dalla Corte risulta evocata in modo esplicito nel citato regolamento Cee n. 2081/92, il cui sesto *considerando* precisa che:

«tali denominazioni si sono diffuse e sono apprezzate dai produttori che conseguono risultati migliori in termini di reddito quale contropartita per lo sforzo qualitativo oggettivamente sostenuto, nonché dai consumatori che dispongono di prodotti pregiati che offrono una serie di garanzie sul metodo di fabbricazione e sull'origine».

Essendo, come si è visto, oggettivamente e sostanzialmente diversa la disciplina comunitaria applicabile ai prodotti DOP, non era ammissibile, neppure dal punto di vista giuridico, sottoporli alle regole comuni predisposte per disciplinare tanto la distribuzione dei prodotti agroalimentari normali quanto quella della generalità delle merci circolanti nel mercato unico.

E le difficoltà che l'Avvocato Generale ha incontrato e dovuto superare per trasferire le tesi, da lui sostenute, dal settore dei prodotti normali a quello dei prodotti DOP, si deducono chiaramente dal fatto che lo stesso Avvocato Generale ha dovuto chiedere alla Corte di giustizia quello che neanche i giudici nazionali dai quali le citate cause provenivano (Corte di cassazione francese per il Grana Padano e *House of Lords* inglese per il Prosciutto di Parma) avevano ritenuto di chiedere alla Corte medesima. Vale a dire la dichiarazione di invalidità parziale del regolamento Ce n. 1107/96² che è proprio il regolamento comunitario che ha attribuito la DOP non solo al Prosciutto di Parma e al Grana Padano, ma anche a tutti i prodotti celebri italiani ed europei (come il Parmigiano Reggiano, il Prosciutto di San Daniele, il Roquefort etc.) già da anni conosciuti ed apprezzati sui mercati: nazionale, europeo e mondiale.

Il fatto che per far prevalere la tesi della libera circolazione delle merci

¹ Sulle motivazioni socio-economiche che stanno alla base della disciplina introdotta dal regolamento n. 2081/92 v. F. CAPELLI, *La tutela delle denominazioni dei prodotti alimentari di qualità*, in questa *Rivista*, 1998, p. 531.

² *Guce* n. L 148 del 21 giugno 1996, p. 1.

sia stato necessario chiedere alla Corte di giustizia la dichiarazione di invalidità del regolamento Ce n. 1107/96, dimostra chiaramente che la disciplina comunitaria dei prodotti DOP di cui alla fattispecie in esame³ prevede chiaramente il divieto di affettare il Prosciutto di Parma nonché di grattugiare il formaggio Grana Padano al di fuori delle rispettive zone di produzione.

Orbene, vista la chiarezza della disciplina applicabile ai due prodotti DOP qui considerati, e dovendo tener conto del fatto che la Corte di giustizia, nel caso sopra menzionato relativo al vino «Rioja», aveva ritenuto legittimo il divieto di imbottigliamento al di fuori della zona di produzione, l'Avvocato Generale Alber, per rendere convincenti le sue tesi, non ha potuto fare altro che effettuare una distinzione tra le operazioni di imbottigliamento del vino, da un lato, e quelle di affettamento del Prosciutto e di grattugia del formaggio, dall'altro lato. E sulla base di considerazioni di ordine socio-economico, sostenendo che le operazioni di cui sopra hanno caratteristiche e conseguenze diverse, l'Avvocato Generale ha concluso per la legittimità del divieto riferito alle prime operazioni (di imbottigliamento) e per la illegittimità di quello riferito alle seconde (di affettamento e di grattugia)

In sostanza, pertanto, l'Avvocato Generale Alber, da un lato ha sostenuto l'illegittimità del divieto riferito al Prosciutto di Parma e al Grana Padano (che è chiaramente desumibile dalla normativa comunitaria) perché contrario alle regole sulla libera circolazione delle merci, mentre dall'altro lato egli riconosce invece la legittimità dell'analogo divieto applicato all'imbottigliamento dei vini di qualità, perché in tal caso le esigenze di tutela della qualità prevalgono sulle regole in materia di libera circolazione delle merci.

Orbene, pur essendo le regole tecniche sul divieto di imbottigliamento dei vini, al di fuori della loro zona di produzione, di carattere esclusivamente nazionale e contenute in disciplinari adottati a livello locale, mai approvati né riconosciuti in sede comunitaria, l'Avvocato Generale Alber considera tali regole come legittime e riconosce loro la prevalenza sulle norme comunitarie in materia di libera circolazione delle merci, mentre considera le regole sul divieto di affettare il prosciutto e di grattugiare il formaggio al di fuori delle rispettive zone di produzione, che, al contrario, sono state previste nel disciplinare di produzione e, quindi, approvate e riconosciute in sede comunitaria, come regole illegittime e contrarie alle medesime norme sulla libera circolazione delle merci.

Tenuto conto del fatto che i motivi sui quali l'Avvocato Generale ha fondato le sue diverse conclusioni con riguardo, da un lato, ai vini e, dall'altro lato, al formaggio Grana Padano e al Prosciutto di Parma, sono esclusivamente di carattere socio-economico con riferimento essenzialmente alla presumibile rea-

³ Regolamento Cee n. 2081/92 sulla disciplina generale delle DOP e IGP; Regolamento Ce n. 1107/96 che attribuisce la DOP al Prosciutto di Parma e al Grana Padano; disciplinare di produzione dei due prodotti depositati presso la Comunità europea.

zione dei consumatori, è davvero difficile comprendere come si possa arrivare ad ammettere la legittimità del divieto relativo ai vini che nessuno in sede comunitaria ha mai verificato né approvato e, di contro, sostenere l'illegittimità dell'analogo divieto riferito al Grana Padano e al Prosciutto di Parma, che appare deducibile dalla disciplina sulle DOP e risulta del tutto legittimo per effetto del deposito dei rispettivi disciplinari in sede comunitaria.

Trattandosi quindi di motivazioni socio-economiche, cui occorre far riferimento per stabilire la compatibilità dei divieti sopra esaminati con la normativa comunitaria in tema di libera circolazione delle merci, sembrano di gran lunga più convincenti ed affidabili le motivazioni che erano state precedentemente sottoposte per l'approvazione ai competenti organismi comunitari e successivamente trasfuse nella regolamentazione comunitaria, rispetto a quelle adottate in sede locale (per i vini) e che risultano contenute unicamente in atti nazionali mai approvati o riconosciuti in sede comunitaria. Non è certo sulla base di presunzioni di ordine socio-economico che si possono eliminare disposizioni che da tempo hanno dato prova di funzionare correttamente nei Paesi nei quali le denominazioni di origine sono state create.

Ma le conclusioni dell'Avvocato Generale Alber sono andate in controtendenza non soltanto rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia ma anche rispetto alla normativa comunitaria in materia di sicurezza dei prodotti alimentari.

È noto infatti che con l'art. 18 del regolamento Ce n. 178/2002 in materia di sicurezza alimentare, la Comunità europea ha trasformato in un principio di carattere fondamentale per i prodotti alimentari la regola della "tracciabilità", finora applicata soltanto alla produzione e alla commercializzazione dei prodotti a base di carne.

In effetti, l'art. 18 del regolamento n. 178/2002 stabilisce che:

«1. È disposta in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione la rintracciabilità degli alimenti, dei mangimi, degli animali destinati alla produzione alimentare e di qualsiasi altra sostanza destinata o atta a entrare a far parte di un alimento o di un mangime.

(omissis)

4. Gli alimenti o i mangimi che sono immessi sul mercato della Comunità o che probabilmente lo saranno devono essere adeguatamente etichettati o identificati per agevolarne la rintracciabilità, mediante documentazione o informazioni pertinenti secondo i requisiti previsti in materia da disposizioni più specifiche».

Orbene, volendo applicare la regola sopra riportata alle due fattispecie del Grana Padano e del Prosciutto di Parma, si comprende subito come le esigenze di tracciabilità poste a tutela della salute dei consumatori, siano nel modo più assoluto rispettate se vengono osservate le prescrizioni imposte nei disciplinari

dei due prodotti che sottopongono le operazioni di grattugia e di affettamento a regole precise e a controlli rigorosi⁴.

Un'ulteriore osservazione può essere necessaria prima di concludere questa nota.

È da supporre che l'Avvocato Generale Alber, nel chiedere l'applicazione del principio della libera circolazione delle merci, fosse convinto di rendere un utile servizio ai produttori italiani di Grana Padano e di Prosciutto di Parma, agevolando, con le sue tesi liberiste, la diffusione di tali prodotti sul mercato europeo e su quello mondiale.

Se così fosse, i produttori italiani avrebbero dovuto essergliene grati, perché avrebbero visto aumentare le vendite di prosciutti interi e di intere forme di Grana Padano da destinare ai consumatori finali in confezioni adeguate e da questi ultimi direttamente utilizzabili senza alcuna difficoltà. Sarebbe sussistita in tal caso una coincidenza perfetta tra le regole del diritto e le esigenze dell'economia.

Ma si sarebbe trattato soltanto di una coincidenza apparente, perché se non viene garantita la qualità del prodotto alimentare, attraverso operazioni accurate sotto il profilo tecnico, per offrire in modo ineccepibile al consumatore il Prosciutto di Parma affettato e il Grana Padano grattugiato, entrambi già confezionati il risultato alla fine diventa negativo. Ed infatti il consumatore che non trova di suo gusto tali prodotti non è spinto a rinnovarne l'acquisto perché i prodotti non lo soddisfano con la conseguenza che le vendite dei citati prodotti (interi, affettati o grattugiati) diminuiscono invece di aumentare e proprio per il modo non adeguato di offrirli al consumatore.

Stando così le cose, è evidente che le norme sulla libera circolazione delle merci non possono essere interpretate ed applicate in modo da frenare le vendite dei prodotti la cui diffusione si vorrebbe invece incentivare.

A ciò aggiungasi che, sotto il profilo giuridico, le tesi dell'Avvocato Generale, se accolte, avrebbero comportato conseguenze sicuramente inaccettabili. In effetti, il divieto di grattugiare il Grana Padano e quello di affettare il Prosciutto di Parma al di fuori della rispettiva zona di produzione sarebbero divenuti unicamente applicabili nel mercato italiano sulla base della legge italiana, ma non nel mercato unico per mancanza di una esplicita disposizione comunitaria.

Di conseguenza, due denominazioni di origine protetta (DOP) che, secondo il regolamento Cee n. 2081/92, destinato ad uniformare le legislazioni nazionali degli Stati membri in tale materia, avrebbero dovuto essere sottoposte alle stesse regole ed avere la stessa efficacia all'interno dei vari Paesi membri, avrebbero invece avuto una diversa validità a seconda che fossero utilizzate in Italia

⁴ In effetti, nella modifica apportata al regolamento n. 2081/92 qui esaminato, si fa espresso riferimento alla "rintracciabilità".

oppure negli altri Paesi membri.

Ed infatti, i distributori di prodotti alimentari con sede in Italia che avessero provveduto al confezionamento del Prosciutto di Parma affettato o del Grana Padano grattugiato avrebbero dovuto osservare le regole dei rispettivi disciplinari mentre a tale osservanza non sarebbero stati sottoposti i distributori con sede negli altri Paesi membri.

Ciò avrebbe determinato, innanzitutto, un *vulnus* nel sistema delle DOP, che sono state concepite e disciplinate come denominazioni di diritto comunitario a tutti gli effetti, proprio per essere sottoposte alla stessa tutela giuridica in ogni Stato membro.

In secondo luogo, ciò avrebbe determinato una violazione dell'art. 34, secondo paragrafo, secondo comma, del Trattato Ce che impone alla normativa comunitaria adottata in materia agricola di «escludere qualsiasi discriminazione fra produttori o consumatori della Comunità».

Orbene, la normativa comunitaria relativa alle denominazioni di origine protetta è una normativa in materia agricola, tanto è vero che la base giuridica del regolamento comunitario che la contiene (n. 2081/92) è esclusivamente l'art. 43 (ora art. 37) del Trattato Ce.

Se, quindi, la normativa sulle denominazioni di origine deve essere applicata in modo da escludere qualsiasi discriminazione tra produttori o consumatori (intesi anche come utilizzatori e/o distributori) della Comunità, è evidente che non potrà essere consentita la discriminazione tra distributori italiani e comunitari che sopra abbiamo segnalato.

I distributori con sede in Italia, quindi, non possono in ogni caso essere discriminati e nei loro confronti non potrebbe essere invocata la giurisprudenza in tema di "discriminazione alla rovescia" elaborata dalla Corte di giustizia di Lussemburgo, tenuto conto del fatto che, nel caso di specie, esiste la disposizione specifica del Trattato Ce (art. 34) sopra citata che vieta ogni forma di discriminazione, compresa la discriminazione alla rovescia⁵.

La modifica apportata all'art. 4 del regolamento n. 2081/92 ha ora fatto giustizia delle tesi dell'Avvocato Generale S. Alber sopra esaminate.

In particolare il nuovo testo normativo conferma che i produttori dei prodotti tutelati in base al regolamento n. 2081/92 possono introdurre, nel rispettivo disciplinare di produzione, l'obbligo di effettuare il condizionamento di tali prodotti (affettamento, grattugia etc.) esclusivamente all'interno della zona di produzione di cui alla denominazione tutelata.

Fausto Capelli

⁵ Sulla discriminazione alla rovescia v. F. CAPELLI, *È legittima la "discriminazione alla rovescia" imposta per tutelare la qualità della pasta alimentare italiana*, in questa *Rivista*, 1994, p. 421.

DOCUMENTAZIONE

L'AMICUS CURIAE NELL'OMC: ACCESSO DEI PRIVATI ALLE PROCEDURE CONTENZIOSE*

I

European Communities Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, 8 November 2000 (WT/DS135/9)¹

The following communication, dated 8 November 2000, was addressed by the Chairman of the Appellate Body to the Chairman of the Dispute Settlement Body, informing him of the additional procedure adopted by the Division hearing the appeal in *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, pursuant to Rule 16(1) of the *Working Procedures for Appellate Review*.

«I am writing to inform you that the Division hearing the above appeal has decided, in the interests of fairness and orderly procedure in the conduct of this appeal, to adopt an additional procedure to deal with any written briefs received by the Appellate Body from persons other than a party or a third party to this dispute. This additional procedure has been adopted by the Division hearing this appeal for the purposes of this appeal only pursuant to Rule 16(1) of the *Working Procedures for Appellate Review*, and is *not* a new working procedure drawn up by the Appellate Body pursuant to paragraph 9 of Article 17 of the *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*.

Attached, for your information, is a copy of this additional procedure».

European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (AB-2000-11)

Additional Procedure Adopted Under Rule 16(1) of the Working Procedures for Appellate Review

To All Participants and Third Participants:

1. In the interests of fairness and orderly procedure in the conduct of this appeal, the Division

* In argomento v. *infra*, p. 115 ss., il commento di ELISA BARONCINI.

¹ Reperibile sul sito internet www.wto.org (n.d.r.).

hearing this appeal has decided to adopt, pursuant to Rule 16(1) of the *Working Procedures for Appellate Review*, and after consultations with the parties and third parties to this dispute, the following additional procedure for purposes of this appeal only.

2. Any person, whether natural or legal, other than a party or a third party to this dispute, wishing to file a written brief with the Appellate Body, must apply for leave to file such a brief from the Appellate Body *by noon on Thursday, 16 November 2000*.

3. An application for leave to file such a written brief shall:

a. be made in writing, be dated and signed by the applicant, and include the address and other contact details of the applicant;

b. be in no case longer than three typed pages;

c. contain a description of the applicant, including a statement of the membership and legal status of the applicant, the general objectives pursued by the applicant, the nature of the activities of the applicant, and the sources of financing of the applicant;

d. specify the nature of the interest the applicant has in this appeal;

e. identify the specific issues of law covered in the Panel Report and legal interpretations developed by the Panel that are the subject of this appeal, as set forth in the Notice of Appeal (WT/DS135/8) dated 23 October 2000, which the applicant intends to address in its written brief;

f. state why it would be desirable, in the interests of achieving a satisfactory settlement of the matter at issue, in accordance with the rights and obligations of WTO Members under the DSU and the other covered agreements, for the Appellate Body to grant the applicant leave to file a written brief in this appeal; and indicate, in particular, in what way the applicant will make a contribution to the resolution of this dispute that is not likely to be repetitive of what has been already submitted by a party or third party to this dispute; and

g. contain a statement disclosing whether the applicant has any relationship, direct or indirect, with any party or any third party to this dispute, as well as whether it has, or will, receive any assistance, financial or otherwise, from a party or a third party to this dispute in the preparation of its application for leave or its written brief.

4. The Appellate Body will review and consider each application for leave to file a written brief and will, without delay, render a decision whether to grant or deny such leave.

5. The grant of leave to file a brief by the Appellate Body does not imply that the Appellate Body will address, in its Report, the legal arguments made in such a brief.

6. Any person, other than a party or a third party to this dispute, granted leave to file a written brief with the Appellate Body, must file its brief with the Appellate Body Secretariat *by noon on Monday, 27 November 2000*.

7. A written brief filed with the Appellate Body by an applicant granted leave to file such a brief shall:

a. be dated and signed by the person filing the brief;

b. be concise and in no case longer than 20 typed pages, including any appendices; and

c. set out a precise statement, strictly limited to legal arguments, supporting the applicant's legal position on the issues of law or legal interpretations in the Panel Report with respect to which the applicant has been granted leave to file a written brief.

8. An applicant granted leave shall, in addition to filing its written brief with the Appellate Body Secretariat, also serve a copy of its brief on all the parties and third parties to the dispute *by noon on Monday, 27 November 2000*.

9. The parties and the third parties to this dispute will be given a full and adequate opportunity by the Appellate Body to comment on and respond to any written brief filed with the Appellate Body by an applicant granted leave under this procedure.

II

Contribution of the European Communities and its Member States to the improvement of the Wto Dispute Settlement System del 13 march 2002 (TN/DS/W/1)¹

(Omissis)

Article 13 bis

Amicus curiae submissions

1. The panel or the Appellate Body may permit unsolicited amicus curiae submissions, provided that the panel or the Appellate Body have determined that they are directly relevant to the factual and legal issues under consideration by the panel or the Appellate Body and that they comply with the rules of this Article. In such a case, the panel or the Appellate Body shall consider the submissions in question, while not being obliged to address, in its report, the factual or legal arguments made in such briefs.

2. Any person, whether natural or legal, other than a party or third party to the dispute, wishing to make an amicus curiae submission to the panel or the Appellate Body, must apply for leave to file such a submission from the panel or the Appellate Body within 15 days from the date of the composition of the panel or within 5 days from the date of the notice of appeal, respectively.

3. An application for leave to file such a submission shall:

a. be made in writing, be dated and signed by the applicant, and include the address and other contact details of the applicant;

b. be in no case longer than three typed pages;

c. contain a description of the applicant, including a statement of the membership and legal status of the applicant, the general objectives pursued by the applicant, the nature of the activities of the applicant, and the sources of financing of the applicant;

d. demonstrate the direct interest that the applicant has in the factual or legal issues raised in the dispute;

e. identify the specific issues of facts and law which the applicant intends to ad-

¹ Il testo integrale è reperibile sul sito www.europa.eu.int (*n.d.r.*).

dress in its submission and, in the case of a application submitted to the Appellate Body, the legal interpretations developed by the panel that are the subject of the notice of appeal;

f. indicate why it would be desirable, in the interests of achieving a satisfactory settlement of the matter at issue, in accordance with the rights and obligations of WTO Members under the DSU and the other covered agreements, for the panel or Appellate Body to grant the applicant leave to file a submission in this appeal; and

g. contain a statement disclosing whether the applicant has any relationship, direct or indirect, with any party or any third party to this dispute, as well as whether it has, or will, receive any assistance, financial or otherwise, from a party or a third party to this dispute in the preparation of its application for leave or its written brief.

4. The panel or the Appellate Body will review and consider each application for leave to file a submission and will, within 7 days from their receipt in the case of a panel, and within 3 days in the case of the Appellate Body, render a decision whether to grant or deny such leave. That decision shall be notified forthwith to the applicant by facsimile or electronic mail.

5. Any person, other than a party or a third party to this dispute, granted leave to file an amicus curiae submission, must make its submission to the panel within 15 days from the date of receipt of the notification, and to the Appellate Body within 3 days from such date.

6. A submission filed with the panel or the Appellate Body by an applicant granted leave to file such a brief shall:

a. be dated and signed by the person filing the submission;

b. be concise and in no case longer than 20 typed pages, including any appendices; and

c. set out a precise statement, strictly limited to legal arguments in the case of a submission to the Appellate Body, supporting the applicant's position on the issues of facts and law with respect to which the applicant has been granted leave to file a submission.

7. The parties and the third parties to the dispute shall be given 10 days from the date of receipt of any submission filed by an applicant granted leave under this Article to comment on and respond to such submissions.

(Omissis)

L'APERTURA ALLA SOCIETÀ CIVILE DEL SISTEMA DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE DELL'OMC: GLI AMICI CURIAE*

Sommario: **1.** *Le cause dell'interesse della società civile al sistema di Marrakech: l'ampiezza della portata degli Accordi Omc e l'efficacia del suo meccanismo di risoluzione delle controversie* - **2.** *L'istituto dell'amicus curiae* - **3.** *La ricerca da parte delle Ong di un ruolo nel sistema multilaterale di risoluzione delle controversie durante l'Uruguay Round* - **4.** *I primi passi delle Ong dopo la conclusione degli Accordi di Marrakech* - **5.** *Gli amici curiae dinanzi ai panel Omc* - **a.** *La prima apparizione formale degli amici curiae in un report di un panel Omc: il caso Gamberetti* - **b.** *Le dichiarazioni degli Stati Uniti alla Conferenza Ministeriale dell'Omc del maggio 1998 e il procedimento di appello nella controversia sui Gamberetti* - **c.** *Il caso Carbon Steel* - **d.** *Il follow-up della disputa Misure australiane sul salmone* - **e.** *Il caso sulle deroghe ai diritti esclusivi degli autori di cui alla Sezione 110(5) del Copyright Act del 1976 degli Stati Uniti* - **f.** *La disputa sull'imposizione da parte della Comunità europea di dazi antidumping definitivi sulla biancheria da letto di cotone originaria dell'India* - **g.** *La disputa tra il Canada e la Comunità europea sul divieto francese dell'amianto* - **6.** *Gli amici curiae dinanzi all'Organo d'appello dell'Omc* - **a.** *Comunicazioni non richieste nel giudizio di impugnazione sui Gamberetti* - **b.** *L'appello della controversia Carbon Steel* - **c.** *La Procedura addizionale del novembre 2000 nel caso Amianto e la sua successiva applicazione* - **d.** *Reazioni alla Procedura addizionale e alla sua applicazione* - **7.** *La prassi degli amici curiae successiva alla Procedura addizionale del caso Amianto: il caso sui Prodotti in ferro ed acciaio provenienti dalla Polonia, il follow-up dei Gamberetti e la disputa sul Softwood-Lumber* - **8.** *Proposte di riforma dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie sull'istituto dell'amicus curiae e sviluppi al di fuori del sistema di Marrakech* - **9.** *Conclusioni.*

* Desidero ringraziare il Prof. Paolo Mengozzi, che ha incentivato il presente lavoro con il Suo corso sul diritto Omc presentato all'Accademia di diritto internazionale dell'Aja nel 2001; la Prof. Antonietta Di Blase; Rambod Behboodi, *Legal Adviser and Trade Commissioner at the Canadian Mission to the European Union*, Brussels; Victor Mosoti, *Coordinator for African and Legal Affairs at the International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)*, Geneva; Rachel Shub, *Director, Wto Affairs, Office of the U.S. Trade Representative*, Washington D.C.

1. Le cause dell'interesse della società civile al sistema di Marrakech: l'ampiezza della portata degli Accordi Omc e l'efficacia del suo meccanismo di risoluzione delle controversie

Il notevolissimo ampliamento di ordine sostanziale (misure non tariffarie, servizi, diritti di proprietà intellettuale) che ha conosciuto il sistema multilaterale del commercio con l'entrata in vigore degli accordi di Marrakech, le profonde modifiche di carattere istituzionale ad esso apportate, in particolare attraverso la creazione di un efficace e rapido sistema di risoluzione delle controversie, indubbiamente senza precedenti e tuttora senza eguali nel panorama internazionale¹, le nuove tecnologie che consentono un accesso ampio, in tempo reale e a costi limitatissimi ai risultati dei lavori dell'Organizzazione mondiale del commercio (Omc), hanno maturato e rafforzato, nella società civile, la consapevolezza della fortissima incidenza che il sistema multilaterale ha su sempre più numerosi aspetti della vita quotidiana, del presente e del futuro del pianeta². Da qui la ricerca da parte delle Organizzazioni non governative (Ong), delle associazioni di operatori economici e gruppi industriali, e, più in generale, delle parti private, di un canale di accesso ai lavori dell'Omc, soprattutto al sistema di risoluzione delle controversie. Quest'ultimo, infatti, è chiamato a risolvere questioni sulle quali i Membri Omc non sono riusciti a trovare una soluzione politica, assumendo dunque un'importanza strategica nella definizione del grado di liberalizzazione degli scambi. Inoltre, data la presenza di numerose clausole sulle eccezioni generali negli Accordi di Marrakech – che consentono ai Membri Omc di mantenere misure discriminatorie, o comunque di ostacolo agli scambi, laddove ciò sia necessario per realizzare una delle politiche pubbliche in esse contemplate (sicurezza di uno

¹ Sul punto si fa rinvio a AA.VV., *Diritto e Organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Il Convegno Sidi, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998; G. ADINOLFI, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio - Profili istituzionali e normativi*, Padova, Cedam, 2001; A. COMBA, *Il Neo Liberismo Internazionale*, Milano, Giuffrè, 1995; A. DI BLASE - L. M. MILONE, *Le istituzioni internazionali*, in N. ACOCELLA (a cura di), *Istituzioni tra mercato e Stato*, Roma, Carocci editore, 1999, p. 185-214; M. DI STEFANO, *Soluzione delle controversie nell'OMC e nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2001; E. GREPPI, *Voce W.T.O. (World Trade Organization)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche, Aggiornamento*, Torino, Utet, 2000, p. 718-738; A. LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal Gatt all'Omc*, Padova, Cedam, 1996; P. MENGOZZI (Ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, Giuffrè, 1999; P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, Cedam, 2002; G. SACERDOTI, *L'Organizzazione mondiale del commercio: un'Organizzazione sui generis*, in L. IAPADRE - F. PAGANI (a cura di), *Le frontiere della globalizzazione: negoziati commerciali e riforma dell'Omc*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 97-101; A. PARENTI, *Il WTO*, Bologna, Il Mulino, 2002; A. SANTA MARIA, *Il diritto internazionale dell'economia*, in S. M. CARBONE - R. LUZZATTO - A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 369-422; M. VELLANO, *L'Organo d'appello dell'Omc*, Napoli, Jovane, 2001; G. VENTURINI (a cura di), *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, Giuffrè, 2000.

² P. MENGOZZI, *The World Trade Organization Law: An Analysis of its First Practice*, in P. MENGOZZI (Ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, loc. cit., p. 3-51.

Stato, ordine pubblico, protezione della moralità pubblica, della salute o della vita delle persone, degli animali nonché dell'ambiente, prevenzione di pratiche ingannevoli, preservazione dei vegetali, protezione di tesori nazionali aventi un valore artistico, storico o archeologico, conservazione delle risorse naturali esauribili) – ³ il contenzioso multilaterale deve naturalmente operare nel delicatissimo settore del bilanciamento tra libero commercio e tutela di quei valori fondamentali⁴. Va infine sottolineato che il contesto in cui il sistema di risoluzione delle controversie dell'Omc opera, le disposizioni che esso è chiamato ad interpretare, nonché il larghissimo ricorso che ad esso è fatto⁵, lungi dal circoscriverne l'attività a mera risoluzione di singole dispute, lo hanno reso il foro in cui si realizza la precisazione di un *corpus* di principi di diritto internazionale i quali rappresentano – e rappresenteranno anche per gli anni a venire – i punti di riferimento delle relazioni commerciali tra i Membri Omc. Il contenzioso di Ginevra è stato infatti definito come «the most advanced laboratory of contemporary international law»⁶.

Lo strumento prescelto per accedere direttamente dinanzi a *panel* ed Organo d'appello è stato quello dell'*amicus curiae*. Fondato sull'interesse alla buona amministrazione della giustizia, tale istituto è volto a consentire la partecipazione al contenzioso di coloro che normalmente non avrebbero *locus standi*, pur disponendo di conoscenze o rappresentando interessi indubbiamente coinvolti nella disputa, senza che tali soggetti debbano formalmente divenire parti – principali, intervenienti o terze. Le caratteristiche di snellezza e pragmaticità dell'*amicus* lo rendono la migliore «breccia procedurale»⁷ attraverso la quale i privati possono insinuarsi nel contenzioso internazionale di natura tradizionalmente interstatuale, risolvendo le difficoltà di accesso alla

³ Cfr., ad esempio, gli artt. XX e XXI dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (Gatt 1994), l'art. 2, par. 2, dell'Accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi (Accordo Tbt), gli artt. 2, 3 e 5 dell'Accordo sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie (Accordo Sps), gli artt. XIV e XIV bis dell'Accordo generale sugli scambi di servizi (Accordo Gats), l'art. XXIII, par. 2, dell'Accordo sugli appalti pubblici (Accordo Gpa, su tale accordo v. M. SALVADORI, *Gli appalti pubblici nell'Organizzazione mondiale del Commercio e nella Comunità europea*, Napoli, Jovane, 2001), nonché le diverse clausole presenti (artt. 7, 31) nell'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (Accordo Trips).

⁴ Sul punto v. F. FRANCONI (Ed.), *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, Hart Publishing, 2001, nonché G. DE BURCA - J. SCOTT (Eds.) *The EU and the Wto - Legal and Constitutional Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2001, e J. H. H. WEILER (Ed.) *The Eu, The Wto and the Nafta - Towards a Common Law of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

⁵ «So far the record of the WTO dispute settlement system is impressive. It has been extensively used». W. DAVEY, *The WTO Dispute Settlement System*, in *Journal of International Economic Law*, 2000, p. 15-18.

⁶ T. COTTIER, *WTO Dispute Settlement and Multilateral Trade Negotiations: Is There a Need for Inter-Round Negotiations*, Draft Discussion Paper, Presented at the World Trade Forum, Berne, August 2002.

⁷ Così H. ASCENSIO, *L'amicus curiae devant les juridictions internationales*, in *Revue générale de Droit International Public*, 2001, p. 897-929, p. 900.

giustizia implicate dai diversi tipi di meccanismi intergovernativi di risoluzione delle controversie⁸, nonché fornendo una prima rapida e valida risposta alla necessità di configurare la presenza della società civile nel processo decisionale internazionale in modo ampio, trasparente e partecipativo⁹.

La comprensione dell'affermazione ed evoluzione dell'*amicus curiae* nell'ambito del sistema multilaterale del commercio non può naturalmente prescindere dalla conoscenza delle caratteristiche essenziali di tale istituto. Pertanto, il presente lavoro si soffermerà in primo luogo su tali aspetti (par. 2). Si concentrerà, poi, sulle varie tappe che hanno condotto all'apertura pre-toria del meccanismo ginevrino non solo alle Ong, ma, più in generale, alle parti private (par. 3 e 4). Tale presentazione si atterrà strettamente ad un approccio cronologico (par. 5-7), ripartendosi tra l'ammissibilità di *amici curiae* da parte dei *panel* (par. 5) e la possibilità di accogliere informazioni non richieste da parte dell'Organo d'appello (par. 6), dando conto delle motivazioni messe a punto dal tribunale permanente per dimostrare come l'Intesa «sulle norme e sulle procedure che disciplinano la soluzione delle controversie» di Marrakech (d'ora innanzi «Intesa», nonché, ricorrendo all'acronimo dall'espressione inglese *Dispute Settlement Understanding*, «Dsu») sia suscettibile, già nell'attuale formulazione, di costituire una base giuridica sufficiente ad accogliere memorie private, a livello di *panel*, così come in un giudizio di impugnazione. Prima di presentare le nostre considerazioni finali, verranno poi illustrate le prospettive di riforma del Dsu, ove non mancano le proposte per codificare l'istituto dell'*amicus curiae* (par. 8).

Naturalmente, una corretta analisi della questione degli *amici curiae* nell'ambito dell'Omc richiede l'individuazione di artefici e detrattori di tale, combattuta, apertura alla società civile nonché la determinazione della fondatezza delle ragioni su cui poggiano il loro atteggiamento. Oltre all'Organo d'appello dell'Omc, la cui condotta, ferma e tenace, è risultata a dir poco decisiva per la causa degli *amici* nel sistema ginevrino, altrettanto determinante, come si vedrà, è stato il sostegno politico degli Stati Uniti all'ammissione di *non-State actor* nel contenzioso Omc. Inizialmente defilata, o addirittura contraria, è stata la posizione assunta dagli altri paesi industrializzati; mentre apertamente ostile era – ed in gran parte rimane – il blocco dei Paesi in via di sviluppo (Pvs).

Infine, di ogni caso in cui l'istituto dell'*amicus* è venuto in rilievo verranno fornite le coordinate essenziali sull'oggetto della disputa, nell'intento

⁸ Questi, infatti, solitamente non prevedono un diritto per gli attori privati di instaurare una disputa o di acquisire lo *status* di parte interveniente. Cfr. D. B. HOLLIS, *Private Actors in Public International Law: Amicus Curiae and the Case for the Retention of State*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 2002, p. 235-255.

⁹ J. RAZZAQUÉ, *Changing Role of Friends of the Court in the International Courts and Tribunals*, in *Non-State Actors and International Law*, 2002, p. 169-200, p. 170.

di illustrare le ragioni che hanno catalizzato l'interesse delle parti private, inducendole ad accostarsi al sistema multilaterale, nonché la rilevanza che la partecipazione dei *non-State actors* all'amministrazione degli Accordi commerciali è suscettibile di assumere per il rafforzamento e la comprensione di questi ultimi da parte del pubblico.

2. L'istituto dell'*amicus curiae*

L'*amicus curiae* risale al diritto romano, si è successivamente sviluppato nell'ordinamento inglese e quindi diffuso in tutti i sistemi giuridici anglosassoni, specialmente in quello statunitense¹⁰. Il grande successo incontrato in tale ordinamento è dovuto alla particolare e complessa struttura del sistema federale, ove sovente una controversia tra privati dinanzi alla Corte Suprema Federale degli Stati Uniti (nonché ad una Corte Suprema statale) può implicare la rilevanza di numerosi interessi pubblici, tra loro confliggenti e non adeguatamente rappresentati dalle parti. Pertanto, la decisione pronunciata in un dato caso molto spesso può assumere un'importanza ed avere effetti che vanno ben al di là delle parti o dei fatti formalmente contemplati nel giudizio. Ove le implicazioni di una singola controversia trascendano la controversia stessa, nonché i diretti contendenti, dunque «on matters of public interest or

¹⁰ Sugli *amici curiae* in generale nonché con particolare riferimento al sistema anglosassone e statunitense cfr. E. ANGELL, *The Amicus Curiae: American Development of English Institutions*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1967, p. 1017-1044; H. ASCENSIO, *L'amicus curiae devant les juridictions internationales*, cit. supra, nota 7; L. EPSTEIN, *Exploring the Participation of Organized Interests in State Court Litigation*, in *Political Research Quarterly*, 1994, p. 335-351; J. D. KEARNEY - T. W. MERRILL, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2000, p. 743-855; S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, in *Yale Law Journal*, 1963, p. 694-721; Y. LAURIN, *L'amicus curiae*, in *La semaine juridique: doctrine - jurisprudence - textes*, 1992, p. 345-348; M. K. LOWMAN, *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave?*, in *American University Law Review*, 1992, p. 1243-1299; K. T. MCGUIRE, *Amici Curiae and Strategies for Gaining Access to the Supreme Court*, in *Political Research Quarterly*, 1994, p. 821-837; K. O'CONNOR - L. EPSTEIN, *Amicus Curiae Participation in US Supreme Court Litigation: An Appraisal of Hakman's «Folklore»*, in *Law and Society Review*, 1981-82, p. 311-320; R. E. RAINS, *Fair-Weather Friend of the Court - On writing an Amicus Brief*, in *Trial*, August 1990, p. 57-60; D. R. SONGER - R. S. SHEENAN, *Interest Group Success in the Courts: Amicus Participation in the Supreme Court*, in *Political Research Quarterly*, 1993, p. 339-354; D. R. SONGER - A. KUERSTEN, *The Success of Amici in State Supreme Courts*, in *Political Research Quarterly*, 1995, p. 31-42; J. F. SPRIGGS, II - P. J. WAHLBECK, *Amicus Curiae and the Role of Information at the Supreme Court*, in *Political Research Quarterly*, 1997, p. 365-386. Per quanto riguarda in particolare il ricorso a tale istituto nel contenzioso internazionale ed europeo cfr. E. BERGAMINI, *L'intervento amicus curiae: recenti evoluzioni di uno strumento di common law fra Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in questa Rivista, 2003, infra, p. 181 ss.; P. PALCHETTI, *Amici Curiae davanti alla Corte internazionale di Giustizia?*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 965-991; J. RAZZAQUÉ, *Changing Role of Friends of the Court in the International Courts and Tribunals*, cit. supra, nota 9; D. SHELTON, *The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings*, in *American Journal of International Law*, 1994, p. 611-642; N. TROCKER, *L'«Amicus Curiae» nel giudizio davanti alla Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 119-143.

great public importance»¹¹, o comunque per casi che interessino ampi settori di una società (ad esempio gruppi di lavoratori, di imprenditori), sollevando questioni relative ai diritti fondamentali¹², chi è chiamato a deliberare può ovviamente essere indotto ad accogliere l'assistenza anche di coloro che non sono parti al giudizio al fine di pervenire ad una soluzione equa, compiutamente motivata e largamente condivisa: «[c]ourts, where obvious injustice would be caused by lack of representation, allowed outsiders to intervene generally by exercise of what was called "the inherent power of a court of law to control its processes"»¹³. In ogni processo decisionale, infatti, più consistente è la quantità di informazioni e di opinioni disponibili, maggiori sono le probabilità di pervenire ad un buon risultato¹⁴. L'apporto di coloro che meglio sanno rappresentare gli interessi pubblici sostanziali, generali o collettivi, collegati ad una data controversia, permette ad un collegio giudicante, nel processo di formazione del proprio convincimento, di esercitare compiutamente il suo inevitabile ruolo politico, anticipando i diversi aspetti dell'impatto che una sua futura decisione è suscettibile di avere, e dunque lo mette nelle condizioni di meglio servire il pubblico interesse attraverso una appropriata amministrazione della giustizia.

La decisione di avvalersi di tale apporto tecnicamente «esterno» al processo ha progressivamente determinato nella prassi una serie di regole, poi codificate, per gestire tale «forma di arricchimento del contraddittorio»¹⁵. La disciplina attraverso la quale la Corte Suprema statunitense attualmente tratta gli *amici curiae* è il risultato di un contemperamento tra l'apertura alla rappresentazione di molteplici interessi e il mantenimento dell'*adversarial model*, del modello dispositivo-contenzioso¹⁶, in base al quale l'oggetto del processo è esclusivamente definito dalle parti¹⁷. Nell'*adversarial model* «temperato» che ne risulta, la responsabilità di stabilire quale *amicus* possa essere accettato e quale invece debba essere rigettato viene, in primo luogo, lasciata

¹¹ Cfr. J. M. M. CHAN, *What the Court of Final Appeal has not clarified in its Clarification: Jurisdiction and Amicus*, in J. M. M. CHAN - H.L. FU - Y. GHAI (Eds.), *Hong Kong's Constitutional Debate*, Kong Kong, Hong Kong University Press, 2000, p. 171-181, p. 178.

¹² Cfr. *Black's Law Dictionary*, 6th ed., St Paul, Minn., West Publishing Co., 1990, p. 82.

¹³ S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, cit. supra, nota 10, p. 699. Il testo virgolettato appartiene alla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti *Krippendorf v. Hyde*, 110 U.S. 276, 283 (1884) («The equitable powers of courts of law over their own process to prevent abuse, oppression, and injustice are inherent»).

¹⁴ G. G. UMBRIGHT, *An «Amicus Curiae Brief» on Amicus Curiae Briefs at the Wto*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 773-794, p. 774.

¹⁵ N. TROCKER, *L'«Amicus Curiae» nel giudizio davanti alla Corte europea dei Diritti dell'uomo*, cit. supra, nota 10, p. 139.

¹⁶ Ivi, p. 133.

¹⁷ Tale disciplina è contemplata dalla Rule 37 («Brief for an *amicus curiae*») delle *Rules of the Supreme Court of the United States*, il regolamento di procedura della Corte Suprema degli Stati Uniti, adottato l'11 gennaio 1999 e in vigore dal 3 maggio dello stesso anno.

alle parti del processo, stabilendo l'accoglimento automatico dell'*amicus curiae* che sia stato autorizzato da attore e convenuto. Laddove una o entrambe le parti pongano il loro veto, per l'*amicus* sarà comunque possibile presentare una mozione alla Corte Suprema, e ad essa direttamente chiedere l'autorizzazione a presentare la propria memoria. In assenza del consenso delle parti, la Corte ha precisato di non vedere con favore tali mozioni, riservandosi dunque il diritto di accogliere una memoria solo nel caso in cui «it seems unreasonable for the litigants to have withheld consent»¹⁸. Pur sancendo tali restrittivi criteri, la Corte solitamente autorizza la presentazione di *amici curiae* che non abbiano ottenuto l'approvazione delle parti¹⁹.

La Corte Suprema ha indicato una inequivocabile preferenza per gli *amici curiae* che contengano elementi di novità rispetto a quanto presentato dalle parti: «[a]n *amicus curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An *amicus curiae* brief that does not serve this purpose is not favored»²⁰. Tale preferenza non deve essere considerata come una contraddizione rispetto al controllo sulla definizione e trattazione dell'oggetto del processo lasciato in primo luogo alle parti del contenzioso attraverso il consenso che sono chiamate a pronunciare sull'ammissibilità di *amici curiae*. Anche questo aspetto della disciplina costituisce una sintesi tra più esigenze. Vi è infatti la necessità di mantenere l'efficacia e la snellezza della procedura, e dunque di evitare che l'attività della Corte venga inutilmente appesantita dalla lettura di memorie che nessuna novità presentano rispetto a quanto già sostenuto dai diretti contendenti. Inoltre, il ruolo di filtro assegnato alle parti sull'ammissibilità degli *amici curiae*, chiamate a valutare in prima battuta quali memorie debbano essere considerate appropriate e quali non appropriate, non è da intendersi in senso puramente egoistico, dunque come un potere volto a permettere l'espunzione automatica dalla considerazione della Corte di ogni argomentazione giuridica o notizia suscettibile di allontanare la tesi propugnata o la soluzione auspicata. Le parti sono anche chiamate a svolgere una funzione di ausilio della Corte, identificando gli effettivi interessi rappresentati dagli *amici* e sbarrando l'accesso a coloro che, ben lungi dall'essere di aiuto alla Corte, intendano in realtà unicamente avvalersi della risonanza offerta da tale istituto non per arricchire il contraddittorio attraver-

¹⁸ Così Mr Justice Frankfurter in *Lee v. United States* (1952) 343 U.S. 924, citato da E. ANGELL, *The Amicus Curiae: American Development of English Institutions*, cit. *supra*, nota 10, p. 1024.

¹⁹ «[M]otions for leave to file where the parties did not consent were almost always granted unless they were untimely». R. STERN - E. GRESSMAN - S. SHAPIRO, *Supreme Court Practice*, 1986, p. 572, citato in R. E. RAINS, *Fair-Weather Friend of the Court – On writing an Amicus Brief*, in *Trial*, August 1990, p. 57-60, p. 60.

²⁰ *Rule 37*, par. 1, del regolamento di procedura.

so un apporto costruttivo, ma per inquinarlo con elementi faziosi e fuorvianti. Va, infine, sottolineato che il meccanismo di filtro preliminare dei contendenti mette questi ultimi nelle condizioni di conoscere per tempo il contenuto degli *amici curiae*, e dunque elaborare di conseguenza la propria strategia processuale.

Originariamente, la funzione dell'*amicus curiae* era unicamente quella di fornire al giudice la conoscenza di quegli elementi di fatto e di diritto ritenuti dalla Corte stessa importanti per evitare errori e raggiungere un corretto risultato al termine della sua attività di valutazione della controversia. Dunque, l'obiettivo di un *amicus curiae* era assistere il giudice, e non rappresentare e contribuire ad affermare l'interesse di alcuno²¹. Progressivamente, però, come può già desumersi da quanto sopra esposto, l'*amicus* si è trasformato da parte disinteressata a parte rappresentativa di un interesse, di un forte interesse, coincidente con quello di una delle parti principali della causa oppure da questo indipendente. Ad esempio, l'istituto dell'*amicus curiae* ha riscontrato un grandissimo favore presso i movimenti statunitensi dei diritti civili, che in esso hanno trovato uno strumento per dare ai diritti da essi rappresentati quella rilevanza e quello spessore che non riuscivano ad ottenere attraverso il processo politico a causa della loro insufficiente capacità di pressione sul potere legislativo. Attivissime sono le Ong che si interessano di questioni ambientali, nonché le associazioni che rappresentano categorie sociali. Come ben sintetizzato dalla Corte Suprema statunitense, gli *amici curiae* servono dunque «two masters, the court and the client», inteso quest'ultimo come la parte che finanzia il legale che rappresenta il suo interesse con la redazione di una memoria²². L'istituto conosce così la transizione «from neutrality to partisanship, from friendship to advocacy»²³, transizione che ha comportato risposte procedurali per mantenere l'equità del processo e gestire in modo aperto e trasparente tale «judicial lobbying»²⁴. Stabilisce, infatti, la *Rule 37*, par. 6, del Regolamento di procedura della Corte Suprema: «a brief filed under this Rule shall indicate whether counsel for a party authored the brief in whole or in part and shall identify every person or entity, other than the *amicus curiae*, its

²¹ Sul punto si fa rinvio a S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, cit. supra, nota 10; G. MARCEAU - M. STILWELL, *Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs before Wto Adjudicating Bodies*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 155-187, alle pp. 156-157.

²² *Universal Oil Prod. Co. v. Root Ref. Co.*, 328 U.S. 575, 581 (1946), citata in P. ALA'I, *Judicial Lobbying at the Wto: The Debate over the Use of Amicus Curiae Briefs and the U.S Experience*, in *Fordham International Law Journal*, 2000, p. 61-94, p. 87.

²³ *Ibid.* V. anche G. G. UMBRIGHT, *An «Amicus Curiae Brief» on Amicus Curiae Briefs at the Wto*, cit. supra, nota 14, p. 778: «What was once a gesture of friendship has become a deliberate act of advocacy ... What was once an idealistic service to the court has now become an instrument to influence judicial decision-making».

²⁴ P. ALA'I, *Judicial Lobbying at the Wto: The Debate over the Use of Amicus Curiae Briefs and the U.S Experience*, loc. cit., p. 89 ss.

members, or its counsel, who made a monetary contribution to the preparation or submission of the brief.»

Occorre da ultimo evidenziare anche che le corti hanno sempre configurato la partecipazione degli *amici curiae* «as a matter of grace rather than right»²⁵, con la conseguenza che detti *amici* non acquisiscono alcun diritto a vedere le loro memorie riportate o considerate dai giudici nelle sentenze pronunciate.

3. La ricerca da parte delle Ong di un ruolo nel sistema multilaterale di risoluzione delle controversie durante l'Uruguay Round

Data l'ampiezza dei temi trattati nell'Uruguay Round²⁶, gli attori non governativi manifestarono un notevole interesse alla partecipazione ai negoziati, nonché alla definizione dei meccanismi per mantenere la loro presenza nelle attività del sistema multilaterale una volta che i nuovi accordi fossero entrati in vigore²⁷. In particolare, all'inizio degli anni novanta, l'attenzione delle Ong verso il sistema multilaterale degli scambi si intensificò come mai nel passato: la prima controversia dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (Gatt) sul Tonno – il caso *Tonno/Delfini I*, terminato nel 1991 –²⁸ aveva fatto acquisire piena coscienza delle profonde conseguenze che il sistema multilaterale avrebbe potuto avere sul piano politico e sociale nazionale²⁹. Era naturale che le Ong, oltre a contestare quel *report*, si attivassero con aumentata determinazione per poter far sentire la loro voce sia nell'ambito del sistema Gatt 1947, destinato ancora per poco a rimanere in vigore, sia in quello degli organi che avrebbero dovuto gestire i nuovi impegni dell'Uru-

²⁵ S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, cit. supra, nota 10, p. 695.

²⁶ In proposito v. per tutti H. PAEMEN - A. BENSCH, *From the Gatt to the Wto: The European Community in the Uruguay Round*, Leuven, Leuven University Press, 1995.

²⁷ S. CHANOVITZ, *Opening the Wto to Nongovernmental Interests*, in *Fordham International Law Journal*, 2000, p. 173-216, p. 175.

²⁸ *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, Report of the Panel submitted to the Parties on August 16, 1991 (not adopted), in *International Legal Materials*, 1991, p. 1594-1623. Su tale controversia cfr. F. FRANCIONI, *Gatt e applicazione extraterritoriale di norme nazionali sulla conservazione delle specie marine*, in U. LEANZA (a cura di), *La pesca e la conservazione delle risorse biologiche nel Mare Mediterraneo*, Napoli, Editoriale scientifica, 1992, p. 87-95; F. MUNARI, *La libertà degli scambi internazionali e la tutela dell'ambiente*, in *Riv. dir. int.*, 1994, p. 389-429, alle p. 396 ss.

²⁹ «[U]ntil very late in the day, perhaps until the Tuna-Dolphin disputes, ... Gatt practitioners genuinely failed to understand the deep social and political domestic consequences of the regime and disciplines of which they were custodians and their implications for constituencies beyond governments in general and trade ministers in particular. They should, perhaps, be forgiven, since these constituencies often lived in the same blissful ignorance». J. H. H. WEILER, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats – Reflections on the Internal and External Legitimacy of Wto Dispute Settlement*, in *Journal of World Trade*, 2001/2, p. 191-207, p. 196.

guay Round. Esse, infatti, contestavano la legittimità di un meccanismo contenzioso, chiamato anche a bilanciare il valore della liberalizzazione degli scambi con quello della tutela ambientale, operante a porte chiuse, elitario e di carattere monotematico nella sua composizione, essendo i *panelist* prevalentemente funzionari dei ministeri nazionali per il commercio con l'estero o comunque professionisti con esperienza in materia di commercio internazionale, dunque senza una solida preparazione scientifica sulle questioni ambientali. Le Ong asserivano che il grado di confidenzialità e riservatezza di una controversia dovesse essere inversamente proporzionale all'incidenza che l'oggetto di tale controversia fosse suscettibile di avere su interessi generali, e ciò in ragione del fatto che la partecipazione del pubblico, realizzata in condizioni di informazione tempestiva e piena trasparenza – e dunque consapevolezza – degli sviluppi processuali, risultava imprescindibile ai fini di una adeguata gestione e di un corretto bilanciamento di tutti gli interessi in gioco³⁰.

Alcune delegazioni, in particolare gli Stati Uniti, avevano tentato di far inserire una disposizione nel testo del Dsu che contemplasse la possibilità per le Ong, così come per altri enti, di presentare direttamente ai *panel* le loro osservazioni. La proposta di inserire l'istituto dell'*amicus curiae* fu però respinta dalla maggioranza dei negoziatori³¹. I quali raggiunsero un *consensus* solo per la codificazione dell'attuale art. V dell'Accordo istitutivo dell'Omc. Quest'ultimo dispone che il Consiglio generale ha il potere di «adottare adeguate disposizioni per tenere consultazioni o per cooperare con organizzazioni non governative operanti in settori attinenti a quelli contemplati dall'Omc».

³⁰ Cfr. in proposito i passaggi di alcune sentenze e della dottrina richiamate dagli arbitri del caso *Methanex* proprio per decidere sull'ammissibilità di *amici curiae* nel contenzioso Nafta (*Methanex Corporation v. United States of America, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as Amici Curiae*, 15 January 2001, par. 30, in http://www.iisd.org/trade/investment_regime.htm): una corte australiana – la *New South Wales Court* nel caso deciso nel 1995 *Commonwealth of Australia v. Cockatoo Dockyard Pty Ltd*, riportato p. 19 della decisione *Methanex* – si chiedeva «[c]an it be seriously suggested that [the] parties' private agreement can, endorsed by a procedural direction of an arbitrator, exclude from the public domain matters of legitimate concern ...»; il prof. HANS SMIT, citato da un'altra corte australiana nel caso deciso nel 1993 *Esso/BP v. Plowman* – riportata p. 20 della decisione *Methanex* – ha inoltre affermato: «[I]n determining to what extent arbitration is confidential, proper consideration must also be given to the public interest in knowing how disputes are settled ...»; v. anche M. MAHER, *Friend of the Court*, in *Trial*, June 1991, p. 7, il quale cita diversi esempi in cui i giudici statunitensi hanno stabilito che i documenti utilizzati in un processo non contenenti veri e propri segreti commerciali devono essere desegretati laddove «health and safety concerns of the public are so vitally affected». Sul caso *Methanex* cfr. più diffusamente P. MENGOZZI, *Private International Law and Wto Law*, The Hague Academy of International Law, 2002, cap. 4; P. DUMBERRY, *The Admissibility of Amicus Curiae Briefs by Ongo in Investors-States Arbitration: The Precedent set by the Methanex Case in the Context of Nafta Chapter 11 Proceedings*, in *Non-State Actors and International Law*, 2002, p. 201-214; H. MANN, *Opening the Doors, at Least a Little: Comment on the Amicus Decision in Methanex v. United States*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, 2001, p. 241-245.

³¹ WT/DSB/M/37, *Minutes of the Meeting Held in the Centre William Rappard on 25 September 1997*, 4 November 1997, dichiarazione del rappresentante del Giappone, p. 28.

4. I primi passi delle Ong dopo la conclusione degli Accordi di Marra-kech

Nonostante non fosse stato possibile pervenire alla espressa previsione di un ruolo delle Ong nel sistema di risoluzione delle controversie, dette associazioni non hanno mai desistito dal proposito di partecipare a quel sistema. Esse sottolineavano che, grazie alla loro competenza tecnica, avrebbero potuto fornire ai collegi giudicanti dell'Omc elementi di fatto e di diritto utili a maturare decisioni maggiormente informate in aree nuove e complesse, implicanti un temperamento tra commercio e ambiente, tutela della salute, dei principi base di politica sociale e in generale dei diritti fondamentali; e che la loro semplice partecipazione avrebbe di per sé migliorato la legittimità del sistema multilaterale, in quanto, per loro tramite, sarebbe stata data voce al pubblico al fine di considerare se ed in quale modo avrebbe dovuto operarsi il temperamento tra politiche non commerciali aventi riflessi sugli scambi e liberalizzazione degli stessi³². Inoltre, dottrina ed esperti non hanno certo mancato di continuare a sottolineare l'importanza di un'apertura del sistema multilaterale alle professionalità competenti nei cosiddetti «trade-and»³³, richiamando la centralità che i documenti internazionali più significativi in materia di sviluppo sostenibile riconoscono alla partecipazione del pubblico per la realizzazione di detto sviluppo³⁴. Per quanto riguarda, in particolare, il contenzioso del sistema multilaterale degli scambi, uno dei cosiddetti «principi Winnipeg» su commercio e sviluppo sostenibile precisava pro-

³² Cfr. R. SHELL, *Trade Legalism and International Relations Theory: An Analysis of the World Trade Organization*, in *Duke Law Journal*, 1995, p. 829 ss., citato da J. PEEL, *Giving the Public a Voice in the Protection of the Global Environment: Avenues for Participation by NGOs in Dispute Resolution at the European Court of Justice and World Trade Organization*, in *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, 2001, p. 47-76, alle p. 63-64.

³³ Commercio e ambiente, commercio e lavoro, commercio e diritti di proprietà intellettuale, commercio e concorrenza. V. S. CHARNOVITZ, *Participation of Nongovernmental Organizations in the World Trade Organization*, in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1996, p. 331-357. Sulla nozione di «trade-and» cfr. J. L. DUNOFF, «Trade and»: Recent Developments in Trade Policy and Scholarship – And Their Surprising Political Implications, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1996-97, p. 759-774.

³⁴ Cfr. il principio 10 della Dichiarazione di Rio, in base al quale «[e]nvironmental issues are best handled with participation of all concerned citizens, at the relevant level» (*Rio Declaration on Environment and Development*, United Nations Conference on Environment and Development (Unced), U.N. Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I), 1992). Parimenti, l'Agenda 21, al par. 2 del Capitolo 23, che apre la sezione III («Strengthening the role of major groups») stabilisce che «[o]ne of the fundamental prerequisites for the achievement of sustainable development is broad public participation in decision-making» e al par. 1 del Capitolo 27 («Strengthening the role of non-governmental organizations: Partners for sustainable development») afferma che «[n]on-governmental organizations play a vital role in the shaping and implementation of participatory democracy» (v. anche il Capitolo 8, dedicato a «Integrating environment and development in decision-making»). Agenda 21, United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), U.N. Doc. A/CONF. 151/26 (Voll. I, II, III), 1992. Sul punto v. da ultimo P. RODGERS KALAS, *International Environmental Dispute Resolution and the Need for Access by Non-State Entities*, in *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, 2001, p. 191-244.

prio che i *panel* del Gatt avrebbero dovuto prendere in considerazione le memorie scritte provenienti dalle Ong³⁵.

Dopo poco più di un mese dalla firma degli accordi di Marrakech (15 aprile 1994), nell'ambito della seconda controversia sul Tonno (*Tonno/Delfini II*)³⁶, le Ong continuavano così a rivendicare l'accesso al meccanismo di risoluzione delle controversie. Ed erano naturalmente gli Stati Uniti a dover, in primo luogo, far fronte alla risolutezza delle Ong, dato che la maggioranza delle associazioni più attive e dotate di preparazione tecnica aveva sede negli Usa. Inoltre, l'esecutivo americano aveva ricevuto un compito molto chiaro dal Congresso statunitense al momento dell'approvazione dei risultati dell'Uruguay Round: esso doveva lavorare alla piena affermazione del principio di trasparenza in seno all'Omc, attraverso la predisposizione e l'adozione di procedure aperte ed eque nell'ambito della Conferenza ministeriale, del Consiglio generale nonché del sistema di risoluzione delle controversie³⁷.

In un tale contesto, Mickey Kantor, che allora rivestiva la carica di Rappresentante per il commercio degli Stati Uniti (*United States Trade Representative*, Ustr), dopo aver dichiarato che le controversie Gatt rappresentavano degli «star chamber proceedings that are making the most important decisions that affect the lives of all of our citizens –especially in the environmental area», in cui «there is no accountability whatsoever»³⁸, naturalmente richiese nell'ambito del contenzioso *Tonno/Delfini II* che il Consiglio del Gatt o lo stesso *panel* incaricato di formulare un rapporto sulla controversia predisponessero delle audizioni pubbliche, consentissero la partecipazione delle Ong e rendessero immediatamente accessibili tutti i documenti inoltrati, da qualunque fonte, nell'ambito di quel contenzioso³⁹.

³⁵ «[Gatt panels] should entertain written submissions from non-governmental organizations». International Institute for Sustainable Development, Trade and Sustainable Development Principles 30-31 (1994), riportato in S. CHARNOVITZ, *Opening the Wto to Nongovernmental Interests*, cit. supra, nota 27, p. 177 (nota 18).

³⁶ *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, Report of the Panel submitted to the Parties on June 16, 1994, (not adopted), in *International Legal Materials*, 1994, p. 842-899. Su tale report cfr. F. FRANCONI, *La tutela dell'ambiente e la disciplina del commercio internazionale*, in AA.VV., *Diritto e Organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, cit. supra, nota 1, p. 147-179.

³⁷ Cfr. la Sezione 126, dedicata alla «Increased transparency» dell'Uruguay Round Agreements Act (Uraa), l'atto con il quale il Congresso statunitense ha approvato i risultati dell'Uruguay Round: «The Trade Representative shall seek the adoption by the Ministerial Conference and General Council of procedures that will ensure broader application of the principle of transparency and clarification of the costs and benefits of trade policy actions, through the observance of open and equitable procedures in trade matters by the Ministerial Conference and the General Council, and by the dispute settlement panels and the Appellate Body under the Dispute Settlement Understanding». Public Law 103-465, 108 Stat. 4809, p. 4834.

³⁸ Remarks on Trade and Environment at the Global Legislators Organization for a Balanced Environment (Feb. 28, 1994), riportato in S. CHARNOVITZ, *Opening the Wto to Nongovernmental Interests*, cit. supra, nota 27, p. 178 (nota 25).

³⁹ Cfr. il comunicato stampa dello USTR *USTR Kantor to Challenge Gatt Panel's Failure to Provide Open Hearings and Due Process Regarding U.S. Tuna Embargoes, Substantive Matters*,

Una volta entrati in vigore gli Accordi Omc, il primo caso ad arrivare dinanzi ad un *panel* e, successivamente, all'Organo d'appello, fu quello sulla cosiddetta «Gasoline Rule», la disciplina adottata dall'Agenzia statunitense per la protezione dell'ambiente (*Environmental Protection Agency*, Epa) per definire i parametri della benzina commercializzabile sulla base del *Clean Air Act*, la legislazione volta a controllare e ridurre l'inquinamento atmosferico negli Stati Uniti⁴⁰. Poco dopo veniva introdotta la controversia sulla *Carne agli Ormoni*⁴¹. Il sistema Omc si doveva dunque cimentare subito su questioni scottanti e di grande risonanza per la società civile, come il rapporto tra liberalizzazione degli scambi e tutela di una risorsa esauribile quale l'aria (*Benzina riformulata*), nonché quello tra commercio e tutela della salute e dei consumatori (la disputa sulla *Carne agli ormoni*). In entrambi i casi furono inviate comunicazioni da non-Membri al Segretariato dell'Omc, affinché le inoltrasse ai *panel* o all'Organo d'appello⁴². Il Segretariato, in ottemperanza naturalmente con le indicazioni delle parti contraenti, osservava comunque una politica di stretta confidenzialità e indipendenza dei *panel*, conformemente alla prassi del Gatt 1947, e dunque trasmetteva direttamente ai *panel* solo le memorie provenienti dalle parti principali o dalle parti terze, eventualmente dando notizia della ricezione di comunicazioni provenienti da altre fonti, che non sempre i *panelists* avrebbero chiesto di visionare⁴³. Se, nel caso *Benzina riformulata*, le Ong che avevano inviato le loro memorie all'Omc non ricevettero più alcuna notizia dal Segretariato⁴⁴, nella controversia *Carne agli ormoni* lo staff legale dell'Omc restituì alle Ong quanto ricevuto, precisando che il sistema multilaterale non consentiva la ricezione di materiale

May 23, 1994, citato da A. RENISCH - C. IRGEL, *The Participation of Non-Governmental Organizations (NGOs) in the Wto Dispute Settlement System*, in *Non-State Actors and International Law*, 2001, p. 127-151, nota 3 p. 128.

⁴⁰ WT/DS2/R, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Report of the Panel, 29 January 1996; WT/DS2/AB/R, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Report of the Appellate Body, 29 April 1996.

⁴¹ WT/DS26/R/USA, WT/DS48/R/CAN, European Communities - Measures Affecting Livestock and Meat (Hormones), Report of the Panel of 18 August 1997; WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, European Communities - Measures Affecting Livestock and Meat (Hormones), Report of the Appellate Body of 16 January 1998.

⁴² Cfr. G. MARCEAU - M. STILWELL, *Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs before Wto Adjudicating Bodies*, cit. *supra*, nota 21, p. 158. Per un esempio di memoria inoltrata da una Ong all'Organo di appello si veda *Comments to the Appellate Body of the World Trade Organization Concerning European Communities – Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, presentata da *Public Citizen* il 31 ottobre 1997 affinché in sede di impugnazione si provvedesse ad eliminare diversi errori compiuti dal *panel*. La memoria è disponibile sul sito internet di *Public Citizen*: <http://www.citizen.org/pctrade/gattwto>.

⁴³ Tuttavia, è stato anche segnalato che un *panelist*, nel caso sugli ormoni, approfittò di un suo periodo di vacanza negli Stati Uniti per andare a cercare presso una delle Ong che aveva inoltrato una memoria il testo di tale documento. Cfr. L. WALLACH, *Transparency in Wto Dispute Resolution*, in *Law & Policy in International Business*, 2000, p. 773-778, p. 775.

⁴⁴ *Ibidem*.

spontaneamente presentato da parti private, e suggerendo di contattare una delle parti principali della controversia al fine di potere, per suo tramite, far conoscere i loro punti di vista⁴⁵. Dinanzi al *panel* dei *Gamberetti*, nella fase preliminare, analogo fu il trattamento riservato alle memorie inoltrate dalle Ong⁴⁶. Va sottolineato comunque che, quantomeno nella controversia sulla *Carne agli ormoni* e nonostante la «politica di restituzione» del Segretariato Omc, sia i membri del *panel* che quelli dell'Organo d'appello avrebbero avuto a disposizione in ciascuna udienza gli *amici curiae* inviati dalle Ong⁴⁷.

In questa fase gli Stati Uniti dovevano ancora completare la definizione di una politica complessiva post-Uruguay Round sulla partecipazione delle Ong al sistema di risoluzione delle controversie, attuando sotto tale profilo il principio di trasparenza in seno all'Omc richiesto dal Congresso nell'atto di approvazione dei risultati di Marrakech.

Venivano già comunque osservate alcune procedure interne di trasparenza, in particolare l'obbligo per l'ufficio dello Ustr di notificare al comitato congressuale competente per materia la costituzione di un *panel* contro gli Stati Uniti, da affiancarsi alla pubblicazione, sulla *Federal Gazette*, della notizia di ogni controversia che vedesse coinvolto, in quanto attore o convenuto, il Paese nordamericano⁴⁸. Tutti coloro che fossero interessati potevano così sistematicamente informarsi sull'esistenza di una data controversia, e sulla possibilità di far pervenire osservazioni in merito allo Ustr. Sicuramente, il contenuto dei *memoranda* delle Ong, nella misura in cui fosse stato coincidente con le argomentazioni decise dal governo statunitense, veniva ripreso nelle memorie di quest'ultimo. Si era però incerti sull'opportunità di allegare l'intero testo delle osservazioni delle Ong alle memorie Usa, da inoltrare ai *panel* e all'Appello, laddove le prime fossero in contraddizione con le seconde, oppure sviluppasse argomenti che si sarebbero rivelati problematici in altri settori o circostanze, e che pertanto il governo statunitense aveva deciso di omettere nella preparazione del caso.

Nel maggio 1997 fu organizzato dal Segretariato dell'Omc un Simposio su commercio, ambiente e sviluppo sostenibile. Le Ong intervenute, ritenen-

⁴⁵ Intervista con Martin Wagner, Staff Attorney Director, International Program Earthjustice, USA, agosto 2001.

⁴⁶ «The *amicus* brief, which was originally submitted by Cmc and Ciel to the Panel on 28 July 1997, was rejected by the Secretary to the Panel by letter stating «the Wto dispute settlement system is open to Wto Members only and, as a result, non-governmental organizations may not submit materials to a dispute settlement panel (except at the panel's invitation)»». Center for International Environmental Law (Ciel), *Motion to Submit Amicus Brief to the Panel on United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, 17 September 1997, in <http://www.ciel.org/second.html>.

⁴⁷ Intervista con MARTIN WAGNER, Staff Attorney Director, International Program Earthjustice, USA, agosto 2001.

⁴⁸ Cfr. la Sezione 123 (d) e la Sezione 127 (b) dell'Uraa, Public Law 103-465, *cit. supra*, nota 37, alle p. 4830, 4831, 4835.

do troppo limitata e limitante la possibilità di vedere le loro osservazioni portate innanzi agli organi del contenzioso solo laddove uno degli Stati parti della controversia le condividesse, non si lasciarono certo sfuggire l'occasione per ribadire la necessità di costruire un canale di interazione con detti organi che fosse da loro utilizzabile in modo indipendente, non soggetto pertanto ad alcun tipo di filtro o condizionamento di carattere «governativo»⁴⁹.

A questo punto, la controversia sui *Gamberetti*, una mossa ben congegnata di una Ong nella presentazione delle proprie osservazioni al *panel* istituito per risolvere tale disputa, la definizione da parte degli Stati Uniti della strategia da perseguire riguardo le parti private e l'apertura al pubblico del sistema di risoluzione delle controversie, nonché l'atteggiamento positivo dell'Organo d'appello a detta strategia, imprimono la svolta decisiva per la questione degli *amici curiae* nel sistema multilaterale del commercio.

5. Gli *amici curiae* dinanzi ai *panel* Omc

a. *La prima apparizione formale degli amici curiae in un report di un panel Omc: il caso Gamberetti*

Nella disputa sui *Gamberetti*⁵⁰, India, Malesia, Pakistan e Tailandia avevano attaccato la legislazione statunitense che imponeva indistintamente a tutti i pescatori di gamberetti che intendessero accedere al mercato Usa l'utilizzazione di speciali reti, dotate di *Turtle Excluder Devices* («Teds») – ossia di meccanismi di esclusione delle tartarughe – volti ad impedire che alcune specie di tartarughe marine in via di estinzione rimanessero accidentalmente intrappolate e quindi annegassero durante le operazioni di pesca dei gamberetti⁵¹. Il divieto generalizzato, e non ristretto ai soli pescatori statunitensi o ai

⁴⁹ V. *Wto Symposium on Trade, Environment and Sustainable Development*, Comunicato stampa Omc PRÉSS/TE 019, 14 Agosto 1997, p. 8.

⁵⁰ WT/DS58/R, United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Panel Report of 15 May 1998, WT/DS58/AB/R, United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Appellate Body Report of 12 October 1998. Per un commento sui *reports* del *panel* e dell'Organo di appello nel caso Shrimp/Turtle cfr. A. BIANCHI, *The Impact of International Trade Law on Environmental Law and Process*, in F. FRANCIONI (Ed.), *Environment, Human Rights and International Trade*, cit. *supra*, nota 1, p. 105-134; B. PULS, *The Murky Waters of International Environmental Jurisprudence: A Critique of Recent Wto Holdings in the Shrimp/Turtle Controversy*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, 1999, p. 343-379; J. WERKSMAN, *Note on United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, 1999, p. 78-82. V. anche D. A. MOTAAL, *Trade and Environment in the World Trade Organization: Dispelling Misconceptions*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, 1999, p. 330-335.

⁵¹ Si tratta della *Section 609* della *US Public Law 101-162* (codificata in 16 USC 1537, che modifica lo *Endangered Species Act* del 1973, in 16 USC § 1531) e della *Revised Notice of Guidelines for Determining Comparability of Foreign Programs for the Protection of Turtles in Shrimp Trawl Fishing Operations* (in 61 Fed. Reg. 17342 del 19 aprile 1996).

gamberetti pescati nelle acque statunitensi, era considerato dai ricorrenti una restrizione quantitativa incompatibile con l'art. XI del Gatt 1994; gli Stati Uniti cercavano quindi di giustificarlo in base all'art. XX, lett. g. dell'Accordo sulle merci, asserendo che si trattava di una misura relativa alla conservazione di una risorsa naturale esauribile, misura non discriminatoria o ingiustificata, né tanto meno integrante, anche sotto l'aspetto delle modalità applicative, l'ipotesi di una restrizione dissimulata per il commercio internazionale.

Si profilava dunque un caso quanto mai spinoso sul rapporto tra commercio e ambiente, in particolare tra commercio e preservazione della biodiversità, per giunta innestato sulla delicata distinzione operata dal sistema multilaterale tra caratteristiche incorporate nel prodotto e processi e metodi produttivi non incorporati nel bene finale (*process and production methods*, Ppms)⁵². Le Ong specializzate in questioni ambientali non volevano naturalmente mancare neppure in questa occasione⁵³, consapevoli della rilevanza e delle implicazioni future che l'esito della controversia avrebbe potuto assumere per la definizione del rapporto tra la liberalizzazione degli scambi e i valori pubblici contemplati dalle clausole sulle eccezioni generali dell'Omc. Ci fu dunque l'ennesimo invio di *amici curiae* al *panel* incaricato di risolvere la controversia. Ma, questa volta, la tattica adottata da una delle Ong che avevano inoltrato le loro osservazioni impedì al *panel* di continuare ad ignorare le memorie private: il *report* del gruppo speciale dei *Gamberetti*, infatti, è il primo ad attestare ufficialmente l'avvenuta presentazione di *amici curiae* in un contenzioso Omc.

Nella controversia in oggetto furono presentate al *panel* e alle parti principali della controversia due memorie, qualificate come «*amicus briefs*»⁵⁴, da parte di due gruppi di Ong. Il 28 luglio 1997 il *panel* ricevette la prima memoria congiunta dal *Center for International Environmental Law* (Ciel) e dal *Center for Marine Conservation* (Cmc); quindi, il 16 settembre 1997 fu il *World Wild Fund for Nature* (Wwf) a presentare un documento articolato sulla controversia. Molto astutamente, il Wwf non si limitò ad inviare il proprio *amicus curiae* al presidente del *panel* e alle parti della controversia, ma lo indi-

⁵² Sul punto cfr. da ultimo S. CHARNOVITZ, *The Law of Environmental «PPMs» in the Wto: Debunking the Myth of Illegality*, in *The Yale Journal of International Law*, 2002, p. 59-110; E. BARONCINI, *L'articolo XX Gatt e i metodi di produzione non collegati ai prodotti*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? Wto e Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003.

⁵³ J. PEEL, *Giving the Public a Voice in the Protection of the Global Environment: Avenues for Participation by NGOs in Dispute Resolution at the European Court of Justice and World Trade Organization*, cit. *supra*, nota 32, p. 64.

⁵⁴ Le modalità di invio direttamente al *panel* e alle parti sono precisate nello stesso *report*: v. WT/DS58/R, par. III.155-160, e par. VII.7-10. Sulla progressiva affermazione degli *amici curiae* nel sistema Omc v. P. MENGOZZI, *Private International Law and Wto Law*, The Hague Academy of International Law, 2002, cap. 4; M. DI STEFANO, *Soluzione delle controversie nell'OMC e nel diritto internazionale*, cit. *supra*, nota 1, p. 190 ss.; M. VELLANO, *L'Organo d'appello dell'Omc*, cit. *supra*, nota 1, p. 193 ss.

rizzò anche agli ambasciatori e ai rappresentanti permanenti dei Membri Omc a Ginevra, anticipando inoltre che avrebbe distribuito la propria memoria ai pertinenti enti governativi e Ong, sia a livello nazionale che internazionale.

L'iniziativa colpì nel segno, in quanto diede una visibilità difficilmente minimizzabile all'avvenuto inoltro di *amici curiae*, imponendo ed avviando un dibattito molto serrato tra i Membri Omc in seno all'Organo di soluzione delle controversie (*Dispute Settlement Body*, Dsb) sulla possibilità di identificare nell'Intesa Omc una base giuridica per l'ammissibilità di *amici curiae* da parte dei *panel*. Nella riunione del Dsb del 25 settembre 1997, che dedicò una parte dei lavori proprio alla comunicazione divulgata dal Wwf, le dichiarazioni dei rappresentanti dei Membri Omc intervenuti rivelano già con sufficiente chiarezza il quadro politico dei sostenitori e dei detrattori degli *amici curiae* nel contenzioso Omc. I Paesi in via di sviluppo (Pvs) si schieravano contro un tale tipo di presenza delle parti private, che non potrebbe assolutamente essere desunta dal sistema di partecipazione al meccanismo di risoluzione delle controversie così come definito dall'Uruguay Round, e che, comunque, non dovrebbe neppure essere inserita attraverso una apposita modifica dell'Intesa, affermando apertamente la loro opposizione di principio ad un qualunque tipo di contributo apportato dalle parti private ad una disputa Omc. I paesi industrializzati manifestavano anch'essi una posizione contraria, oppure decidevano, per il momento, di non pronunciarsi apertamente sulla questione⁵⁵. Gli unici ad esprimersi a favore degli *amici curiae* furono gli Stati Uniti, realizzando un'apertura non solo a favore delle Ong, ma, più in generale, di chiunque sia «non-party» del sistema multilaterale. Essi concordarono con gli altri Membri Omc intervenuti sull'inesistenza di un *diritto* per il Wwf, come per qualunque altro tipo di ente, di presentare memorie ad un *panel*; ma dall'inesistenza di un tale diritto non ritenevano dovesse conseguire un *divieto* per i *panel* di valutare se prendere in considerazione o meno le opinioni sul diritto Omc compiute anche da chi non sia Membro del sistema. I *panel*, dichiararono gli Stati Uniti, «were composed of well-qualified governmental and non-governmental individuals which had a wide spectrum of experience and enjoyed independence in their work. They did not need to be sheltered from information submitted by a *non-party*. Panels were made of intelligent individuals and [the Us] delegation believed that panels could be entrusted to determine what weight should be given to such kind of information»⁵⁶.

⁵⁵ Si vedano le dichiarazioni di Argentina, Brasile, Giamaica, India, Messico, Tailandia, intervenute anche a nome dei paesi ASEAN, e Venezuela, nonché quelle della Comunità europea e del Giappone, in WT/DSB/M/37.

⁵⁶ WT/DSB/M/37, p. 28, il corsivo è nostro.

Il gruppo speciale dei *Gamberetti* ha deciso sul punto distinguendo a seconda che le parti abbiano o meno «incorporato» le comunicazioni delle Ong nelle proprie memorie. Esso ha stabilito che contendenti e parti terze sono assolutamente liberi di allegare alla propria memoria qualunque documento essi considerino rilevante, dunque anche gli *amici curiae* delle Ong, che attraverso tale «tecnica» possono fare ingresso nel contenzioso ginevrino. A fronte di tale tipo di inserimenti, il *panel* ha fissato per le controparti due settimane di tempo per rispondere al nuovo materiale⁵⁷.

Per quanto riguarda, invece, le comunicazioni non richieste e non allegate dalle parti alle proprie memorie, il *panel* ha ritenuto di non avere il potere di prenderle in considerazione. La motivazione di tale conclusione si basa a. sulla constatazione che la lettera dell'art. 13 Dsu statuisce molto chiaramente che l'iniziativa della ricerca di informazioni e la scelta della fonte cui richiedere dette informazioni spettano al *panel*⁵⁸; e b. sulla successiva precisazione che accogliere informazioni non richieste da fonti non governative sarebbe incompatibile con le disposizioni del Dsu «as currently applied», «telles qu'elles sont actuellement appliquées», «como se aplican actualmente». Potrebbe dirsi che il *panel* non abbia voluto assumersi la responsabilità di essere l'autore di una rigida risposta negativa all'ammissibilità di *amici curiae*. Da qui la precisazione che l'incompatibilità dell'accoglimento di informazioni non richieste non è con le norme dell'Intesa, ma con la loro «applicazione». Sembrerebbe un'apertura verso le potenzialità che il Dsu può esprimere laddove le sue disposizioni venissero applicate in modo diverso, una diversa applicazione che il *panel* ritiene però siano altri a dover indicare e quindi compiere⁵⁹.

⁵⁷ Di tale facoltà si sono avvalsi gli Stati Uniti, che hanno incorporato nella propria memoria la sezione III dell'*amicus curiae* presentato da CIEL e CMC. Cfr. WT/DS58/R, par. VII.8.

⁵⁸ Tale disposizione, dedicata al «Diritto di chiedere informazioni», stabilisce che «[c]iascun panel ha diritto di chiedere informazioni e consulenze tecniche a qualunque persona o organismo ritenga opportuno».

⁵⁹ «We had not requested such information as was contained in the above-mentioned documents. We note that, pursuant to Article 13 of the Dsu, the initiative to seek information and to select the source of information rests with the Panel. In any other situations, only parties and third parties are allowed to submit information directly to the Panel. Accepting non-requested information from non-governmental sources would be, in our opinion, incompatible with the provisions of the Dsu as currently applied. We therefore informed the parties that we did not intend to take these documents into consideration. We observed, moreover, that it was usual practice for parties to put forward whatever documents they considered relevant to support their case and that, if any party in the present dispute wanted to put forward these documents, or parts of them, as part of their own submissions to the Panel, they were free to do so. If this were the case, the other parties would have two weeks to respond to the additional material. We noted that the United States availed themselves of this opportunity by designating Section III of the document submitted by the Center for Marine Conservation and the Center for International Environmental Law as an annex to its second submission to the Panel». WT/DS58/R, par. VII.8.

È stato comunque rilevato che il *panel*, pur rigettando l'*amicus curiae* del Wwf perché non allegato alle memorie di alcuna parte al procedimento, ha basato la propria stesura della parte in fatto anche sui dati riportati nella comunicazione di quella Ong⁶⁰.

b. *Le dichiarazioni degli Stati Uniti alla Conferenza Ministeriale dell'Omc del maggio 1998 e il procedimento di appello nella controversia sui Gamberetti*

Nel maggio 1998, proprio nei giorni in cui il *report* del *panel* sui *Gamberetti* veniva fatto circolare tra i Membri Omc, aveva luogo la Conferenza Ministeriale di Ginevra per celebrare i 50 anni del sistema multilaterale del commercio. Nelle dichiarazioni rese in tale occasione, il *Trade Representative* e il Presidente degli Stati Uniti allora in carica, Charlene Barshefsky e William J. Clinton, esposero compiutamente il modo in cui il governo statunitense aveva deciso di eseguire il mandato ricevuto dal Congresso di promuovere la trasparenza anche nel sistema di risoluzione delle controversie dell'Omc⁶¹. Ad avviso degli Stati Uniti, *panel* ed Organo d'appello dovrebbero essere messi nelle condizioni di rendere pubbliche le udienze con le parti, queste ultime dovrebbero rendere immediatamente accessibili le loro memorie, ed altrettanto dovrebbe essere fatto per gli altri tipi di documenti eventualmente inoltrati agli organi del Dsu. Il sistema Omc dovrebbe poi predisporre le procedure necessarie per far sì che non solo le Ong ma, più in generale, le parti private, possano far pervenire le loro opinioni al contenzioso di Ginevra⁶², in merito al quale non si vedono ragioni di esclusione per il pubblico interessato⁶³.

⁶⁰ V. J. CAMERON - K. R. GRAY, *Principles of International Law in the Wto Dispute Settlement Body*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2001, p. 248-298, p. 291, nota 219.

⁶¹ Quanto l'esecutivo Usa intendeva promuovere per il meccanismo di risoluzione delle controversie va inserito nell'obiettivo più generale del Paese nordamericano di migliorare l'apertura al pubblico del sistema multilaterale e la possibilità di controllo su quanto in seno ad esso operato: «[W]e must modernize the Wto by opening its doors to the scrutiny and participation of the public. We have learned, through long trial and error, that governments work best when their operations are open to those who are affected by their actions – that, as American Supreme Court Justice Louis Brandeis famously said, «sunshine is the best of disinfectants». The Wto should take every feasible step to bring openness and accountability to its operations». WT/FIFTY/H/ST/8, *Statement by H.E. Mr. William J. Clinton, President of the United States at the 1998 Geneva Wto Ministerial Conference*, 18 May 1998.

⁶² «Today, there is no mechanism for private citizens to provide input in these trade disputes. I propose that the Wto provide the opportunity for stakeholders to convey their views, such as the ability to file «amicus briefs», to help inform the panels in their deliberations». WT/FIFTY/H/ST/8, *Statement by H.E. Mr. William J. Clinton, President of the United States at the 1998 Geneva Wto Ministerial Conference*, 18 May 1998.

⁶³ «We also believe there is no reason the interested public should be excluded from observing dispute settlement proceedings or filing *amicus* briefs». WT/MIN(98)/ST/57, *United States – Statement Circulated by Ambassador Charlene Barshefsky, Trade Representative*, 18 May 1998, sezione dedicata a «The concerns of citizens», p. 8.

Dalle dichiarazioni si passò ben presto ai fatti. Uno dei due motivi di impugnazione proposti poco dopo dagli Stati Uniti nel caso *Gamberetti* riguarda proprio la conclusione del *panel* sull'incompatibilità con le disposizioni del Dsu dell'accoglimento di memorie private non richieste⁶⁴, motivo che verrà accolto in sede di appello.

Il tribunale permanente dell'Omc ha affermato il potere dei *panel* di ricevere *amici curiae* presentando con accuratezza e facendo leva su tre aspetti del meccanismo di risoluzione delle controversie. In primo luogo, l'Appello ha precisato a chi il Dsu abbia riservato il *diritto di essere parte ad un procedimento*, e dunque il *diritto di presentare memorie e di avere quelle memorie prese in considerazione* dai *panel* nonché dall'Organo d'appello. Si tratta esclusivamente dei Membri Omc che abbiano deciso di avviare una disputa o siano stati convenuti in un contenzioso, nonché di quei Membri Omc che, avendo un interesse sostanziale in una questione sollevata dinanzi ad un *panel* nel quale non siano parti principali, decidono di partecipare in qualità di terzi in quel procedimento⁶⁵. Al *diritto* a presentare memorie corrisponde un *obbligo* per i *panel* di accogliere e prendere nella debita considerazione tali memorie. Agli *amici curiae* non può essere attribuito il diritto a presentare comunque le proprie osservazioni, poiché non sono parti del procedimento: di conseguenza la loro ammissibilità e il loro *status* nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie non devono essere valutati alla luce di ciò che i *panel* devono fare, ma esaminando invece ciò che detti organi sono *autorizzati* a fare dall'Intesa. La definizione di «what a panel is authorized to do under the Dsu» viene compiuta precisando, sulla base della lettura congiunta degli artt. 11, 12 e 13 dell'Intesa, quali siano, in generale, *a.* la funzione che i *panel* sono chiamati ad assolvere, e *b.* l'autorità ad essi riconosciuta per svolgere tale funzione. Quindi, ricostruite la funzione dei *panel* e l'autorità ad es-

⁶⁴ «The United States also seeks review by the Appellate Body of the panel's *procedural finding* that accepting non-requested information from non-governmental sources is incompatible with the provisions of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes». WT/DS58/11, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Notification of an Appeal by the United States under paragraph 4 of Article 16 of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (Dsu), 13 July 1998, il corsivo è nostro. Ad avviso dell'appellante, «there is nothing in the Dsu that prohibits panels from considering information just because the information was unsolicited. The language of Article 13.2 of the Dsu is broadly drafted to provide a panel with discretion in choosing its sources of information. When a non-governmental organisation makes a submission to a panel, Article 13.2 of the Dsu authorizes the panel to «seek» such information. To find otherwise would unnecessarily limit the discretion that the Dsu affords panels in choosing the sources of information to consider». WT/DS58/AB/R, par. 9.

⁶⁵ Ai sensi dell'art. 10 Dsu, «[c]iascun Membro che abbia un interesse sostanziale in una questione sottoposta all'esame di un panel e che abbia segnalato il suo interesse al Dsb (denominato nella presente Intesa «terzo») ha la possibilità di presentare la propria posizione al panel e di inviare al panel comunicazioni scritte». L'art. 17, par. 4, dell'Intesa specifica poi che «[i] terzi che hanno notificato al Dsb un interesse sostanziale in una questione ai sensi dell'art. 10.2 possono presentare comunicazioni scritte all'Organo d'appello, e può essere loro offerta la possibilità di esporre a tale organo la loro posizione».

si conferita per esercitarla, l'Organo d'appello procede all'interpretazione della portata da attribuire all'art. 13 dell'Intesa. Tale norma, infatti, disciplina il diritto dei *panel* di «chiedere informazioni [*seek* nella versione ufficiale inglese] a qualsiasi fonte pertinente e [di] consultare esperti per chiedere loro un'opinione», un diritto evidentemente funzionale all'espletamento, da parte dei gruppi speciali, del compito ad essi affidato dall'Intesa.

Ai sensi dell'art. 11 Dsu, un *panel* ha il compito di «procedere a una valutazione oggettiva della questione sottoposta al suo esame, ivi compresa una valutazione oggettiva dei fatti in questione, dell'applicabilità degli accordi contemplati pertinenti e della compatibilità con tali accordi e procedere alle ulteriori constatazioni che possono aiutare il Dsb a formulare le raccomandazioni e le decisioni previste negli accordi contemplati». L'art. 12 autorizza poi i *panel* a derogare alle regole di procedura contenute nell'Appendice 3 dell'Intesa, previa consultazione con le parti della controversia, al fine di permettere ai *panel* di dotarsi delle procedure che consentano «una flessibilità sufficiente a garantire [*reports*] di alta qualità, senza inutilmente ritardare i [loro] lavori». Il significato di detta disposizione, congiuntamente al diritto di chiedere informazioni di cui all'art. 13, è dunque che il Dsu «accords to a panel established by the Dsb, and engaged in a dispute settlement proceeding, *ample and extensive authority to undertake and to control the process by which it informs itself both of the relevant facts of the dispute and of the legal norms and principles applicable to such facts*. That authority, and the breadth thereof, is indispensably necessary to enable a panel to discharge its duty imposed by Article 11 of the Dsu». L'Organo d'appello ha pertanto chiarito che le informazioni che un gruppo speciale può domandare ai sensi dell'art. 13 non sono solo quelle di carattere tecnico, come sostenuto dalla Malesia dinanzi al *panel* ⁶⁶, ma comprendono le informazioni di carattere giuridico; e che la lettura congiunta degli artt. 11, 12 e 13 dell'Intesa richiede che venga riconosciuta ai *panel* un'autorità ampia ed estesa nell'impostare e controllare il processo per mezzo del quale detti gruppi speciali acquisiscono informazioni sui fatti della disputa e sul diritto applicabile a detti fatti, in modo tale da espletare al meglio la funzione, ad essi assegnata dal Dsu, di *ius dicere* e di risoluzione della controversia attraverso *report* di alta qualità.

Ribadita dunque quale sia la funzione dei *panel* e precisata l'ampiezza dell'autorità ad essi conferita per assolverla, l'Organo d'appello procede all'interpretazione del solo art. 13 dell'Intesa, sottolineando, appunto alla luce di funzione e potere dei *panel*, che una considerazione meramente letterale,

⁶⁶ «Article 13 merely provided that the Panel itself might seek information and technical advice from any individual or body which it deemed appropriate. It was to be noted that the *amicus brief* comprised not only technical advice but also legal and political arguments. Thus the brief did not fall within the purview of Article 13». Cfr. WT/DS58/R, par. III.157.

ed esclusivamente formale e tecnica, di tale disposizione risulterebbe riduttiva e dissonante rispetto all'obbligo dei *panel* Omc di redigere *reports* di alta qualità: «[a]gainst this context of broad authority vested in panels by the Dsu, and given the object and purpose of the Panel's mandate as revealed in Article 11, we do not believe that the word «seek» must necessarily be read, as apparently the Panel read it, in too literal a manner ... the Panel's reading of the word «seek» is unnecessarily formal and technical in nature ... authority to *seek* information is not properly equated with a *prohibition* on accepting information which has been submitted without having been requested by a panel». L'Organo d'appello conclude pertanto che «[a] panel has the discretionary authority either to accept and consider or to reject information and advice submitted to it, *whether requested by a panel or not*»⁶⁷. Quanto al rischio paventato dagli Stati resistenti per l'enorme carico di lavoro che l'ammissibilità degli *amici curiae* avrebbe potuto implicare per il contenzioso Omc, l'Appello lo neutralizza facendo ricorso ancora una volta alla consistenza del potere di cui i *panel* sono investiti: «[t]he amplitude of the authority vested in panels to shape the processes of fact-finding and legal interpretation makes clear that a panel will *not* be deluged, as it were, with non-requested material, *unless that panel allows itself to be so deluged*»⁶⁸. Infatti, ad avviso del tribunale permanente, i *panel* hanno piena discrezionalità nel valutare il bisogno di ulteriori informazioni, l'ammissibilità e la rilevanza delle notizie ricevute nonché il peso da attribuire ad esse: «[i]t is particularly within the province and the authority of a panel to determine *the need for information and advice* in a specific case, to ascertain the *acceptability* and *relevancy* of information or advice received, and to decide *what weight to ascribe to that information or advice* or to conclude that no weight at all should be given to what has been received»⁶⁹.

Da ultimo, occorre sottolineare che l'Appello, attraverso un esempio volto a dimostrare che la lettura formale e tecnica data dal *panel* al verbo «seek» di cui all'art. 13 Dsu potrebbe condurre a risultati suscettibili di comprimere indebitamente i poteri conferiti ai *panel* dall'Intesa, indica anche una sorta di «procedura» cui attenersi per gestire gli *amici curiae*, già contenente la struttura bipartita – *a.* richiesta di autorizzazione a presentare una memoria, eventualmente seguita da *b.* l'inoltro della memoria stessa – che abbiamo visto essere propria delle Regole di procedura della Corte Suprema degli Stati Uniti, e che verrà ripresa e compiutamente articolata dalla Procedura addizionale adottata nel giudizio di impugnazione del caso *Amianto*: «[t]hat the Panel's reading of the word «seek» is unnecessarily formal and technical in nature

⁶⁷ WT/DS58/AB/R, par. 107-108.

⁶⁸ WT/DS58/AB/R, par. 108.

⁶⁹ WT/DS58/AB/R, par. 104.

becomes clear should an «individual or body» first ask a panel for permission to file a statement or a brief. In such an event, a panel may decline to grant the leave requested. If, in the exercise of its sound discretion in a particular case, a panel concludes *inter alia* that it could do so without «unduly delaying the panel process», it could grant permission to file a statement or a brief, subject to such conditions as it deems appropriate»⁷⁰. Va inoltre rimarcato il ricorso del tribunale permanente ad una terminologia che opera la più ampia e «neutrale» apertura del sistema di risoluzione delle controversie alla società civile, apertura non ristretta alle sole Ong, ma estesa anche ad un semplice individuo. L'Appello indica infatti quali necessità e procedure debbano essere prese in considerazione e predisposte da un *panel* nel valutare se accogliere o meno *amici curiae* presentati non solo da Ong, ma da qualunque «individual or body»: laddove, per l'appunto, «an individual or body» richieda l'autorizzazione a presentare una dichiarazione o una comunicazione, il *panel* ha il potere discrezionale di stabilire se accogliere o declinare la richiesta così presentata, tenendo naturalmente presente anche la necessità di non ritardare ingiustificatamente il procedimento, e fissando le condizioni che ritenga appropriate⁷¹. Tra tali condizioni, come appena visto, l'Organo d'appello indica direttamente quella di procedere a consultazioni sugli *amici curiae* con le parti della controversia per valutarne l'ammissibilità⁷².

Il fronte dei Pvs, affiancato dal Giappone, criticò aspramente l'operato dell'Organo d'appello⁷³. Da un lato, gli Stati Uniti, riguardo la lettera dell'art. 13 osservavano che «there is nothing in the Dsu that prohibits panels from considering information just because the information was unsolicited. The language of Article 13.2 of the Dsu is broadly drafted to provide a panel with discretion in choosing its sources of information. When a non-governmental organisation makes a submission to a panel, Article 13.2 of the Dsu authorizes the panel to «seek» such information. To find otherwise would unnecessarily limit the discretion that the Dsu affords panels in choosing the sources of information to consider»⁷⁴. Dall'altro, ad avviso degli altri Membri Omc sopra ricordati, l'Organo d'appello, intervenendo sulla partecipazione al contenzioso multilaterale, si sarebbe invece lasciato condizionare dall'attivismo delle Ong delle maggiori potenze commerciali⁷⁵, e avrebbe agito *ultra vires*,

⁷⁰ WT/58/AB/R, par. 107. V. anche *infra*, par. 6 c.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² «The exercise of the panel's discretion could, of course, and perhaps should, include consultation with the parties to the dispute». WT/58/AB/R, par. 107.

⁷³ Cfr. le dichiarazioni dei rappresentanti di Tailandia, Pakistan, Malesia, India, Brasile, Messico e Giappone in WT/DSB/M/50, *Minutes of the Meeting Held in the Centre William Rappard on 6 November 1998*, 14 December 1998, p. 1-18.

⁷⁴ WT/DS58/AB/R, par. 9.

⁷⁵ «With regard to *amicus* briefs, the Appellate Body had appeared to have let itself to be over-

avventurandosi indebitamente al di là dei confini dell'interpretazione del diritto secondo gli *standard* definiti dal sistema multilaterale⁷⁶, ed entrando nell'ambito della politica, di esclusiva pertinenza dei Membri Omc⁷⁷.

c. *Il caso Carbon Steel*

La prima occasione che si presentò ad un *panel* di fare rinvio a quanto stabilito dall'Organo d'appello a proposito degli *amici curiae* presentati ad un gruppo speciale si ebbe nel caso *Carbon Steel*⁷⁸. La disputa riguardava la legittimità – alla luce dell'Accordo Omc sulle sovvenzioni e sulle misure compensative – dei dazi imposti dagli Usa su certi prodotti in acciaio di alcune società britanniche private, acquirenti della *British Steel Corporation* (Bsc), impresa pubblica. Gli Stati Uniti ritenevano che detti prodotti dovessero continuare ad essere considerati come sovvenzionati poiché gli assetti produttivi delle aziende private britanniche colpite dai dazi Usa avrebbero continuato ad essere «beneficiari» dai sussidi a suo tempo elargiti alla Bsc, prima che quest'ultima venisse privatizzata. La Comunità europea, invece, sosteneva che, laddove la privatizzazione fosse avvenuta a prezzo di mercato, ciò estinguesse ogni beneficio in capo all'impresa privata acquirente, la cui produzione, pertanto, avrebbe dovuto cessare di essere sottoposta a dazi compensativi.

Dato l'oggetto del contendere, l'industria siderurgica statunitense era molto interessata a che il procedimento multilaterale stabilisse che la privatizzazione di un'impresa a valori di mercato non comportava l'automatica estinzione dell'illegittimità delle sovvenzioni ricevute quando l'ente in que-

awed by the campaign of Ngos of major trading entities». Dichiarazione del rappresentante dell'India, in WT/DSB/M/50, *Minutes of the Meeting Held in the Centre William Rappard on 6 November 1998*, 14 December 1998, p. 10.

⁷⁶ «[I]t would be up to Members through the collective judgement to assume the political responsibility of such a juridical innovation. The standard of interpretation in the Dsu was that of strict interpretation. As stated in Article 3.2 of the Dsu, the aim of this strict interpretation was to preserve the rights and obligations of Members. Therefore, decisions and recommendations of the Dsb «could not add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements»». Dichiarazione del rappresentante del Brasile, in WT/DSB/M/50, p. 13.

⁷⁷ «[The Appellate Body] had ... intruded upon Members' prerogative as negotiators to establish the bounds of participation in the Wto. Such issues should be decided by Members. The Appellate Body, which was only a judiciary, was in this case writing the rules of participation with Members standing in judgement of its actions. This reversal of roles was anomalous and unforeseen». Dichiarazione del rappresentante della Thailandia, in WT/DSB/M/50, p. 3.

⁷⁸ WT/DS138/R, *United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, Report of the Panel, 23 December 1999. Su tale caso cfr. *United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, Summary of the first written Submission of the European Communities, Geneva 27 April 1999, in <http://mkaccdbeu.int/miti/dsu>; *EU wins Wto subsidies panel against US duties on British Steel*, Comunicato stampa della Commissione, IP/00/6, 7 gennaio 2000; A. GOOCH, *United States - Imposition of Countervailing Duties on Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, Comunicato stampa della Commissione, BIO/00/100, 16 maggio 2000.

stione era ancora statale. Pertanto, oltre a svolgere attività di *lobbying* presso le autorità del proprio governo per ribaltare la tesi sostenuta dalla Comunità, gli imprenditori d'oltreoceano al tempo stesso si adoperavano per presentare direttamente agli organi Omc la propria interpretazione dell'Accordo sulle sovvenzioni.

Fu così che scese in campo il potente *American Iron and Steel Institute* (Aisi) – l'istituzione fondata più di un secolo fa per promuovere l'utilizzazione dell'acciaio e migliorare la capacità competitiva dell'industria nordamericana – il quale, sempre attraverso la presentazione di un *amicus curiae*, intervenne a supporto della strategia difensiva dell'esecutivo Usa⁷⁹. Tuttavia, l'Aisi inoltrò la propria memoria al *panel* solo il 19 luglio 1999, quando ormai, sulla base del calendario prefissato, non era più possibile, per il gruppo speciale, inserire agevolmente uno spazio che consentisse alle parti, principali e terze, di commentare il documento Aisi. Il *panel*, dopo aver richiamato l'ampia discrezionalità di cui gode relativamente all'ammissione di comunicazioni non richieste, così come precisata dall'Organo d'appello, decise però di non accogliere la memoria privata. Pur avendo la facoltà, sulla base dell'art. 12, par. 1 dell'Intesa⁸⁰, di prolungare i tempi del procedimento, il gruppo speciale raggiunse il convincimento che, nella controversia in oggetto, un tale tipo di ritardo non poteva essere giustificato⁸¹.

Relativamente alle questioni di ordine sostanziale, il gruppo speciale si pronunciò per l'illegittimità dei dazi Usa. Il *report* del *panel* ha apportato chiarezza su una questione di centrale importanza per i paesi che intendano transitare verso o rafforzare l'economia di mercato – basti pensare a realtà come il Messico o il Brasile. L'interpretazione in esso data dell'Accordo sulle sovvenzioni, infatti, assicura l'accesso al mercato delle industrie pubbliche che siano state privatizzate secondo valori di mercato. Gli Stati Uniti non potranno più imporre dazi compensativi sulle esportazioni delle imprese priva-

⁷⁹ Cfr. il sito internet dell'Aisi, ove è pubblicato anche l'*amicus curiae* presentato al *panel*, <http://www.steel.org>.

⁸⁰ «Salvo diversa decisione del *panel* previa consultazione delle parti della controversia, i *panel* seguono le procedure di lavoro di cui all'appendice 3».

⁸¹ «We note that, by virtue of Articles 12 and 13 of the Dsu, a panel «has the discretionary authority either to accept and consider or to reject information and advice submitted to it, *whether requested by a panel or not*». [WT/DS58/AB/R, para. 108] While we clearly have the discretionary authority to accept the Aisi brief, in this case we chose not to exercise that authority as a result of the late submission of the brief. The Aisi brief was submitted after the deadline for the parties' rebuttal submissions, and after the second substantive meeting of the Panel with the parties. Thus, the parties have not, as a practical matter, had adequate opportunity to present their comments on the Aisi brief to the Panel. In our view, the inability of the parties to present their comments on the Aisi brief raises serious due process concerns as to the extent to which the Panel could consider the brief. In accordance with Article 12.1 of the Dsu, the Panel may have been entitled to delay its proceedings in order to provide the parties sufficient opportunity to comment on the Aisi brief. However, we considered that any such delay could not be justified in the present case». WT/DS138/R, par. 6.3.

tizzate indipendentemente da una previa analisi sul modo in cui la privatizzazione è avvenuta, ossia sulla base di valori di mercato o meno⁸². I risultati raggiunti dal *panel* sono stati inoltre confermati dall'Organo d'appello⁸³.

d. *Il follow-up della disputa Misure australiane sul salmone*

Il caso successivo riguarda la controversia tra Canada e Australia sulla piena e corretta esecuzione da parte di quest'ultima delle raccomandazioni del Dsb che le richiedevano di modificare la sua normativa sull'importazione dei salmoni in modo da rispettare l'Accordo Omc sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie (Accordo Sps)⁸⁴. Il *panel* di esecuzione, istituito ai sensi dell'art. 21, par. 5, dell'Intesa, ricevette una comunicazione da una parte privata («a letter from «Concerned Fishermen and Processors» in South Australia»)⁸⁵ che decise di accogliere. Ad avviso del *panel*, infatti, tale lettera conteneva informazioni che erano in relazione diretta con una delle argomentazioni sollevate dal Canada – l'incompatibilità del trattamento riservato dall'Australia all'importazione di sardine e all'importazione di salmoni con l'art. 5, par. 5, dell'Accordo Sps –⁸⁶ e che pertanto risultavano rilevanti per il procedimento del *panel*⁸⁷. L'*amicus* in questione cercava appunto di illustra-

⁸² Sul punto cfr. D. PRÉVOST, *WTO Subsidies Agreement and Privatised Companies; Appellate Body Amicus Curiae Briefs*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2000, p. 279-294.

⁸³ WT/DS138/AB/R, *United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, Report of the Appellate Body, 10 May 2000. Gli Stati Uniti, infatti, nonostante quanto definito dal gruppo speciale non fosse del tutto imprevedibile, essendo di tenore analogo a diverse sentenze pronunciate dalle Corti Usa, decisero di appellarsi, pur nella piena consapevolezza di andare incontro ad una sconfitta. Con tutta probabilità, il governo statunitense ha impugnato per dimostrare all'influente industria dell'acciaio di non lesinare risorse per poter mantenere l'applicazione della normativa USA sui sussidi da quest'ultima auspicata; ma anche per ottenere una autorevole pronuncia dal tribunale permanente dell'Omc, della quale avvalersi per troncare una prassi, in sostanza imposta dal mondo della siderurgia, non più difendibile dinanzi al sistema Omc. V. W. J. DAVEY, *Has the Wto Dispute Settlement System exceeded its Authority? – A Consideration of Deference Shown by the System to Member Government Decisions and its Use of Issue-Avoidance Techniques*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 79-110, p. 95.

⁸⁴ Con le raccomandazioni in oggetto, il Dsb aveva adottato il *report* dell'Appello WT/DS18/AB/R, *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon*, Report of the Appellate Body, 20 October 1998, nonché il *report* così come modificato dal giudizio di impugnazione WT/DS18/R, *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon*, Report of the Panel, 12 June 1998.

⁸⁵ WT/DS18/RW, *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon, Recourse to Article 21.5 by Canada*, Report of the Panel, 18 February 2000, par. 7.8.

⁸⁶ Ai sensi del quale «[a] fini di coerenza nell'applicazione del concetto di livello adeguato di protezione sanitaria o fitosanitaria contro i rischi per la vita o la salute dell'uomo, o per la vita o la salute degli animali e dei vegetali, i Membri evitano distinzioni arbitrarie o ingiustificate nei livelli che ritengono appropriati in situazioni diverse, qualora tali distinzioni abbiano per effetto una discriminazione o una restrizione dissimulata del commercio internazionale».

⁸⁷ «On 29 November 1999 the Panel sent the following letter to the parties: «On 25 November 1999, the Panel received a letter from «Concerned Fishermen and Processors» in South Australia. The letter addresses the treatment by Australia of, on the one hand, imports of pilchards for use as bait or fish feed and, on the other hand, imports of salmon. The Panel considered the information

re al gruppo speciale per quale esigenza oggettiva l’Australia avesse deciso di disciplinare in modo diverso le importazioni di salmoni rispetto a quelle di sardine utilizzate come esca o cibo per pesci⁸⁸, asserendo dunque che il trattamento differenziato non potesse qualificarsi come arbitrario o ingiustificato ai sensi dell’art. 5, par. 5, dell’Accordo Sps. E’ interessante qui riportare che l’esame sul punto del *Panel*, pur non citando alcuna parte del contenuto dell’*amicus* dei *Concerned Fishermen and Processors* australiani, conclude per l’insufficienza delle prove scientifiche addotte dal Canada a dimostrare l’arbitrarietà o l’assenza di giustificazione della disciplina australiana che distingue tra salmoni ad acciughe⁸⁹.

e. *Il caso sulle deroghe ai diritti esclusivi degli autori di cui alla Sezione 110 (5) del Copyright Act del 1976 degli Stati Uniti*

La presente disputa ha coinvolto le società di gestione dei diritti d’autore statunitensi. Queste ultime erano state fortemente penalizzate a seguito dell’introduzione di una deroga alla tutela dei diritti d’autore avvenuta nel 1998 ad opera del Congresso statunitense con la Sezione 110 (5) del *Copyright Act* del 1976 degli Stati Uniti⁹⁰. Tale Sezione prevedeva che non venissero corrisposti i diritti d’autore per alcuni tipi di comunicazione pubblica di emissioni audio-visive (*business exemption*). Grazie all’«esenzione commerciale», una percentuale estremamente significativa degli esercizi commerciali statunitensi – di rivendita, nonché di ristorazione e somministrazione di bevande, tutti con dimensioni ragguardevoli – era stata esentata dalla corresponsione delle *royalties*. La *business exemption* decurtava massicciamente le entrate delle società di gestione e, naturalmente, comprimeva significativamente i diritti d’autore dei loro affiliati. Pertanto, quando la Comunità europea introdusse un ricorso contro la Sezione 110 (5) nel contenzioso multilaterale per viola-

submitted in the letter as relevant to its procedures and has accepted this information as part of the record. It did so pursuant to the authority granted to the Panel under Article 13.1 of the Dsu». We confirm this ruling recalling, in particular, that the information submitted in the letter has a direct bearing on a claim that was already raised by Canada, namely inconsistency in the sense of Article 5.5 of the Sps Agreement in the treatment by Australia of pilchard *versus* salmon imports. We refer in this respect to the Appellate Body report on *US – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* [...], in particular, where it states that a panel's «authority to seek information is not properly equated with a prohibition on accepting information which has been submitted without having been requested by a panel. A panel has the discretionary authority either to accept and consider or to reject information and advice submitted to it, *whether requested by a panel or not* ... The amplitude of the authority vested in panels to shape the processes of fact-finding and legal interpretation makes clear that a panel will *not* be deluged, as it were, with non-requested material, *unless that panel allows itself to be so deluged*» [...]. WT/DS18/RW, par. 7.8-7.9 (le note a piè di pagina sono state omesse).

⁸⁸ V. G. MARCEAU - M. STILWELL, *Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs before Wto Adjudicating Bodies*, cit. *supra*, nota 21, p. 160.

⁸⁹ Cfr. WT/DS18/RW, par. 7.90 - 7.101.

⁹⁰ Fairness in Music Licensing Act of 27 October 1998, P.L. 105-298, 112 Stat. 2830.

zione dell'Accordo Omc sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (Accordo Trips)⁹¹, le società Usa appoggiarono pienamente l'attacco europeo. Una di esse, l'*American Society of Composers Authors and Publishers* (Ascap), cercò, attraverso l'invio di una lettera, di informare direttamente il *panel* sulle ragioni dell'incompatibilità della normativa Usa con il sistema Omc. Da qui, dunque, la necessità per i *panelist* di definire come rapportarsi a tale «lettera», introdotta da una parte privata. Per prima cosa, il *panel* inoltrò copia del documento Ascap alle parti in causa chiedendo le loro osservazioni, attenendosi all'indicazione dell'Organo d'appello sull'opportunità di consultare le parti del contenzioso prima di esercitare il suo potere discrezionale sulle comunicazioni provenienti da non-membri Omc⁹². Gli Stati Uniti, pur prendendo le distanze dalla lettera dell'Ascap (la cui posizione era naturalmente opposta alla difesa Usa), e sottolineando anche che il suo contenuto sarebbe stato di scarsa portata in quanto non introduceva novità rispetto agli elementi già adottati dai contendenti, difesero comunque la legittimità degli *amici curiae* nel sistema Omc, che addirittura configurarono come un *diritto* delle parti private: «the United States supported in general the right of private parties to make their views known to Wto dispute settlement panels»⁹³. La Comunità europea, dopo aver espresso il suo apprezzamento per il contributo dato dall'Ascap alla controversia, osservò, analogamente agli Stati Uniti, che essa non aggiungeva alcun nuovo elemento rispetto a quelli già introdotti dalle parti. A differenza degli Usa, però, la Comunità non richiamò affatto un diritto dei privati di far conoscere le proprie opinioni agli organi del contenzioso Omc. Anzi, discostandosi apertamente da quanto l'Organo d'appello aveva avuto cura di precisare nel caso *Gamberetti*, essa colse l'occasione per ribadire che, a suo avviso, il contenuto delle notizie fornite da individui o enti estranei alla disputa poteva consistere solo in informazioni di fatto o di carattere tecnico, e che l'autorità dei *panel*, ai sensi dell'art. 13 Dsu, non poteva includere anche una loro possibilità di accettare argomenti di carattere giuridico presentati da tali persone o organismi⁹⁴.

⁹¹ V. G. A. ZONNEKEYN, *The Protection of Intellectual Property Rights under the EC Trade Barriers Regulation – An Analysis of the IMRO Case*, in *The Journal of World Intellectual Property*, 1999, p. 357-370.

⁹² «The exercise of the panel's discretion could, of course, and perhaps should, include consultation with the parties to the dispute». WT/DS58/AB/R, par. 107.

⁹³ WT/DS160/R, *United States - Section 110(5) of the Copyright Act*, Report of the Panel, 15 June 2000. Il corsivo è nostro.

⁹⁴ «[T]he European Communities also remarked that in its view, the authority of panels is limited to the consideration of factual information and technical advice by individuals or bodies alien to the dispute and thus did not include the possibility for a panel to accept any legal argument or legal interpretation from such individuals or bodies». WT/DS160/R, par. 6.6.

Il *panel* reagì direttamente solo sulla osservazione delle parti relativa alla ripetitività del suo contenuto, condividendone il giudizio di ridondanza rispetto ad elementi già acquisiti poiché introdotti dai contendenti, dunque sottolineando la possibilità di attrice e convenuto di neutralizzare ogni perplessità sugli *amici curiae* incorporandone il contenuto nelle proprie memorie. Nulla osservava invece sul diritto delle parti private a far conoscere le proprie opinioni espresso dagli Stati Uniti, o sulla limitazione ad un contenuto di carattere meramente tecnico delle comunicazioni private. Con una formula volutamente generica, in cui non usava apertamente il termine di «ammissione» della lettera Ascap, ma preferiva far ricorso al suo «non rigetto», il *panel* concludeva che «[i]n this dispute, we do not reject outright the information contained in the letter from the law firm representing Ascap to the Ustr that was copied to the Panel ... We also emphasize that the letter was not addressed to the Panel but only copied to it. Therefore, while not having refused the copy of the letter, we have not relied on it for our reasoning or our findings»⁹⁵.

Nel merito, il *panel* concluse nella direzione auspicata dalle società di gestione dei diritti d'autore, poiché, tranne che per un aspetto particolare (la trasmissione con apparecchi domestici di opere teatrali), statui che la Sezione 110 (5) era incompatibile con gli obblighi assunti dagli Stati Uniti per tutelare i diritti di proprietà intellettuale in base all'Accordo Trips⁹⁶.

f. *La disputa sull'imposizione da parte della Comunità europea di dazi antidumping definitivi sulla biancheria da letto di cotone originaria dell'India*

Questa controversia fu instaurata dall'India contro i dazi antidumping adottati dalla Comunità – in via provvisoria dal luglio 1997, e quindi in via definitiva dal novembre dello stesso anno – che colpivano, tra l'altro, gli articoli di biancheria da letto in cotone tessuti in India⁹⁷. Essa risulta di particolare rilievo perché gli organi Omc, nel condannare la disciplina comunitaria, hanno apportato importanti precisazioni sulla portata dell'Accordo Omc relativo all'applicazione dell'art. VI del Gatt 1994 (Accordo *antidumping*), in particolare sull'illegittimità della cosiddetta prassi dell'azzeramento (*practice*

⁹⁵ WT/DS160/R, par. 6.8. I corsivi sono nostri.

⁹⁶ WT/DS160/R, par. 7.1 e 7.2. V. *Wto Rules Against «Fairness in Music Licensing Act»*, Comunicato stampa non datato dell'Ascap, in <http://www.ascap.com>; *Victory for European Songwriters and Composers in the World Trade Organisation*, Comunicato stampa del GESAC del 26 aprile 2000, in <http://www.sacem.org>.

⁹⁷ WT/DS141/R, *European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India*, Report of the Panel, 30 October 2000; WT/DS141/AB/R, *European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India*, Report of the Appellate Body, 1 March 2001.

of zeroing) nella determinazione del valore normale di un prodotto di cui all'art. 2, par. 4, dell'Accordo *antidumping*, e sul contenuto dell'obbligo da parte dei paesi industrializzati di «avere particolare riguardo per la situazione dei Paesi membri in via di sviluppo nel valutare domande per l'applicazione di misure *anti-dumping*» di cui all'art. 15 sempre dello stesso Accordo⁹⁸.

Riguardo quest'ultimo punto, la disposizione in oggetto richiede che «[p]rima di applicare dazi *anti-dumping* che possano pregiudicare gli interessi fondamentali dei paesi Membri in via di sviluppo, si devono esaminare le possibilità di soluzioni costruttive» offerte dall'Accordo *antidumping*. Il *panel*⁹⁹ ha chiarito che l'esplorazione di rimedi alternativi a quello più drastico – la comminazione di un dazio *antidumping* – deve essere intrapresa attivamente dalle autorità dei paesi industrializzati, con la volontà di concludere positivamente la loro azione. Occorre dunque prendere in considerazione, con mente aperta, la possibilità di una soluzione alternativa in luogo di un dazio suscettibile di incidere sugli interessi essenziali del Pvs¹⁰⁰. Il gruppo speciale condanna l'attività comunitaria poiché «[p]ure passivity is not sufficient, in our view, to satisfy the obligation to "explore" possibilities of constructive remedies, particularly where the possibility of an undertaking has already been broached by the developing country concerned. Thus, we consider that the failure of the European Communities to respond in some fashion other than bare rejection, *particularly once the desire to offer undertakings had been communicated to it*, constituted a failure to 'explore possibilities of constructive remedies', and therefore conclude that the European Communities failed to act consistently with its obligations under Article 15 of the AD Agreement»¹⁰¹.

La *practice of zeroing* applicata dalla Comunità – ma utilizzata anche dagli Stati Uniti e dalla stessa India –¹⁰² riguardava il metodo osservato per definire il margine di *dumping* di un dato prodotto. Per ogni modello o tipo di prodotto si esegue la comparazione tra il valore normale e il prezzo di esportazione. Se il primo supera il secondo, c'è ovviamente una vendita sottocosto (*dumping* «positivo»); viceversa, se il prezzo di esportazione è più alto del valore normale, naturalmente non c'è *dumping* (in gergo si parla comunque

⁹⁸ V. F. GRAAFSMA, *Recent Wto Jurisprudence in the Field of Anti-Dumping*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2001, p. 337-353.

⁹⁹ Tale determinazione del gruppo speciale non è stata oggetto di impugnazione.

¹⁰⁰ «[T]he «exploration» of possibilities must be actively undertaken by the developed country authorities with a willingness to reach a positive outcome ... It ... impose[s] an obligation to actively consider, with an open mind, the possibility of such a remedy prior to imposition of an anti-dumping measure that would affect the essential interests of a developing country». WT/DS141/R, par. 6.233.

¹⁰¹ WT/DS141/R, par. 6.238. Il corsivo sostituisce il grassetto del testo originale (*n.d.r.*).

¹⁰² Cfr. *Wto Appellate Body to adopt ruling on EU anti-dumping measures on imports of cotton-type bed linen from India*, Comunicato stampa della Commissione IP/01/351 del 12 marzo 2001.

di *dumping*, però «negativo»). Ottenuti i valori per i modelli e i tipi identificati di un dato prodotto, questi si sommano e poi si dividono per gli elementi oggetto dell'analisi al fine di ottenere il margine di *dumping* complessivo. Tuttavia, il *software* installato nei computer della Comunità trattava l'assenza di *dumping*, o *dumping* «negativo», non come un valore negativo, che naturalmente riduceva il margine di *dumping* complessivo, bensì come pari a zero, trattamento da cui deriva appunto l'espressione «prassi di azzeramento». Il *panel*, e quindi l'Organo d'appello, hanno condannato il metodo comunitario, in quanto violava l'art. 2, par. 4, dell'Accordo *antidumping*¹⁰³.

Il *panel* ricevette un *amicus curiae* dalla *Foreign Trade Association* a supporto del reclamo avanzato dall'India, e lo inoltrò ai contendenti, chiedendo le loro osservazioni in proposito. Nessuna delle parti, tuttavia, fece pervenire ai *panelist* alcun commento di rilievo. Il gruppo speciale dichiarò quindi molto succintamente di non reputare necessario prendere in considerazione la comunicazione non richiesta ai fini della soluzione della controversia ad esso sottoposta¹⁰⁴.

g. *La disputa tra il Canada e la Comunità europea relativa al divieto francese sull'amianto*

La misura contestata dal Canada in tale controversia era il decreto francese n. 96-1133 sul bando dell'amianto, che il governo transalpino si risolse ad adottare il 24 dicembre 1996, e che entrò in vigore il 1 gennaio 1997¹⁰⁵. Le particolari caratteristiche dell'amianto, dotato di notevole resistenza termica e ad attacchi chimici, ne hanno fatto in passato un materiale molto utilizzato nel settore dell'edilizia industriale, commerciale e residenziale. È noto però che la comunità scientifica internazionale è da tempo concorde nel qualificare l'amianto come sostanza cancerogena. Dinanzi agli effetti devastanti che l'amianto e i prodotti che lo contengono hanno sulla salute e la vita di coloro che lavorano o si vengono a trovare a contatto con quel minerale, diversi paesi industrializzati hanno adottato legislazioni sempre più restrittive per la sua utilizzazione, che molto frequentemente si sono trasformate in bandi totali di accesso, lavorazione, commercializzazione nonché di qualunque altro tipo di

¹⁰³ V. WT/DS141/AB/R, par. 46-66.

¹⁰⁴ «On Tuesday, 9 May 2000, the day before our first meeting with the parties, the Panel received an unsolicited *amicus curiae* brief in support of the complaint by India in this dispute, submitted on behalf of the Foreign Trade Association by Dr. KONRAD NEUNDÖRFER. We made copies available to the parties for comment. No party made any substantive comments regarding that submission. We did not find it necessary to take the submission into account in reaching our decision in this dispute». WT/DS141/R, par. 6.1, nota 10.

¹⁰⁵ *Décret no. 96-1133 relatif à l'interdiction de l'amianté, pris en application du code de travail et du code de la consommation*, in *Journal Officiel de la République française* del 26 Dicembre 1996.

utilizzazione del minerale.

Il Canada vanta il 16% del totale della produzione di amianto, e ne è il secondo esportatore mondiale. La sua industria estrattiva si concentra nel Quebec, e dà lavoro a circa 2.500 persone. Aveva deciso di attaccare proprio il bando francese, nonostante altri paesi industrializzati avessero già da tempo emanato analoghi divieti, essenzialmente per due motivi. In primo luogo, esso intendeva far sì che la Comunità rinviasse l'adozione di un bando *ad hoc* anche per l'amianto crisotilo – la specie considerata come la meno pericolosa del minerale – la cui portata avrebbe naturalmente avuto ad oggetto l'intero territorio comunitario, obiettivo che però non riuscì a centrare perché, proprio durante il contenzioso Omc, la Commissione adottò la direttiva n. 1999/77/Ce che vieta l'uso di fibre di amianto crisotilo e dei prodotti che lo contengono¹⁰⁶. Inoltre, il Canada temeva che le ex colonie francesi – in particolare Marocco, Tunisia e Algeria, importantissimi clienti dell'amianto crisotilo commercializzato dal Paese nordamericano dato che ne acquistano circa il 65% – si dotassero di normative simili a quella francese, compromettendo anche l'accesso ai mercati dei paesi in via di sviluppo, che il Canada invece voleva assolutamente mantenere aperti proprio a causa della contrazione degli affari nei paesi industrializzati¹⁰⁷.

Il *panel* ricevette quattro *amici curiae*: dal *Collegium Ramazzini*, dal *Ban Asbestos Network*, dall'*Instituto Mexicano de Fibro-Industrias A.C.*, e dall'*American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations* (Afl-Cio). Conformemente alle indicazioni dell'Appello *Gamberetti*, essi furono prontamente inoltrati alle parti¹⁰⁸. La Comunità europea allegò alle sue memorie due delle comunicazioni presentate da dette parti private, quelle del *Collegium Ramazzini* e dell'*American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations*. Quest'ultima decise di intervenire alla luce del fatto che l'iniziativa canadese «raises extremely important issues with respect to the interaction between world trade rules and the ability of national governments to protect the health and safety of their citizens in appropriate ways», e nella sua comunicazione richiama diversi dati statistici e studi sugli effetti dell'amianto sulla salute dei lavoratori, nonché la Convenzione Oit n. 162 sull'amianto, che consente ai governi di scegliere i mezzi appropriati con i

¹⁰⁶ Direttiva n. 1999/77/Ce della Commissione del 26 luglio 1999 che adegua per la sesta volta al progresso tecnico l'allegato I della direttiva n. 76/769/Cee del Consiglio concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alle restrizioni in materia di immissione sul mercato e di uso di talune sostanze e preparati pericolosi (amianto), in *Guce* n. L 207 del 1999, p. 18.

¹⁰⁷ Cfr. L. WALLACH - M. SFORZA, *Wto – Tutto quello che non vi hanno mai detto sul commercio mondiale*, Milano, Feltrinelli, 2000, p. 174-176.

¹⁰⁸ Cfr. i par. 6.1 - 6.4 e 8.12 - 8.14 del rapporto del *panel*. WT/DS135/R, *European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, Report of the Panel, 18 September 2000.

quali proteggere i lavoratori¹⁰⁹. Il *Collegium Ramazzini* aveva invece inoltrato al *panel* il suo «Call for an international ban on asbestos», già pubblicato da una decina di riviste medico-scientifiche internazionali, in cui sosteneva la necessità dell'adozione di un bando internazionale delle attività estrattive e di utilizzazione dell'amianto per eliminare le conseguenze letali dell'esposizione al minerale cancerogeno¹¹⁰.

La Comunità chiese invece di rigettare le altre due comunicazioni non richieste, in quanto non avrebbero contenuto alcuna informazione di rilievo per la controversia. Il Canada avanzò in primo luogo la richiesta di rigettare indistintamente tutti gli *amici curiae* ricevuti. Ciò per due ragioni: *a.* data la natura generica delle opinioni espresse essi non sarebbero stati utili ai lavori, già in stadio avanzato, del *panel*; e *b.* l'inoltro tardivo delle memorie risultava comunque, in linea di principio, inappropriato, a prescindere dal contenuto dei documenti. Laddove poi il *panel* avesse deciso per l'ammissibilità, il Canada chiedeva che, «for the sake of procedural fairness»¹¹¹, fosse data alle parti un'opportunità per commentarne l'oggetto.

Il gruppo speciale, dopo aver «esaminato» ciascuna delle quattro comunicazioni¹¹², decise di prendere in considerazione gli *amici curiae* presentati dal *Collegium Ramazzini* e dall'*American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations* in quanto incorporati dalla Comunità nelle proprie memorie, e dunque da trattare alla stregua del resto del materiale su cui la parte convenuta impostava la difesa del bando francese. Sempre su tale base, il *panel* trasmise le due comunicazioni agli esperti scientifici che aveva nominato per avere la loro consulenza tecnica¹¹³. Inoltre, fornì al Canada la possibilità di rispondere alle argomentazioni sviluppate da quegli *amici curiae*. Per quanto riguardava poi le rimanenti memorie private, il *panel* si limitò semplicemente a comunicare di avere deciso di non prenderle in considerazione, senza indicare quale fosse la motivazione di tale sua scelta. Il 27 giugno 2000, dunque successivamente alla notifica del rapporto interinale alle parti¹¹⁴, il *panel* ricevette un altro *amicus curiae*, presentato dall'associazione *One (Only Nature Endures)*, con sede a Mumbai in India. Il *panel* decise di non accogliere quella memoria poiché presentata in una fase, quella ap-

¹⁰⁹ Ringraziamo DEBORAH GREENFIELD, *Associate General Counsel* della Afl-Cio, per averci fornito copia del testo inoltrato al *panel* in data 28 luglio 1999.

¹¹⁰ Cfr. COLLEGIUM RAMAZZINI, *Call for an international Ban on Asbestos*, in *American Journal of Industrial Medicine*, 1999, p. 227-229. Ringraziamo il dott. MORANDO SOFFRITTI, Presidente del Collegium Ramazzini, e la dott.ssa JILL V. BRAZIER, Responsabile del segretariato scientifico della stessa istituzione, per le notizie fornite sull'*amicus curiae*.

¹¹¹ WT/DS135/R, par. 6.2.

¹¹² «Having examined each of the *amicus curiae* briefs», WT/DS135/R, par. 8.12.

¹¹³ «It was also on that basis that the Panel submitted those two submissions to the scientific experts for their information». WT/DS135/R, par. 6.3.

¹¹⁴ Avvenuta il 13 giugno 2000. V. WT/DS135/R, par. 7.1.

punto della relazione interinale, ormai conclusiva della procedura¹¹⁵. Comunque, trasmise alle parti copia della memoria di One nonché della decisione presa in proposito, informandole contestualmente che avrebbe riservato lo stesso trattamento a qualsiasi altra memoria inoltrata da parti private da quel momento sino al termine del procedimento da svolgersi dinanzi ad esso.

Nel merito, il *panel* concluse che il bando francese violava l'art. III, par. 4, Gatt 1994 poiché trattava diversamente l'amianto rispetto alle fibre sintetiche sostitutive di questo – prodotti ritenuti simili. Tuttavia, il divieto francese, qualificato come discriminatorio, risultava giustificato ai sensi dell'art. XX, lett. b., dunque integrava l'ipotesi ivi contemplata di una misura necessaria a proteggere la salute e la vita dell'uomo, applicata in modo non discriminatorio né suscettibile di costituire una restrizione dissimulata del commercio internazionale¹¹⁶.

6. Gli amici curiae dinanzi all'Organo d'appello dell'Omc

a. Comunicazioni non richieste nel giudizio di impugnazione sui Gamberetti

Le forti perplessità sollevate dall'interpretazione dell'art. XX Gatt 1994 compiuta dal *panel* del caso *Gamberetti*¹¹⁷, nonché la chiusura agli *amici curiae* cui il gruppo speciale era pervenuto sulla base della lettera dell'art. 13 Dsu, continuarono a mantenere acceso l'interesse delle Ong anche per la fase d'appello di quella controversia. Tale interesse si concretizzò in un nuovo invio di memorie al tribunale permanente dell'Omc, il quale, per la prima volta, diede notizia nel proprio *report* dell'avvenuto inoltro di *amici curiae* in sede di impugnazione. Oltre a registrare tale invio, l'Organo d'appello comunicò, in una decisione preliminare *ad hoc*, di avere deciso «to accept for consideration, insofar as they may be pertinent, the legal arguments made by the various non-governmental organizations»¹¹⁸, rinviando al successivo *report* l'in-

¹¹⁵ Cfr. l'art. 15 dell'Intesa, dedicato alla fase di esame interinale.

¹¹⁶ Cfr. A. PALMER - J. WERKSMAN, *Case Notes - World Trade Organization, European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, Panel Report*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, 2001, p. 125-130; L. YAVITZ, *The World Trade Organization Appellate Body Report, European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, Mar. 12, 2001, WT/DS135/AB/R*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, 2002, p. 43-67.

¹¹⁷ V. per tutti R. HOWSE, *The Turtles Panel - Another Environmental Disaster in Geneva*, in *Journal of World Trade*, 1998/5, p. 73-100.

¹¹⁸ Decisione dell'11 agosto 1998, riportata in WT/DS58/AB/R, par. 83, il corsivo è nostro. Gli *amici curiae* sono in totale quattro, inoltrati da tre gruppi di Ong: 1. Earth Island Institute, Humane Society of the United States, e Sierra Club; 2. Center for International Environmental Law (Ciel), Centre for Marine Conservation, Environmental Foundation Ltd., Mangrove Action Project, Philippine Ecological Network, Red Nacional de Accion Ecologica, e Sobrevivencia; infine, 3. World-

dicazione della motivazione della propria decisione¹¹⁹. La motivazione promessa non venne poi fornita, una inosservanza pesantemente criticata in sede di approvazione del *report*¹²⁰. In quest'ultimo, infatti, la sezione giudicante si è soffermata solo sul valore che ha deciso di attribuire agli *amici curiae* allegati dagli Stati Uniti alla propria memoria di parte appellante. L'Appello ha accolto le comunicazioni private incorporate dagli Usa. Tuttavia, esso ha precisato che avrebbe concentrato la sua successiva attività sulle argomentazioni sviluppate esclusivamente nella memoria statunitense¹²¹, poiché gli Stati Uniti avevano dichiarato di concordare con il contenuto degli *amici curiae* allegati solo nella misura in cui coincidesse con la loro memoria di parte appellante¹²².

b. *L'appello della controversia Carbon Steel*

Occorre attendere la causa *Carbon Steel* per ottenere dall'Organo d'appello indicazioni dirette sull'esistenza e sul contenuto del suo potere di acco-

wide Fund for Nature e Foundation for International Environmental Law and Development. Le comunicazioni prodotte da questi tre gruppi di Ong sono state incorporate dagli Stati Uniti nella propria memoria di parte appellante. Il 3 agosto 1998, le Ong di cui al punto 2. hanno inviato una versione modificata del loro primo *amicus curiae*, che però non è stata inserita nella memoria di alcuna parte, principale o terza, al procedimento di impugnazione.

¹¹⁹ «The reasons for our ruling will be given in the Appellate Body Report». WT/DS58/AB/R, par. 83.

¹²⁰ «The Appellate Body had ... demonstrated its lack of respect for Members by accepting this brief without explanation or legal justification ... the Appellate Body had acted without proper authority». Dichiarazioni dei rappresentanti di Tailandia e India, in WT/DSB/M/50, p. 3 e 8.

¹²¹ «We consider that the attaching of a brief or other material to the submission of either appellant or appellee, no matter how or where such material may have originated, renders that material at least *prima facie* an integral part of that participant's submission. On the one hand, it is of course for a participant in an appeal to determine for itself what to include in its submission. On the other hand, a participant filing a submission is properly regarded as assuming responsibility for the contents of that submission, including any annexes or other attachments. In the present appeal, the United States has made it clear that its views «on the legal issues in this appeal» are found in «the main U.S. submission». The United States has confirmed its agreement with the legal arguments in the attached submissions of the non-governmental organizations, to the extent that those arguments «concur with the U.S. arguments set out in [its] main submission». We admit, therefore, the briefs attached to the appellant's submission of the United States as part of that appellant's submission. At the same time, considering that the United States has itself accepted the briefs in a tentative and qualified manner only, we focus in the succeeding sections below on the legal arguments in the main U.S. appellant's submission». WT/DS58/AB/R, par. 89-91.

¹²² «The main U.S. submission reflects the views of the United States on the legal issues in this appeal. As explained in our appellant's submission, the three submissions prepared by non-governmental organizations reflect the independent views of those organizations ... These non-governmental organizations have a great interest, and specialized expertise, in sea turtle conservation and related matters. It is appropriate therefore that the Appellate Body be informed of those organizations' views. The United States is not adopting these views as separate matters to which the Appellate Body must respond. The United States agrees with the legal arguments in the submissions of the non-governmental organizations *to the extent those arguments concur with the U.S. arguments set out in our main submission*». WT/DS58/AB/R, par. 86, il corsivo è nostro. Sulla presentazione di *amici curiae* nel giudizio d'appello dei *Gamberetti* cfr. A. E. APPLETON, *Shrimp/Turtle: Untangling the Nets*, in *Journal of International Economic Law*, 1999, p. 477-496, alle p. 487 ss.

gliere *amici curiae*¹²³. Infatti, in tale procedimento, l'Aisi – che, come si ricorderà, aveva già tentato, con esito negativo, di fare accogliere una propria memoria dal *panel* di tale controversia – ¹²⁴ rappresenta un nuovo *amicus curiae* all'Organo d'appello, ed una seconda memoria viene inoltrata dalla *Specialty Steel Industry of North America*. Il tribunale permanente osserva in primo luogo che nessuna disposizione, afferente al meccanismo di risoluzione delle controversie, espressamente permette o vieta l'ammissione di *amici curiae* da fonti diverse dalle parti o dai terzi intervenuti al procedimento di impugnazione. Quindi richiama l'art. 17, par. 9, dell'Intesa, ai sensi del quale «l'Organo d'appello, in consultazione con il Presidente del Dsb e con il Direttore generale, elabora delle procedure di lavoro, che sono comunicate ai Membri per loro informazione», e precisa che «[t]his provision makes clear that the Appellate Body has broad authority to adopt procedural rules which do not conflict with any rules and procedures in the Dsu or the covered agreements»¹²⁵, ricordando così che, a suo avviso, dispone del potere di adottare le norme procedurali necessarie ad una gestione appropriata degli *amici curiae* che eventualmente intenda ammettere. Successivamente, afferma di avere, «under the Dsu», il potere di accogliere le comunicazioni non richieste. Riprende quanto statuito nel caso *Gamberetti* a proposito di chi abbia il diritto ad inoltrare memorie e a vedere queste prese in considerazione dai *panel* e dall'Appello, e dei conseguenti doveri di questi ultimi, concludendo che «individuals and organizations, which are not Members of the Wto, have no legal right to make submissions to or be heard by the Appellate Body», e che dunque «the Appellate Body has no legal duty to accept or consider unsolicited *amicus curiae* briefs submitted by individuals or organizations, not Members of the Wto»¹²⁶. Tuttavia, se non ha il *dovere* di prendere in considerazione gli *amici curiae*, l'Appello afferma, analogamente a quanto aveva stabilito per i *panel*, di averne comunque l'*autorità*: «we are of the opinion that we have the legal authority under the Dsu to accept and consider *amicus curiae* briefs in an appeal in which we find it *pertinent and useful* to do so»¹²⁷. Esercitando poi tale autorità nel caso in oggetto, il tribunale permanente decide che «[i]n this appeal, we have not found it necessary to take the two *amicus curiae* briefs filed into account in rendering our decision».

¹²³ Cfr. WT/DS138/AB/R, par. 36-42. Sulla trattazione degli *amici curiae* in tale controversia cfr. A. E. APPLETON, *Amicus Curiae Submissions in the Carbon Steel Case: Another Rabbit from the Appellate Body's Hat?*, in *Journal of International Economic Law*, 2000, p. 691-699; G. MARCEAU - J. MORRISSEY, *Clarifications of the Dsu Brought by WTO Jurisprudence*, in J. MCMAHON, *Trade and Agriculture: Negotiating a New Agreement?*, London, Cameron May, 2001, p. 143-194, par. II, N.

¹²⁴ V. *supra*, par. 5 c.

¹²⁵ WT/DS138/AB/R, par. 39.

¹²⁶ WT/DS138/AB/R, par. 41.

¹²⁷ WT/DS138/AB/R, par. 42, il corsivo è nostro.

La netta affermazione dell'Appello di avere «legal authority under the Dsu» per stabilire se accogliere o rigettare comunicazioni non richieste ripropone, in sede di approvazione dei *reports Carbon Steel*, lo schema «tripartito» di reazioni, da parte dei Membri Omc, che abbiamo visto delinearsi a seguito dell'abile iniziativa divulgativa del Wwf. Questa volta, l'intervento dei Pvs, cui continuò ad affiancarsi il Giappone, fu ancora più deciso. Essi, in primo luogo, lamentarono che l'Organo d'appello aveva marcatamente, apertamente e deliberatamente ignorato le opinioni da loro espresse sull'impossibilità di ricondurre al meccanismo Omc di risoluzione delle controversie, così come attualmente configurato, l'accoglimento di *amici curiae*. Poi, sottolinearono che l'apertura realizzata non riguardava solo Ong volontarie, ma, come dimostrava proprio il caso *Carbon Steel*, anche potenti associazioni d'affari, con grave nocumento per i Pvs, che dispongono di limitate risorse a fronte della capacità di tali associazioni di commissionare costosissime consulenze ai più prestigiosi studi legali specializzati in commercio internazionale¹²⁸. Quindi, rilevavano che la questione degli *amici curiae*, di carattere sostanziale e non meramente procedurale, andava naturalmente ad intaccare l'equilibrio fissato dai negoziatori di Marrakech per l'accesso al contenzioso multilaterale, dunque ad incidere significativamente sulla natura strettamente intergovernativa di quest'ultimo. Su tali aspetti, tuttavia, potevano intervenire esclusivamente i Membri Omc, con la conseguenza che l'Appello aveva agito illegittimamente, arrogandosi l'esercizio di prerogative non sue¹²⁹.

I Paesi industrializzati valutarono negativamente l'assenza di indicazioni sugli elementi in base ai quali il tribunale permanente avrebbe fondato il suo giudizio di pertinenza ed utilità degli *amici curiae* ricevuti. Inoltre, sottolinea-

¹²⁸ «Such an interpretation was resulting in a situation in which not only non-governmental voluntary organisations, but also powerful business associations, like in this dispute, would be able to intervene in the dispute settlement process. This was not a good development for the long-term functioning of the dispute settlement system, which was meant to be a mechanism for the resolution of disputes between Members. India believed that this was not merely a procedural but rather substantive matter», dichiarazione del rappresentante dell'India, in WT/DSB/M/83, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 7 June 2000*, 7 July, 2000, p. 5-6; «the Appellate Body's decision was not only inconsistent with the Dsu but also ran a risk of causing damage to developing countries, in particular to those that had limited resources to participate actively in the Dsb's proceedings. In Ecuador's view, the difficult situation of developing countries would further deteriorate if their scarce resources were to be spent to examine and react to *amicus curiae* briefs that the Appellate Body considered to be relevant to an appeal, even when such briefs were unsolicited», dichiarazione del rappresentante dell'Ecuador, *ivi*, p. 6.

¹²⁹ «The issue of the treatment of *amicus curiae* briefs should be decided by Members, possibly through the clarification of the current Dsu provisions. He regretted that the Appellate Body repeatedly made findings on this controversial issue without taking into consideration the opposite view expressed by many Members», dichiarazione del rappresentante del Giappone, *ivi*, p. 4; «the acceptance by the Appellate Body of *amicus curiae* briefs was not a procedural but a substantive matter. It affected the inter-governmental character of the Wto as well as Members' rights and the obligations ... The unilateral expansion by the Appellate Body of its legal authority, which went beyond the Dsu, was not only an act of judicial activism but also a violation of the amendment provisions under Article X:8 of the Wto Agreement», dichiarazione del rappresentante di Hong Kong, Cina, *ivi*, p. 5.

rono che il contenuto di un *amicus curiae*, destinato al procedimento di impugnazione, avrebbe comunque dovuto rispettare la competenza fissata dall'Intesa, all'art. 17, par. 6, per l'Organo d'appello. Recita infatti tale paragrafo che «un appello si limita alle questioni giuridiche contemplate nella relazione del *panel* e alle interpretazioni giuridiche sviluppate dal *panel*». Pertanto, anche laddove si configurasse un potere dell'Appello di ricevere *amici curiae*, tali memorie non potrebbero avere ad oggetto elementi di fatto. Più in generale, alla luce delle implicazioni di sistema per i diritti dei Membri nel contenzioso Omc che la questione degli *amici curiae* aveva ormai assunto, i paesi sviluppati richiama-vano l'utilità di un'approfondita discussione a livello politico sulle regole da darsi per disciplinare quell'istituto¹³⁰.

Gli Stati Uniti rimasero l'unica voce a favore della possibilità di configurare, già allo stato attuale dell'Intesa, un potere dell'Appello di ricevere *amici curiae*. Anche gli Usa facevano rinvio a quanto statuito dal tribunale permanente nel caso *Gamberetti* a proposito del potere dei *panel*: un gruppo speciale dell'Omc ha il potere, ampio ed esteso, per impostare e controllare il processo attraverso il quale si informa sia dei fatti pertinenti alla causa che delle norme e dei principi giuridici applicabili a tali fatti; tale potere, così come l'estensione che lo caratterizza, sono infatti indispensabili per permettere al gruppo speciale di svolgere il compito richiesto dall'art. 11 dell'Intesa, ossia «procedere a una valutazione oggettiva della questione sottoposta al suo esame, ivi compresa una valutazione oggettiva dei fatti in questione, dell'applicabilità degli accordi contemplati pertinenti e della compatibilità [dei fatti] con tali accordi»¹³¹. Come ben precisato da una parte della dottrina, lo stesso tipo di autorità deve essere riconosciuta all'Appello, pur in assenza di una disposizione che configuri espressamente un analogo dovere di compiere una valutazione oggettiva della controversia ad esso sottoposta, e naturalmente nei limiti della competenza ad esso assegnata dall'art. 17, par. 6, Dsu (trattazione delle sole questioni e interpretazioni giuridiche sviluppate dai *panel*): «[d]oes the fact that such an obligation is not explicitly imposed on the Appellate Body mean that, following an *a contrario* interpretation, the Appellate

¹³⁰ «[I]t was clear from the statements made by previous speakers that the ways in which panels and the Appellate Body had approached *amicus curiae* briefs was a very important issue with systemic implications for the rights of Members in the dispute settlement process. Australia, therefore, considered that it would be useful for Members to discuss the issues involved, including what rules might be agreed for appropriate handling of submissions by non-Wto Members». Dichiarazione del rappresentante dell'Australia, *ivi*, p. 8.

¹³¹ Ricordiamo quanto sancito dall'Appello nella disputa citata: un panel ha «ample and extensive authority to undertake and to control the process by which it informs itself both of the relevant facts of the dispute and of the legal norms and principles applicable to such facts. That authority, and the breadth thereof, is indispensably necessary to enable a panel to discharge its duty imposed by Article 11 of the Dsu to «make an objective assessment of the matter before it, including an *objective assessment of the facts of the case* and the *applicability of and conformity with the relevant covered agreements*»». WT/DS58/AB/R, par. 106, il corsivo è nell'originale.

Body should not make an objective assessment of the matter before it? Of course not. The Appellate Body cannot preach objective assessment and practice subjective superficial browsing»¹³². Ora, appunto nell'esercitare il dovere di compiere una valutazione oggettiva della questione ad esso sottoposta, e, più in generale, nell'interesse alla buona amministrazione della giustizia, che assicuri certezza e prevedibilità al sistema Omc, secondo il ruolo assegnato al meccanismo di soluzione delle controversie dall'art. 3, par. 2, del Dsu, deve essere naturalmente riconosciuto all'Appello «some discretion to conduct business before it»¹³³. Pertanto, chi non è parte, principale o terza, ad un procedimento, anche d'appello, non ha diritti in tale procedimento: ma il tribunale permanente, analogamente ai gruppi speciali, ha il potere discrezionale di permettere certe forme di partecipazione al contenzioso anche alle «non-parties» al fine di svolgere una valutazione oggettiva della causa e di pervenire ad un *report* di alta qualità, nell'interesse alla buona amministrazione della giustizia.

L'Appello, inoltre, veniva ritenuto perfettamente in grado di predisporre le procedure necessarie a gestire gli *amici curiae* in modo da trarne beneficio, senza incidere negativamente sul funzionamento del contenzioso, né inutilmente arrecare intralci alle parti, principali o terze, del procedimento¹³⁴.

c. *La Procedura addizionale del novembre 2000 nel caso Amianto e la sua successiva applicazione*

Il giudizio di impugnazione della controversia sull'*Amianto* costituisce per l'Organo d'appello l'occasione adatta a predisporre un meccanismo formale per una gestione ordinata e metodica degli *amici curiae*, superando così l'approccio casuistico delle determinazioni passate del *case-law* Omc, nell'intento di neutralizzare le critiche in base alle quali i Membri Omc, nelle dispute precedenti, avevano chiesto di rigettare le memorie private, nonché le preoccupazioni emerse, più in generale, sugli effetti negativi che le comunicazioni non richieste comporterebbero per il sistema di risoluzione delle con-

¹³² P. C. MAVROIDIS, *Amicus Curiae Briefs Before the Wto: Much Ado About Nothing*, Harvard Jean Monnet Working Paper 02/01, p. 13.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ «[T]here was one positive aspect of the Appellate Body Report, namely, its finding that the Appellate Body had the authority to take into account submissions by interested private parties, so-called *amicus curiae* briefs. By allowing affected private parties to present their views in Wto appeals, the Appellate Body had taken a positive step towards making the Wto more open and enhancing public confidence in the dispute settlement process. The possibility to make *amicus curiae* submissions in an appeal built on the possibility to do so at the panel level. This seemed to have worked well and the same should be true at the appeal level. As her delegation had noted in the Appellate Body proceeding, the United States was confident that the Appellate Body was fully able to adopt procedures for *amicus curiae* submissions so as to benefit from them without unduly burdening the system or the parties. The United States, therefore, welcomed the Appellate Body's findings on *amicus curiae* submissions». Dichiarazione del rappresentante degli Stati Uniti, in WT/DSB/M/83, p. 3.

troversie. Infatti, erano state sollevate perplessità sull'incidenza che l'inserimento degli *amici curiae* avrebbe potuto avere sulla tempistica del contenzioso Omc, sulle conseguenze che si sarebbero potute verificare sul rispetto del principio del *due process*¹³⁵, dunque anche del principio del contraddittorio, nei confronti delle parti del procedimento, sul rischio di configurare gli *amici curiae* in modo tale da conferire ai loro autori facoltà superiori a quelle previste dall'Intesa per le parti «terze»¹³⁶, su quali potessero essere, concretamente, gli elementi sulla base dei quali le comunicazioni non richieste risulterebbero «pertinent and useful»¹³⁷.

Alla luce della già avvenuta presentazione al *panel* dell'*Amianto* di cinque memorie da non-parti al procedimento, e nella giusta convinzione che – data la delicatezza della questione affrontata, ossia il rapporto tra liberalizzazione degli scambi e tutela della salute – altrettanto avrebbe potuto verificarsi in sede di impugnazione, la sezione giudicante, poco dopo la notifica canadese di appello, invia una lettera ai diretti contendenti nonché alle parti terze¹³⁸, richiedendo le loro osservazioni sulla impostazione della disciplina per la gestione degli *amici curiae*. Sono tre i quesiti rivolti: *a.* sull'opportunità per l'Organo d'appello di adottare una richiesta di autorizzazione alla presentazione di un *amicus curiae*, *b.* sui meccanismi che sarebbero necessari per far sì che appellante ed appellato, nonché parti terze, siano posti nelle condizioni di poter rispondere pienamente ed adeguatamente alle comunicazioni eventualmente presentate; e *c.* sugli elementi che dovrebbero comunque essere presi in considerazione dall'Organo d'appello laddove questo decida di adottare il metodo della richiesta di autorizzazione. Gli Stati Uniti furono gli unici a manifestarsi favorevoli all'iniziativa; lo Zimbabwe dichiarò più neutralmente di non avere particolari ragioni per opporsi; Canada, Comunità europea e Brasile manifestarono il loro dissenso alla richiesta della sezione giudicante, continuando a sostenere che si trattava di questione che avrebbe dovuto essere trattata a livello politico, dunque direttamente dagli stessi Membri Omc. Tuttavia, non solo gli Stati Uniti, ma anche il Canada e la Comunità presentarono i loro suggerimenti, naturalmente «without prejudice to their positions»¹³⁹.

¹³⁵ Su tale principio v. *infra*, nota 153.

¹³⁶ Cfr. l'art. 10, par. 2 e l'art. 17, par. 4, Dsu.

¹³⁷ V. in proposito A. E. APPLETON, *Amicus Curiae Submissions in the Carbon Steel Case: Another Rabbit from the Appellate Body's Hat?*, cit. *supra*, nota 123; S. CHARNOVITZ, *New Wto Decision May Widen Opportunities for Amicus Briefs*, in *Environmental Law Institute on Line*, July 2000, <http://www.geocities.com-charnovitz>; A. H. QURESHI, *Extraterritorial Shrimps, NGOs and the Wto Appellate Body*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1999, p. 206, alle p. 205-206.

¹³⁸ La lettera è datata 27 ottobre 2000 (cfr. WT/DS135/AB/R, par. 50), la comunicazione della decisione del Canada di fare appello risale al 23 ottobre (WT/DS135/8). Sul trattamento degli *amici curiae* da parte dell'Organo di appello nel caso dell'amianto cfr. WT/DS135/AB/R, par. 50-57.

¹³⁹ WT/DS135/AB/R, par. 50. Tutti i Membri Omc invitati a far conoscere i loro commenti ri-

Il tribunale permanente configura dunque la forte probabilità di ricevere *amici curiae* come una questione procedurale sorta nella disputa in oggetto, non direttamente contemplata dalle Regole di procedura (*Working Procedures*) adottate sulla base dell'art. 17, par. 9, Dsu¹⁴⁰. Essa deve quindi essere affrontata ricorrendo alla *Rule 16(1)* delle *Working Procedures*, la norma di chiusura che permette all'Appello di dotarsi di una disciplina *ad hoc*, di validità limitata alla singola controversia in cui è emersa l'imprevista questione procedurale. Dispone infatti la *Rule 16(1)* che «[i]n the interests of fairness and orderly procedure in the conduct of an appeal, where a procedural question arises that is not covered by these Rules, a division may adopt an appropriate procedure for the purposes of that appeal only, provided that it is not inconsistent with the Dsu, the other covered agreements and these Rules. Where such a procedure is adopted, the Division shall immediately notify the participants and third participants in the appeal as well as the other Members of the Appellate Body».

Quanto previsto dalla sezione giudicante si rivelò più che esatto. A pochi giorni dall'avvio del giudizio di impugnazione, l'Organo d'appello aveva già ricevuto diversi *amici curiae*, provenienti da Ong dedite alla promozione dello sviluppo sostenibile, alla tutela dell'ambiente e della salute, nonché da enti espressione del mondo dell'industria¹⁴¹, cui con tutta probabilità altri se ne sarebbero aggiunti. Secondo fonti diplomatiche, fu proprio il rapido definirsi della situazione verso una importante richiesta di partecipazione dei gruppi di interesse – fortemente decisi a far pervenire il loro punto di vista a coloro che in sede Omc dovevano risolvere il caso – a rimuovere gli ultimi indugi della sezione giudicante, indubbiamente legati anche al riscontro non positivo espresso – con l'eccezione degli Stati Uniti – dalla *membership* dell'Omc a proposito dell'intenzione di far ricorso alla *Rule 16(1)*¹⁴². Il 7 novembre 2000, dopo aver consultato tutti i componenti dell'Organo d'appello¹⁴³, la sezione si risolse quindi ad adottare, nell'interesse dell'equità e del buon funzionamento dei suoi lavori¹⁴⁴, una Procedura Addizionale (*Additional Procedure*), basata sulla *Rule 16(1)* delle *Working Procedures*, e dedicata agli *amici curiae* (in-

sposero alla sezione giudicante sempre per lettera pochi giorni dopo essere stati interpellati, il 3 novembre 2000. *Ibidem*.

¹⁴⁰ WT/AB/WP/3, *Dispute Settlement – Working Procedures for Appellate Review*, 28 February 1997.

¹⁴¹ WT/DS/135/AB/R, par. 53.

¹⁴² Cfr. *Amicus Brief Storm Highlights Wto's Unease with External Transparency*, in *Bridges – Between Trade and Sustainable Development*, November-December 2000, p. 1-4.

¹⁴³ WT/DS135/AB/R, par. 51.

¹⁴⁴ «In the interests of fairness and orderly procedure in the conduct of an appeal», «[p]our assurer l'équité et le bon déroulement de la procédure», «en interés de la equidad y el orden de las actuaciones en el procedimiento de apelación», *incipit* nelle tre versioni linguistiche ufficiali della *Rule 16(1)* delle *Working Procedures* dell'Organo di appello.

dicati come *written briefs, mémoires écrits, comunicación por escrito*)¹⁴⁵.

La Procedura Addizionale riprende la struttura bipartita già accennata dall'Appello nel caso *Gamberetti*, e caratterizzante la *Rule 37* delle Regole di procedura della Corte suprema degli Stati Uniti. In base ad essa, ogni persona fisica o giuridica, che non sia appellante o appellato o parte terza nel giudizio di impugnazione e che intenda presentare comunicazioni all'Organo d'appello, deve inoltrare domanda di autorizzazione al deposito della propria memoria nei termini ivi indicati¹⁴⁶. Oltre a rispettare i tempi, la richiesta deve soddisfare i sette requisiti di cui alle lett. *a.-g.* del par. 3 della *Additional Procedure*. Pertanto, essa *a.* deve essere presentata per iscritto, datata e firmata dal richiedente, e indicare l'indirizzo e le altre coordinate di quest'ultimo; *b.* non può superare le tre pagine dattiloscritte; *c.* deve contenere una presentazione del richiedente, che comprenda una dichiarazione sulla sua composizione e sul suo *status* giuridico, gli obiettivi generali da esso perseguiti, la natura delle sue attività e le sue fonti di finanziamento; *d.* deve precisare la natura dell'interesse del richiedente all'appello in oggetto; *e.* specificare le questioni giuridiche, tra quelle indicate nella comunicazione di appello, che il richiedente intende trattare nella sua memoria; *f.* indicare perché sarebbe «desirable» («souhaitable», «conveniente»), dunque opportuno, o auspicabile, al fine di pervenire ad una soluzione soddisfacente della disputa conformemente ai diritti e agli obblighi dei Membri dell'Omc in virtù dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie e degli accordi contemplati all'Appendice 1 di detta Intesa, che l'Organo d'appello accordi al richiedente l'autorizzazione a presentare una memoria scritta, e precisare in quale modo tale memoria sia suscettibile di apportare un contributo che non sia ripetitivo rispetto a quanto eventualmente esposto da un contendente o da una parte terza della disputa; *g.* infine, la richiesta di autorizzazione al deposito di una memoria deve contenere una dichiarazione che indichi se il richiedente ha un qualche legame, diretto o indiretto, con le parti o parti terze della controversia in oggetto, e se abbia ricevuto o sia in procinto di ricevere assistenza, di tipo finanziario o altro, fornita da appellante o appellato o da una parte terza, al fine di redigere la richiesta di autorizzazione o la memoria scritta¹⁴⁷.

La *Additional Procedure* prosegue quindi indicando che l'Organo d'appello avrebbe esaminato ogni richiesta di autorizzazione ad esso pervenuta, e precisando che la domanda per presentare un *amicus curiae*, da effettuarsi presso il Segretariato dell'*Appellate Body* e da inoltrare ad appellante, appel-

¹⁴⁵ WT/DS135/9, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, Additional Procedure Adopted Under Rule 16(1) of the Working Procedures for Appellate Review*, 8 November 2000.

¹⁴⁶ La *Additional Procedure* indicava il termine di giovedì 16 novembre 2000, h. 12.

¹⁴⁷ WT/DS135/9, par. 3.

lato e parti terze entro il termine indicato¹⁴⁸, non comporta affatto un diritto a vedere trattati nel rapporto di appello gli argomenti contenuti nella comunicazione depositata¹⁴⁹. La memoria autorizzata deve essere firmata e datata, essere concisa e comunque non superare le lunghezza complessiva di 20 pagine, e contenere una dichiarazione strettamente limitata alle argomentazioni giuridiche relative alle questioni e interpretazioni di diritto sviluppate dal *panel* con riguardo alle quali la persona fisica o giuridica ha ottenuto l'autorizzazione a presentare comunicazione scritta¹⁵⁰.

La comunicazione venne prontamente diffusa dal Presidente del Dsb sul sito internet dell'Omc. Inoltre, venne allegata agli *amici curiae* pervenuti prima della adozione della Procedura addizionale, che furono restituiti ai mittenti affinché valutassero se ripresentare o meno le loro comunicazioni, osservando naturalmente la disciplina *ad hoc* predisposta dalla sezione dell'Appello. Di questa possibilità si avvale però solo la *Korean Asbestos Association*¹⁵¹.

Il tribunale permanente ricevette complessivamente 17 richieste di presentazione di *amici curiae*. Di queste, 6 pervennero dopo la scadenza indicata nella Procedura addizionale – in alcuni casi perché il richiedente aveva inoltrato la domanda via fax basandosi sull'ora locale (si trattava della costa occidentale degli Stati Uniti) e non quella di Ginevra, oppure con un ritardo di soli 30 minuti –¹⁵² e furono automaticamente bocciate. In merito alle altre, l'Organo d'appello dichiarò di averle attentamente esaminate alla luce dei requisiti fissati nella disciplina *ad hoc*, e quindi decise di negare l'autorizzazione a depositare una memoria scritta, indirizzando a ciascun richiedente «a copy of our decision denying its application for leave for failure to comply sufficiently with all the requirements set forth in paragraph 3 of the Additional Procedure»¹⁵³.

La *Foundation for International Environmental Law and Development* (Field) e la Ciel chiesero allora chiarimenti sui motivi del rigetto della loro domanda. Richiamandosi anch'esse agli interessi di *fairness* e *orderly proce-*

¹⁴⁸ Ossia entro le ore 12 del 27 novembre 2000. Cfr. WT/DS135/9, par. 6 e 8.

¹⁴⁹ WT/DS135/9, par. 4 e 5.

¹⁵⁰ WT/DS135/9, par. 7.

¹⁵¹ WT/DS135/AB/R, par. 53.

¹⁵² Il primo problema si era verificato per la domanda recapitata dalla Society of Occupational and Environmental Health (Soeh), avente sede appunto negli Stati Uniti (v. il sito internet <http://www.soeh.org>), il secondo per la richiesta congiunta di Icfu e Etuc. Cfr. L. KAZAN-ALLEN, *The Wto: Who Needs Friends?*, November 2000, in <http://www.btinernet.com>.

¹⁵³ WT/DS135/AB/R, par. 56. Il testo della decisione *standard* inviata alle undici parti private recita così: «your application for leave to file a written brief in this appeal has been denied for failure to comply sufficiently with all the requirements set forth in paragraph 3 of the Additional Procedure». Lettera inviata dall'Organo di appello in data 16 novembre 2000, disponibile nel sito internet http://www.btinernet.com/~ibas/WTO_Rejection.html.

dure già oggetto della Procedura addizionale e delle *Working Procedures*, nonché al principio del *due process* (equo processo) espresso dal contenzioso Omc¹⁵⁴, le due Ong si rivolsero all'Organo d'appello per conoscere i motivi della sua decisione, e quindi per ottenere un'indicazione più precisa su quali dei requisiti di cui al par. 3 della Procedura Addizionale non fossero stati sufficientemente integrati¹⁵⁵. Ricevettero una risposta dal Direttore del Segretariato dell'Organo d'appello, Debra Steger, in cui, data la confidenzialità della procedura di impugnazione prevista dall'art. 17, par. 10 Dsu, si declinava, nell'immediato, la richiesta di motivazione. Il Segretariato preannunciava comunque che le «informazioni» in questione sarebbero state fornite nella loro interezza nel *report* dell'Organo d'appello¹⁵⁶. Tale promessa non fu mantenuta: il *report* del tribunale permanente, infatti, nulla aggiunge allo stringato modello di decisione preliminare a suo tempo inoltrato alle parti private.

Va infine segnalato che la Field, unitamente a *Ban Asbestos Network*, *Greenpeace International*, *International Ban Asbestos Secretariat* e *Wwf International*, presentò un *amicus curiae* all'Appello nel febbraio 2001, invocando il potere del tribunale permanente di accogliere comunque *amici curiae* laddove ritenesse questi ultimi «pertinent and useful», indipendentemente dalle discipline *ad hoc* eventualmente adottate¹⁵⁷. L'Appello, tuttavia, non

¹⁵⁴ Il principio del *due process*, rilevato ampiamente dall'Organo d'appello nel proprio *case-law*, richiede che lo svolgimento di un procedimento avvenga rispettando un contraddittorio corretto tra le parti, alla luce di una chiara definizione dell'oggetto del processo, evitando omissioni, lacune o imprecisioni che ledono i diritti processuali delle parti: «[f]irst, terms of reference fulfil an important *due process* objective – they give the parties and third parties sufficient information concerning the claims at issue in the dispute in order to allow them an opportunity to respond to the complainant's case. Second, they establish the jurisdiction of the Panel by defining the precise claims at issue in the dispute». WT/DS22/AB/R, *Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut*, Report of the Appellate Body, 21 February 1997, p. 19. Sul punto cfr. E. VERMULST - P. C. MAVROIDIS - P. WAER, *The Functioning of the Appellate Body After Four Years – Towards Rules Integrity*, in *Journal of World Trade*, 1999/2, p. 1-50, alle p. 7 ss.

¹⁵⁵ «[W]e would be grateful if you would provide us with reasons for your decision denying our application. Specifically, in the interest of fairness and due process, we kindly ask you to specify which of the requirements set forth in the individual sub-paragraphs of paragraph 3 of the Additional Procedure we failed to comply with, and for what reasons». Lettera inviata da Field and Ciel all'Organo di appello in data 21 novembre 2000, in http://www.btinternet.com/~ibas/WTO_Question.html

¹⁵⁶ «I regret that we are unable at this time to provide you with the additional information you request, relating to other applications for leave, as the proceedings of the Appellate Body are confidential, pursuant to Article 17.10 of the *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*. This information will be provided in full in the Report of the Appellate Body which will be available at the completion of the appeal. The Report will be published on the Wto website immediately upon its circulation to Wto Members». Lettera di Debra Steger, Direttore del Segretariato dell'Organo di appello dell'Omc, datata 27 novembre 2000, in http://www.btinternet.com/~ibas/WTO_Response.html. Si veda anche l'opinione della Steger riportata in *Wto – Briefs in a Twist*, in *The Economist*, December 9th-15th, 2000, p. 107: «Debra Steger, director of the AB's secretariat, thinks all will become clear when the body issues its report in March».

¹⁵⁷ Cfr. Field, *Ban Asbestos Network*, *Greenpeace International*, *International Ban Asbestos Secretariat*, *Wwf International*, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (AB-2000-11)*, Brief submitted to the Appellate Body by Non-Parties, Geneva 6 February 2001, p. iv, in <http://www.field.org.uk>.

accolse la comunicazione, poiché aveva già negato l'autorizzazione a quelle stesse Ong in applicazione della Procedura Addizionale¹⁵⁸.

d. Reazioni alla Procedura addizionale e alla sua applicazione

L'iniziativa della sezione dell'Appello provocò un'autentica tempesta in seno all'Omc, con la conseguente convocazione di una riunione speciale del Consiglio generale esclusivamente dedicata alla Procedura addizionale¹⁵⁹.

Le dichiarazioni rese in tale sede ripropongono la tripartizione tra Pvs, Stati Uniti, e gli altri Paesi industrializzati: questi ultimi, però, si distinguono rispetto all'atteggiamento assunto in precedenza perché ritengono ormai *diverso* – non più, come dichiarava a suo tempo l'Australia, solo *utile* – per il pilastro politico assumersi le proprie responsabilità, e dunque intervenire e disciplinare la questione degli *amici curiae*.

I Pvs attaccano frontalmente l'operato dell'Organo d'appello, riprendendo e articolando anche diverse osservazioni già sollevate in passato¹⁶⁰. In particolare, a loro avviso, il tribunale permanente non si sarebbe dotato di una disciplina per una mera questione procedurale sorta durante il giudizio d'appello, facendo un corretto uso della *Rule 16* delle *Working Procedures*. Al contrario, esso avrebbe realizzato, *de facto*, un vero e proprio emendamento di carattere sostanziale dell'Intesa, andando ad invadere le competenze del pilastro politico del sistema multilaterale di cui agli artt. V, IX e X dell'Accordo Omc¹⁶¹. La Procedura addizionale non poteva dunque considerarsi come una misura *ad hoc* di cui alla *Rule 16*, ma costituiva una vera e propria modifica del diritto Omc, un precedente dal quale l'Appello ben difficilmente avrebbe potuto – e/o voluto – discostarsi in altri casi che presentassero caratteri analoghi.

Gli Stati Uniti difendevano invece a spada tratta la legittimità del meccanismo creato dall'Appello. Quanto compiuto del tribunale permanente era, a loro avviso, interamente riconducibile alla *Rule 16*. Alla luce del suo potere

¹⁵⁸ WT/DS135/AB/R, par. 57.

¹⁵⁹ WT/GC/M/60, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 22 November 2000*, 23 January 2001. V. anche G. A. ZONNEKEYN, *The Appellate Body's Communication on Amicus Curiae Briefs in the Asbestos Case – An Echternach Procession?*, in *Journal of World Trade*, 2001/3, p. 553.563.

¹⁶⁰ Si vedano le numerose dichiarazioni dei rappresentanti dei Pvs intervenuti alla riunione speciale del Consiglio generale, riportate in WT/GC/M/60.

¹⁶¹ L'art. V dell'Accordo Omc stabilisce che il Consiglio generale ha il potere di «adottare adeguate disposizioni per tenere consultazioni o per cooperare con organizzazioni non governative operanti in settori attinenti a quelli contemplati dall'Omc»; l'art. IX, par. 2, conferisce alla Conferenza dei ministri e al Consiglio generale il potere di interpretazione autentica del diritto Omc («l'autorità esclusiva di adottare interpretazioni del presente accordo e degli Accordi multilaterali»); l'art. X disciplina poi le diverse procedure per emendare gli Accordi di Marrakech. Sulle procedure di interpretazione e di emendamento dell'Omc cfr. G. ADINOLFI, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio - Profili istituzionali e normativi*, cit. *supra*, nota 1, p. 235 ss.

di ammettere *amici curiae* («the legal authority under the Dsu to accept and consider *amicus curiae* briefs in an appeal»)¹⁶², del già avvenuto inoltro di memorie private e dell'annunciato invio di ulteriori comunicazioni non richieste, l'Appello aveva appropriatamente fatto ricorso alla *Rule 16*, definendo una Procedura addizionale necessaria a gestire il giudizio di impugnazione dell'*Amianto* «in a fair, legal and orderly manner», tenendo conto *a.* dell'interesse della società civile a che le loro opinioni fossero prese in considerazione, *b.* di quello delle parti al procedimento a poter presentare le loro osservazioni su dette opinioni, ed infine *c.* dell'interesse di tutti a risolvere la disputa in oggetto¹⁶³.

Gli altri paesi industrializzati, come anticipato, riconoscevano ora la necessità di una disciplina di carattere generale che permettesse di gestire gli *amici curiae* in modo equo, coerente e trasparente, sottolineando così la responsabilità politica dell'incapacità dei Membri Omc «to fill the gaps in the system and to solve problems as they arose, ... thus leaving panels and the Appellate Body without guidance from law-makers on how to proceed»¹⁶⁴. La Comunità europea, in particolare, statui che «[w]hen the rules were not clear they had to be updated», sottolineando «the need for rule making now and in the future. If the legislative arm fell short in legislating, the judiciary arm had the tendency to fill the gap»¹⁶⁵.

Per quanto riguarda l'*applicazione* della Procedura addizionale, il rifiuto in blocco di tutte le richieste inoltrate non poteva certo attirare le simpatie di quanti si erano attivati per essere «amici della Corte». Questi ultimi lamentavano la motivazione insufficiente della decisione di rigetto, genericamente basata sul par. 3 della Procedura, senza indicare nello specifico quale dei diversi requisiti in quel paragrafo contemplati non fosse stato sufficientemente ottemperato. Robert Howse dichiarò di aver redatto con accuratezza la domanda di autorizzazione presentata¹⁶⁶, ironizzando sulla avvedutezza dei suoi studenti che pagano una consistente retta universitaria per imparare il diritto Omc da qualcuno che non è in grado di ottemperare sette requisiti procedurali¹⁶⁷. Le Ong denunciavano l'assurdità di un processo sulla legittimità di un bando sull'amianto condotto senza ascoltare le vittime di quel minerale can-

¹⁶² WT/DS138/AB/R, par. 42.

¹⁶³ WT/GC/M/60, par. 74.

¹⁶⁴ Cfr. le dichiarazioni della Svizzera e della Norvegia in WT/GC/M/60, par. 63 e 69.

¹⁶⁵ WT/GC/M/60, par. 96.

¹⁶⁶ «Robert Howse, the professor from Michigan, cannot understand the rebuff. He says he wrote the application with minute attention to the requirements stated». *Wto – Briefs in a Twist*, in *The Economist*, December 9th-15th, 2000, p. 17. La richiesta di autorizzazione a inoltrare un *amicus curiae* redatta dal Prof. Howse è pubblicata in http://www.btinernet.com/~ibas/Howse_HTML.htm.

¹⁶⁷ Cfr. quanto riportato alla nota 8 di P. C. MAVROIDIS, *Amicus Curiae Briefs Before the Wto: Much Ado About Nothing*, Harvard Jean Monnet Working Paper 02/01.

cerogeno, le loro famiglie, il personale medico che le assiste, e l'inaccettabilità di un giudizio condotto a porte chiuse: «if national policy measures are to be scrutinized, the process must be fully open and transparent, allowing input to and free flow of information from the proceedings». La decisione di respingere le richieste «without reasoning ... appears arbitrary. Failing to provide adequate reasons for its refusal demonstrates a lack of procedural fairness that is not tolerated in democratic legal systems»¹⁶⁸. Ad avviso delle Ong, la Procedura addizionale doveva essere applicata «in a fair and transparent manner»¹⁶⁹, e quindi il rigetto di una domanda doveva essere adeguatamente motivato. Ciò per due ordini di motivi. Innanzitutto, l'Organo d'appello sarebbe stato tenuto ad osservare il principio del *due process* non solo verso le parti della controversia ma anche nei confronti di ogni altro soggetto coinvolto nel contenzioso, in particolare nei confronti delle persone invitate a chiedere l'autorizzazione a presentare un *amicus curiae* come era accaduto con la Procedura addizionale; inoltre, attraverso il rispetto del *due process*, l'Organo d'appello poteva dimostrare nel caso concreto la propria indipendenza e neutralità, due caratteristiche cruciali per mantenere la fiducia dei Membri Omc e del pubblico in generale nel sistema multilaterale di risoluzione delle controversie¹⁷⁰.

¹⁶⁸ *A Court without Friends? – One Year After Seattle the Wto Slams the Door on Ngos*, WWF Press Release, December 2000.

¹⁶⁹ *Field, Ban Asbestos Network, Greenpeace International, International Ban Asbestos Secretariat, Wwf International, European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (AB-2000-11), Brief submitted to the Appellate Body by Non-Parties*, cit. supra, nota 157, p. iv.

¹⁷⁰ «Due process has been recognized by the Appellate Body as applying to panels' procedures and as being implicit in certain provisions of the Gatt. The Appellate Body has expressly noted that a party to a Wto appeal is «always entitled to its full measure of due process» and that Wto Members themselves are bound to administer domestic procedures in a transparent and reasonable manner. The expectation of fairness and due process extends not only to parties to the dispute but to any person engaged in the dispute settlement process, including persons invited to apply for leave to submit a written submission in accordance with the Additional Procedure. The Applicants are aware that some Wto Members had expressed concern about the adoption of the Additional Procedure which culminated in a special meeting of the General Council on 22 November 2000. ... [T]he Applicants believe that the Appellate Body did not overstep its authority when it adopted the Additional Procedure. It is a separate issue that, once adopted, the procedure should have been carried out in a fair and transparent manner. The independence of the Appellate Body is crucial in maintaining trust and confidence of the Wto Members and of the wider community in the dispute settlement procedure. It is imperative that the Appellate Body maintains its neutrality through just implementation of its procedures». *Field, Ban Asbestos Network, Greenpeace International, International Ban Asbestos Secretariat, Wwf International, European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (AB-2000-11), Brief submitted to the Appellate Body by Non-Parties*, cit. supra, nota 157, p. iv (le note a piè di pagina sono state omesse).

7. La prassi degli *amici curiae* successiva alla Procedura addizionale del caso Amianto: il caso sui Prodotti in ferro ed acciaio provenienti dalla Polonia, il *follow-up* dei Gamberetti e la disputa sul *Softwood-Lumber*

L'aspro confronto del novembre 2000 si concluse con un invito all'Organo d'appello, rivolto dal Presidente del Consiglio generale, ad esercitare «extreme caution in future cases until Members had considered what rules were needed»¹⁷¹. Tutto ciò non ha comunque portato *panel* ed Organo d'appello ad una rivisitazione in senso restrittivo del loro atteggiamento verso gli *amici curiae*, né ha minimamente intimorito le parti private nel ricorrere a tale strumento.

Nel caso relativo all'imposizione dei dazi antidumping da parte della Thailandia sui *Prodotti in ferro ed acciaio provenienti dalla Polonia*, la *Consuming Industries Trade Action Coalition* (Citac) ha fatto pervenire all'Organo d'appello, alle parti principali e alle parti terze alla disputa, una memoria in cui – precisa lo stesso tribunale permanente – detta associazione privata analizza alcune delle questioni giuridiche sollevate nel giudizio di impugnazione¹⁷².

La Citac è un'associazione privata statunitense a difesa delle industrie di trasformazione e di consumo¹⁷³, pertanto volta a far sì che il mercato nordamericano sia il più possibile aperto alle importazioni di materie prime, componentistica e prodotti finiti, nonché a promuovere una analoga apertura da parte dei mercati terzi. La presentazione di un *amicus curiae* nel procedimento sui dazi thailandesi è evidentemente volta a contrastare un'interpretazione delle regole Omc sul dumping che sarebbe risultata negativa per gli affiliati della Citac, alla luce del fatto che «[w]ith increasing frequency, U.S. exporters are the targets of foreign anti-dumping actions that stifle trade»¹⁷⁴. Infatti, nella presente controversia, l'Organo d'appello ha stabilito per la prima volta che tutti i fattori contemplati dall'art. 3, par. 4, dell'Accordo Omc sul *dumping* devono essere oggetto di valutazione da parte delle autorità pubbliche allorché procedono a valutare l'incidenza delle importazioni oggetto di *dumping* sull'industria nazionale interessata¹⁷⁵.

¹⁷¹ WT/GC/M/60, par. 120.

¹⁷² «In its brief, Citac addressed some of the legal issues raised in this appeal». WT/DS122/AB/R, *Thailand – Anti-dumping Duties on Angles, Shapes and Sections of Iron or Non-Alloy Steel and H-Beams from Poland*, Report of the Appellate Body, 12 March 2001, par. 62.

¹⁷³ Cfr. il relativo sito internet <http://www.citac-trade.org>.

¹⁷⁴ *Comments to the USTR on Behalf of Consuming Industries Trade Action Coalition* («Citac») – *Antidumping and Other Trade Remedy Rules in the Doha Development Agenda*, May 1, 2002, in <http://www.citac-trade.org>.

¹⁷⁵ WT/DS122/AB/R, par. 125 ss.

Il tribunale permanente, nella decisione preliminare del 14 dicembre 2000, ha comunicato di aver provveduto a restituire la memoria alla Citac poiché non aveva riscontrato alcun motivo in base al quale accettarla¹⁷⁶. Successivamente, ricevuta dalla Tailandia la richiesta di chiarire le ragioni del suo rifiuto, l'Organo d'appello si è limitato ad integrare le poche parole appena ricordate con la semplice indicazione di non aver ritenuto la memoria privata rilevante per il compito che avrebbe dovuto svolgere¹⁷⁷.

Altri *amici curiae* sono stati inoltrati al *panel* stabilito ex art. 21.5 Dsu per il giudizio di esecuzione nell'ambito del caso dei *Gamberetti*, fatto circolare il 15 giugno 2001¹⁷⁸, nonché all'Organo d'appello, adito successivamente¹⁷⁹.

¹⁷⁶ «We see no reason to accept the written brief submitted by Citac in this appeal. Accordingly, we have returned this brief to Citac». WT/DS122/AB/R, par. 74.

¹⁷⁷ «With respect to a clarification of the reasons for rejecting the brief from Citac, we would only add that we did not find the brief filed by Citac to be relevant to our task». WT/DS122/AB/R, par. 78.

¹⁷⁸ WT/DS58/RW, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Recourse to Article 21.5 by Malaysia, Report of the Panel, 15 June 2001. Il 12 novembre 2000 *Earth Justice Legal Defense Fund*, anche a nome di altre Ong, presentò una prima memoria al *panel*; il 13 dicembre 2000 la *National Wildlife Federation*, nuovamente anche da parte di altre associazioni, ne introdusse una seconda. Entrambe, secondo la prassi costantemente osservata, furono comunicate dal *panel* alle parti, rispettivamente il 15 e il 18 dicembre. Nella lettera di accompagnamento si precisava naturalmente che le parti erano libere di presentare le loro osservazioni sull'ammissibilità e sulla rilevanza di detti *amici curiae*, e si informava che il *panel* avrebbe esposto nel *report* la sua decisione su come trattare le memorie private (WT/DS58/RW, par. 5.14). Gli Stati Uniti ribadirono la loro posizione di apertura verso i contributi della società civile, dichiarando quindi che il *panel* aveva piena discrezionalità per decidere se accogliere o meno entrambe le memorie. Tuttavia, ritenendo che la comunicazione presentata dalla *National Wildlife Federation* fosse direttamente rilevante per le questioni sollevate nel giudizio di esecuzione, e volendo assicurarsi che tale «relevant and informative document» facesse parte della documentazione ufficiale del *panel*, indipendentemente dalla scelta di quest'ultimo di accoglierlo o meno, gli Stati Uniti lo allegarono alla propria memoria. Rispondendo poi alla domanda del *panel* di precisare in quale misura facessero proprio il contenuto dell'*amicus curiae*, gli Stati Uniti dichiararono che quest'ultimo naturalmente riflette il punto di vista, indipendente, delle associazioni firmatarie del documento, le quali hanno un grande interesse e una conoscenza specialistica sulla conservazione delle tartarughe marine e sulle questioni ad esse collegate. La comunicazione privata contempla argomenti che non fanno parte della memoria statunitense, che gli Usa precisano di non appoggiare, in quanto, non essendo redatte dai funzionari dell'esecutivo statunitense, essi non le ritengono questioni formalmente poste all'esame del *Panel* (WT/DS58/RW, par. 3.13). Quest'ultimo, dopo aver preso nota delle osservazioni delle parti, decide di non includere nella documentazione ufficiale la memoria di *Earthjustice*. Per quanto riguarda, invece, l'*amicus curiae* della *National Wildlife Federation*, il *Panel* prende nota del fatto che è allegato alla comunicazione degli Stati Uniti e di conseguenza fa già parte della documentazione ufficiale del procedimento (WT/DS58/RW, par. 5.16).

¹⁷⁹ WT/DS58/AB/RW, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Recourse to Article 21.5 of the Dsu by Malaysia, Report of the Appellate Body, 22 October 2001. È stato inoltrato un *amicus curiae* – dalla *Humane Society of United States* e dalla *Humane Society International* – che gli Stati Uniti hanno prontamente allegato alla loro memoria di parte appellata (v. *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Recourse to Article 21.5 by Malaysia (AB-2001-4), Appellee Submission of the United States, August 17, 2001, in <http://www.ustr.org>). L'Organo d'appello ne ha preso nota, dichiarando ancora una volta – a seguito delle precisazioni statunitensi che il contenuto della memoria privata esprime l'opinione indipendente delle Ong, e riflette la posizione Usa solo nella misura in cui vi sia coincidenza con quanto esposto come parte appellata – che avrebbe concentrato la propria attenzione sulla memoria Usa (WT/DS58/AB/RW, par. 77). Il 20 agosto 2001, il Prof. R. HOWSE ha inoltrato una sua comunicazione, che però il tribunale permanente non ha ritenuto necessario prendere in considerazione al fine di rendere la propria decisione (WT/DS58/AB/RW, par. 78).

Ma gli sviluppi più interessanti sulle comunicazioni non richieste si sono avuti nella controversia sul legname canadese, ritenuto oggetto di sussidi illegittimi, che contrappone, ormai da vent'anni, Stati Uniti e Canada (noto come il caso *Softwood-Lumber*). Al cuore di quello che è stato definito il contenzioso commerciale più spinoso tra i due Stati nordamericani¹⁸⁰, vi sono il diverso regime della proprietà dei terreni boschivi, nonché l'altrettanto difforme approccio alla gestione delle foreste. I terreni boschivi sono pubblici per il 94% in Canada, solo per il 42% negli Stati Uniti. La proprietà pubblica delle foreste permette al Canada di stabilire «stumpage fees» – ossia le quote per poter abbattere tronchi su terreno demaniale – che gli Stati Uniti reputano essere al di sotto del valore di mercato del legname che il pagamento di tali quote consente di abbattere. Gli *stumpage fees* statunitensi sono invece inevitabilmente più alti: essendo il terreno in mano pubblica di dimensioni ridotte, le quote in questione vengono messe all'asta in un mercato pienamente concorrenziale. Inoltre, il Canada ha fissato un regime restrittivo per le esportazioni dei tronchi tagliati nelle sue foreste, privando ulteriormente di capacità concorrenziale i produttori statunitensi. Ad avviso degli Stati Uniti, la combinazione tra la fissazione in via amministrativa degli *stumpage fees* e le restrizioni all'esportazione dei tronchi canadesi configura sussidi sia diretti che indiretti, che sarebbero incompatibili con il diritto Omc sulle sovvenzioni pubbliche. Il Dipartimento Usa per il commercio, su richiesta dell'industria statunitense, ha così avviato un'indagine che si è conclusa, il 9 agosto 2001, con la determinazione in via preliminare dell'ammontare del sussidio e del conseguente dazio compensativo¹⁸¹. Il Canada ha immediatamente avviato consultazioni in seno all'Omc, ed in seguito al loro fallimento ha richiesto l'istituzione di un *panel*¹⁸².

Recentemente, nell'ambito del procedimento instauratosi dinanzi al *panel*, si è avuta la presentazione di un *amicus curiae* da parte della Ong *Interior Alliance Indigenous Nations*, che rappresenta cinque gruppi indigeni del-

¹⁸⁰ V. O. RAHMAN - S. DEVADOSS, *Economics of the US-Canada Softwood Lumber Dispute: A Historical Perspective*, in *The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy*, 2002, p. 29-45; nonché M. BENITAH, *Canadian Softwood Lumber: What Kind of Ruling Could Emerge from a Wto Panel?*, *Asil Insights*, March 2002; G. GAGNÉ, *The Canada-US Softwood Lumber Dispute – An Assessment after 15 Years*, in *Journal of World Trade*, 1999/1, p. 67-86.

¹⁸¹ *Preliminary Determination*, 66 Fed. Reg. 43186.

¹⁸² Cfr. WT/DS236/1, *United States – Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, Request for Consultations by Canada, 27 August 2001; WT/DS236/2, *United States – Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, Request for the Establishment of a Panel by Canada, 26 October 2001. Nel frattempo, il Dipartimento per il commercio degli Stati Uniti ha anche terminato le indagini e approvato la determinazione finale del sussidio, predisponendo il pagamento del dazio compensativo definitivo a partire dal 22 maggio 2002. Cfr. Department of Foreign Affairs and International Trade of Canada, *Softwood Lumber US Trade Actions: Chronology & Background (2001 to present)*, in <http://www.dfait-maeci.gc.ca>, consultato il 23 giugno 2002.

la provincia canadese della *British Columbia*. Da alcuni comunicati stampa, la memoria privata risulta essere stata accolta dal *panel*, fatto considerato dalla Ong in questione come «a groundbreaking victory for indigenous peoples around the world and for British Columbia Indians in particular»¹⁸³. Tre sono gli spunti di rilievo contenuti nell'*amicus curiae*. Innanzitutto, analogamente a quanto sostenuto dagli Stati Uniti¹⁸⁴, la *Interior Alliance* qualifica gli *stumpage fees* come il corrispettivo prestato dall'industria canadese per la fornitura di un bene – il legno, appunto – da parte del Canada, corrispettivo che, non riflettendo i valori di mercato, dà luogo ad un contributo finanziario specifico all'industria nazionale del legname riconducibile alla nozione di sovvenzione di cui all'art. 1, par. 1, lett. a. iii. dell'Accordo Omc sulle sovvenzioni. Pertanto, su tale bene sovvenzionato, lo Stato, la cui industria ha subito o rischia di subire un danno materiale, può imporre un dazio compensativo¹⁸⁵. Inoltre, riguardo le cause per cui lo *stumpage fee* sarebbe artificialmente basso, *Interior Alliance* introduce una «indigenous perspective and analysis»¹⁸⁶: si tratta del mancato rispetto da parte delle autorità della provincia della *British Columbia*, nella fissazione dell'ammontare degli *stumpage fees*, dei diritti degli indigeni sui loro territori tradizionali, riconosciuti dalla Corte suprema canadese, e tutelati, alla sezione 35, dalla Costituzione canadese¹⁸⁷. In sostanza, ad avviso della *Interior Alliance*, il governo della provincia canadese non ha mai posto in essere una politica di definizione delle entrate e di redistribuzione delle risorse ottenute dallo sfruttamento dei territori tradizionali degli indigeni che contemplasse adeguate forme di compensazione per questi ultimi. La *British Columbia* avrebbe pertanto violato gli «Aboriginal Title and Rights» degli indigeni¹⁸⁸, beneficiando le società canadesi dedite alla raccolta e alla lavorazione del legname. Infine, *Interior Alliance* indica al *panel* che lo *stumpage fee* costituirebbe un sussidio illegittimo anche perché

¹⁸³ *Native Canadian Group To Be Heard in Lumber Dispute*, in *Bridges - Trade BioRes*, 2 May 2002; *Interior Alliance, Press Release – Interior Alliance Breaks New Ground in Geneva as Wto Accepts its Softwood Lumber Dispute Submission*, 30 April 2002.

¹⁸⁴ *V. United States – Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada (WT/DS236)*, First Written Submission of the United States, 15 April 2002, p. 13 e ss.

¹⁸⁵ Sul punto v. anche G. BEAUPRÉ, *The Canada – US Lumber Dispute: An Apology for a Third Way*, in *Bridges – Between Trade and Sustainable Development*, February 2002, p. 13-14.

¹⁸⁶ *United States – Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada, WT/DS236, Third Party Submission of the Interior Alliance Indigenous Nations*, The Hague, April 15th, 2002, p. 2. Si ringrazia Nicole Schabus, di *Interior Alliance*, per averci fornito copia dell'*amicus curiae* inoltrato al *Panel Omc*.

¹⁸⁷ Supreme Court of Canada, *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

¹⁸⁸ Per quanto riguarda in particolare la nozione di *Aboriginal Title*, si riporta qui la definizione fornita da *Interior Alliance* nella sua comunicazione (*cit. supra*, nota 186, p. 18): «Aboriginal Title is the term employed by the Supreme Court of Canada to refer to the collective proprietary interest of indigenous peoples in their traditional territories. The Indigenous Peoples of the Interior have held their inherent land rights connected to their indigenous laws and land use since time immemorial and have always maintained their validity».

la gestione delle foreste nei territori tradizionali degli indigeni canadesi non rispetterebbe i criteri di sostenibilità osservati invece nei mercati concorrenti, *in primis* negli Stati Uniti. Lo sfruttamento intensivo così consentito permette sì alle società canadesi di offrire prodotti a prezzi estremamente competitivi, ma a discapito del rispetto del principio di diritto internazionale dell'ambiente in base al quale il costo di un bene deve riflettere il costo di ogni misura necessaria a tutelare l'ambiente anche nelle fasi di produzione di quel dato bene. Pertanto, ad avviso di *Interior Alliance*, gli indigeni canadesi attualmente sopportano un duplice danno: «their collective proprietary interest is not «adequately remunerated» and their traditional territories and uses are destroyed»¹⁸⁹. La Ong conclude dunque la propria memoria chiedendo al *panel* di riconoscere la legittimità dei dazi compensativi adottati dagli Stati Uniti, poiché «[t]he non-recognition and non-implementation of those specific rights of indigenous peoples amounts to a countervailable subsidy, against which trade remedies should be imposed» al fine di indurre il Canada a rispettare i diritti degli indigeni, nonché ad introdurre criteri di sostenibilità nella gestione delle foreste¹⁹⁰.

Sono evidenti le novità apportate dalle argomentazioni di *Interior Alliance* alla trattazione della disputa, in particolare l'affermazione della violazione del diritto Omc dovuta anche alla violazione di diritti dell'uomo. Esse hanno spinto il *panel* ad una richiesta senza precedenti nel sistema Omc di risoluzione delle controversie: è stato riportato che il gruppo speciale non solo ha accolto l'*amicus curiae*, ma ha anche chiesto alle parti della disputa di presentare le loro osservazioni su di esso¹⁹¹. Queste hanno espresso la loro contrarietà alla trattazione da parte del *panel* del profilo interno sollevato da *Interior Alliance*, dunque la questione dei diritti degli indigeni sul loro territorio tradizionale. Essa, infatti, è tuttora oggetto di continue discussioni a livello politico e di accesi contrasti dinanzi ai tribunali canadesi. Sarà interessante vedere come proseguirà la trattazione della controversia, ed eventualmente se e quale ruolo possa essere riservato al principio del previo esaurimento dei ricorsi interni dinanzi alla richiesta di intervenire su decisioni economiche sovrane, ponendo così l'obbligo di esperire tutte le vie nazionali prima di poter ricorrere a rimedi internazionali¹⁹².

¹⁸⁹ *Amicus curiae* di *Interior Alliance*, cit. supra, nota 186, p. 28. V. anche Chief A. MANUEL, *Peoples of the Plateau, Renewing Traditional Values*, in <http://www.taigaescue.org>, sito consultato il 12 giugno 2002.

¹⁹⁰ *Amicus curiae* di *Interior Alliance*, cit. supra, nota 186, p. 27.

¹⁹¹ Cfr. *Wto Members Comment on Indigenous Amicus Brief in Lumber Dispute*, in *Bridges – Trade BioRes*, 16 May 2002.

¹⁹² V. K. R. GRAY, *First Nations Bring Unresolved Land Claims and Subsidies to the Wto*, in *Bridges – Between Trade and Sustainable Development*, May 2002, p. 11-12.

8. Proposte di riforma dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie sull'istituto dell'*amicus curiae* e sviluppi al di fuori del sistema di Marrakech

Al termine dell'Uruguay Round fu adottata una decisione che invitava la Conferenza ministeriale dell'Omc a completare una revisione della disciplina del nuovo sistema di risoluzione delle controversie entro quattro anni dalla sua entrata in vigore¹⁹³. Il mandato al pilastro politico dell'Omc per una riforma del Dsu poteva indubbiamente costituire l'occasione migliore per appianare ogni divergenza sulla correttezza di quanto deciso dall'Organo d'appello nel caso *Gamberetti* a proposito degli *amici curiae*. Tuttavia, le reazioni nettamente contrastanti all'attività di quest'ultimo contaminarono pesantemente anche i lavori di revisione, che naufragarono definitivamente a Seattle assieme al prospettato «Millennium Round». Da una parte, i paesi in via di sviluppo vincolavano il loro assenso alla revisione all'espresso inserimento, nelle regole dell'Intesa, di un divieto ai *panel* e all'Organo d'appello di prendere in considerazione comunicazioni non richieste¹⁹⁴, o comunque alla garanzia che il «pacchetto» di revisione del Dsu non avrebbe contemplato la legittimazione formale degli *amici curiae*, così come alcuna misura di apertura del contenzioso al pubblico¹⁹⁵. Dall'altra, su posizioni di segno opposto ma di analoga intransigenza si ponevano gli Stati Uniti, i quali dichiararono senza mezzi termini che sulla trasparenza e sugli *amici curiae* non avrebbero ceduto, e dunque non avrebbero accettato una revisione del Dsu dalla quale fossero state stralciate tali questioni¹⁹⁶.

A seguito della Conferenza ministeriale di Doha del novembre 2001, i Membri Omc hanno predisposto un nuovo mandato per negoziare i miglioramenti e i chiarimenti dell'Intesa, e si sono impegnati a chiudere i lavori sulla riforma del Dsu entro il maggio 2003, scegliendo una scadenza autonoma dagli altri capitoli del nuovo ciclo di negoziati con il dichiarato proposito di non fare del meccanismo di risoluzione delle controversie – data la centralità che riveste per l'affermazione della *rule of law* nel sistema Omc – un elemen-

¹⁹³ *Decision on the Application and Review of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, in *Trade Negotiations Committee, Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, Marrakesh, 15 April 1994, p. 419. Sulla proroga di un anno del mandato per la revisione cfr. WT/DSB/M/52, *Minutes of the Meeting Held in Centre William Rappard on 8 December 1998*, 3 February 1999.

¹⁹⁴ Cfr. WT/GC/W/162, *Preparations for the 1999 Ministerial Conference, The Dispute Settlement Understanding*, Communication from Pakistan, 1 April 1999, p. 3.

¹⁹⁵ WT/GC/M/48, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 6 October 1999*, 27 October 1999, dichiarazione del rappresentante della Malesia, p. 26.

¹⁹⁶ «The United States could not defend a package that did not include enhanced transparency». WT/DSB/M/70, *Minutes of the Meeting Held in the Centre William Rappard on 27 October and 3 November 1999*, 15 December 1999, dichiarazione del rappresentante Usa, p. 23.

to di «scambio» nell'ambito del secondo «pacchetto unico» che dovrà contenere i risultati del Round di Doha¹⁹⁷.

Nell'ambito di tali negoziati, la Comunità europea ha già inoltrato un'importante proposta volta ad un miglioramento complessivo del Dsu, che si occupa anche, in modo sistematico, dell'istituto dell'*amicus curiae*. Prendendo atto che l'Intesa sulla risoluzione delle controversie, così come interpretata dall'Organo d'appello, oramai debba considerarsi capace di consentire, caso per caso, la presentazione di *amici curiae*¹⁹⁸, e che pertanto la questione non è più *se* accogliere tali memorie, ma *come* disciplinarle in modo chiaro l'accesso, la Comunità suggerisce l'inserimento di un articolo 13 bis – successivo, dunque, alla disposizione che espressamente prevede il diritto per i *panel* di chiedere informazioni e consulenze tecniche. L'adozione di una apposita disciplina viene giudicata necessaria per consentire un uso proficuo dell'istituto, senza ritardare i tempi del contenzioso o creare ulteriori significativi oneri per i Pvs, nel pieno rispetto del principio del *due process*, dunque fissando, per tutte le parti del contenzioso, le modalità di risposta al contenuto delle memorie non richieste¹⁹⁹.

Detto art. 13 bis riproduce pressoché interamente la tanto contestata *Additional Procedure*, a partire dall'approccio a due fasi per la presentazione dell'*amicus curiae* – ossia prima la richiesta di essere autorizzati a presentare una memoria, e quindi, ottenuta l'autorizzazione, l'inoltro della memoria stessa²⁰⁰. Le novità sono rappresentate *a.* dall'indicazione dei tempi dei vari

¹⁹⁷ Cfr. WT/MIN(01)/DEC/W/1, Ministerial Declaration, 14 November 2001, par. 30 e 47. Sulla quarta Conferenza ministeriale dell'Omc svoltasi a Doha e sul lancio del nono ciclo di negoziati del sistema multilaterale cfr. P. C. MAVROIDIS, *The Meeting in Doha – Keep on Keeping on*, in *Journal of World Trade*, 2002/2, p. 167-169; i commenti di J. J. SCHOTT - G. N. HORLICK - ALAN W. WOLFF, nella sezione special dedicata a Doha in *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 191-219; A. PARENTI, *La Conferenza ministeriale di Doha e il dopo-Doha*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Commercio internazionale sostenibile? Wto e Unione europea*, cit. *supra*, nota 52. In particolare, sulle prospettive di riforma dell'Omc, cfr. N. LAVRANOS, *Some Proposals for a Fundamental Dsu Reform*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2002, p. 73-82; G. VENTURINI, *Le proposte di riforma dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in L. IAPADRE - F. PAGANI (a cura di), *Le frontiere della globalizzazione: negoziati commerciali e riforma dell'Omc*, cit. *supra*, nota 1, p. 103-119.

¹⁹⁸ «The Dsu as interpreted by the Appellate Body now allows the submission of *amicus curiae* briefs on a case by case basis». TN/DS/W/1, *Contribution of the European Communities and its Member States to the Improvement of the Wto Dispute Settlement System*, 13 March 2002, p. 7; «[t]he EC does not discuss in its proposal the issue of whether *amicus curiae* should or should not be allowed. The question has already been largely resolved by the Appellate Body and by now a developing practice allows the submission of *amicus curiae* briefs on a case by case basis: the EC's proposal simply aims at setting clear rules for such practice». TN/DS/W/7, *The European Communities' Replies to India's Questions*, 30 May 2002, p. 6.

¹⁹⁹ TN/DS/W/1, p. 7. V. anche TN/DS/W/7, *The European Communities' Replies to India's Questions*, 30 May 2002, alle p. 6-7.

²⁰⁰ Si riporta qui di seguito il testo dell'art. 13 bis proposto dalla Comunità (nel documento già citato TN/DS/W/1, alle p. 11-12) e dedicato alle *Amicus curiae submissions*: «1. The panel or the Appellate Body may permit unsolicited *amicus curiae* submissions, provided that the panel or the Appellate Body have determined that they are directly relevant to the factual and legal issues under consideration by the panel or the Appellate Body and that they comply with the rules of this Arti-

passaggi procedurali; *b.* dalla definizione dell'interesse che devono avere i richiedenti – la proposta comunitaria richiede di «demonstrate the direct interest that the applicant has in the factual or legal issues raised in the dispute»²⁰¹, mentre la Procedura addizionale, analogamente alla *Rule 37* della Corte Suprema, domandava di specificare «the nature of the interest» del richiedente²⁰², nonché *c.* dalle precisazioni sul contenuto degli *amici curiae*.

Per quanto riguarda la tempistica, la richiesta di autorizzazione a presentare un *amicus curiae* deve essere inoltrata al *panel* entro 15 giorni dalla sua costituzione, all'Organo d'appello entro 5 giorni dalla comunicazione d'appello; il *panel* deve decidere entro 7 giorni dalla ricezione della richiesta se accettarla o respingerla, comunicando la propria determinazione per posta elettronica o fax, mentre l'Appello ha 3 giorni di tempo; ricevuta l'autorizzazione, la parte interessata deve inoltrare l'*amicus* entro 15 giorni al *panel*, entro 3 giorni all'Organo d'appello. Attore e convenuto, nonché le parti terze, hanno poi 10 giorni di tempo dalla ricezione della memoria per avanzare le

cle. In such a case, the panel or the Appellate Body shall consider the submissions in question, while not being obliged to address, in its report, the factual or legal arguments made in such briefs. 2. Any person, whether natural or legal, other than a party or third party to the dispute, wishing to make an *amicus curiae* submission to the panel or the Appellate Body, must apply for leave to file such a submission from the panel or the Appellate Body within 15 days from the date of the composition of the panel or within 5 days from the date of the notice of appeal, respectively. 3. An application for leave to file such a submission shall: *a.* be made in writing, be dated and signed by the applicant, and include the address and other contact details of the applicant; *b.* be in no case longer than three typed pages; *c.* contain a description of the applicant, including a statement of the membership and legal status of the applicant, the general objectives pursued by the applicant, the nature of the activities of the applicant, and the sources of financing of the applicant; *d.* demonstrate the direct interest that the applicant has in the factual or legal issues raised in the dispute; *e.* identify the specific issues of facts and law which the applicant intends to address in its submission and, in the case of a application submitted to the Appellate Body, the legal interpretations developed by the panel that are the subject of the notice of appeal; *f.* indicate why it would be desirable, in the interests of achieving a satisfactory settlement of the matter at issue, in accordance with the rights and obligations of Wto Members under the Dsu and the other covered agreements, for the panel or Appellate Body to grant the applicant leave to file a submission in this appeal; and *g.* contain a statement disclosing whether the applicant has any relationship, direct or indirect, with any party or any third party to this dispute, as well as whether it has, or will, receive any assistance, financial or otherwise, from a party or a third party to this dispute in the preparation of its application for leave or its written brief. 4. The panel or the Appellate Body will review and consider each application for leave to file a submission and will, within 7 days from their receipt in the case of a panel, and within 3 days in the case of the Appellate Body, render a decision whether to grant or deny such leave. That decision shall be notified forthwith to the applicant by facsimile or electronic mail. 5. Any person, other than a party or a third party to this dispute, granted leave to file an *amicus curiae* submission, must make its submission to the panel within 15 days from the date of receipt of the notification, and to the Appellate Body within 3 days from such date. 6. A submission filed with the panel or the Appellate Body by an applicant granted leave to file such a brief shall: *a.* be dated and signed by the person filing the submission; *b.* be concise and in no case longer than 20 typed pages, including any appendices; and *c.* set out a precise statement, strictly limited to legal arguments in the case of a submission to the Appellate Body, supporting the applicant's position on the issues of facts and law with respect to which the applicant has been granted leave to file a submission. 7. The parties and the third parties to the dispute shall be given 10 days from the date of receipt of any submission filed by an applicant granted leave under this Article to comment on and respond to such submissions».

²⁰¹ Art. 13 bis, par. 2, lett. *d.*, in TN/DS/W/1, p. 11, il corsivo è nostro.

²⁰² Cfr. la Procedura addizionale, par. 3, lett. *d.*, nonché la *Rule 37*, par. 2, lett. *b.*

loro osservazioni sul contenuto dell'*amicus curiae*.

Sul contenuto degli *amici curiae*, viene ribadito che, laddove le comunicazioni siano rivolte all'Appello, queste possono avere ad oggetto solo le interpretazioni giuridiche sollevate dagli appellanti; inoltre, si precisa che, se le memorie sono destinate ai *panel*, esse possono riguardare questioni di diritto e di fatto, nel rispetto della richiesta di costituzione del *panel*, la quale ha appunto la funzione di stabilire i termini della controversia²⁰³. In generale, nella disciplina auspicata dalla Comunità, gli *amici curiae* non possono introdurre nuovi motivi di reclamo (*claims*, *allégations*, *alegaciones*) rispetto a quelli adottati dalle parti principali dinanzi ai *panel* e all'Organo d'appello, mentre dovrebbero avere la possibilità di apportare nuove argomentazioni a sostegno dei motivi di reclamo, anche laddove dette argomentazioni (*arguments*, *arguments*, *argumentos*) non siano state avanzate dalle parti²⁰⁴.

Ancora una volta, diversi paesi in via di sviluppo hanno manifestato la loro ostilità alle memorie private²⁰⁵, sottolineando in particolare l'aggravamento che il loro inserimento comporterebbe per lo svantaggio con i paesi industrializzati. Come già ricordato, a loro avviso, gli *amici curiae* promuovono pressoché costantemente gli interessi dei paesi sviluppati, attraverso le Ong specializzate nelle politiche sociali ed ambientali, nonché le associazioni di affari finanziate dalle multinazionali. Le risorse limitate di cui dispongono per il contenzioso non consentirebbero loro di gestire alla pari le comunicazioni inoltrate da tali soggetti.

A fronte del lamentato orientamento a senso unico delle Ong, va qui sottolineato che diversi fatti depongono in senso contrario. Basti pensare al ruolo delle Ong a proposito dell'interpretazione delle eccezioni contemplate dall'Accordo Trips sul rapporto tra diritto di accesso ai farmaci e tutela dei diritti di proprietà intellettuale, che va in senso opposto a quanto auspicato dall'industria farmaceutica, tradizionalmente sponsorizzata dai paesi industrializzati²⁰⁶, oppure alla memoria presentata da *Interior Alliance* a proposito del

²⁰³ Cfr. gli artt 6 e 7 dell'Intesa. Su tale aspetto cfr. G. MARCEAU - J. MORRISSEY, *Clarifications of the Dsu Brought by Wto Jurisprudence*, cit. *supra*, nota 123, par. II, C.

²⁰⁴ «Of course, the panel/AB would not address new claims raised in the *amicus* briefs: the terms of the dispute will continue to be set by the request of the establishment of the panel. On the other hand, in the EC's views, the panel/AB could be free to address new arguments made in *amicus* briefs, even if such arguments were not otherwise made by the parties to the dispute». TN/DS/W/7, p. 7. Sulla necessità di indicare tutte le violazioni del diritto Omc nella richiesta di costituzione del *panel* e sulla distinzione tra *claims* e *arguments* v. S. LITTLE, *Preliminary Objections to Panel Requests and Terms of Reference – Panel and Appellate Body Rulings on the First Line of Defence in Wto Dispute Settlement Proceedings*, in *Journal of World Trade*, 2001/4, p. 57-554, alle p. 535 ss.

²⁰⁵ Cfr. *Amicus Brief Proposal Finds Scant Support in the Dispute Settlement Review*, in *Bridges – Between Trade and Sustainable Development*, May 2002, p. 10, nonché TN/DS/W/5, *India's Questions to the European Communities and Its Member States on Their Proposal Relating to Improvements of the Dsu*, 7 May 2002, alle p. 5-6.

²⁰⁶ Oltre alla Dichiarazione ministeriale sull'Accordo Trips e la salute pubblica (WT/MIN(01)/

diritto degli indigeni al loro territorio tradizionale nel caso *Softwood-Lumber*, la quale evidenzia come una violazione di un diritto fondamentale sia suscettibile di costituire al tempo stesso una pratica commerciale illegittima. Inoltre, la verifica dei firmatari di diversi *amici curiae* finora inoltrati nel contenzioso multilaterale rivela la presenza di diverse Ong aventi sede in paesi in via di sviluppo²⁰⁷; e alcuni gruppi di interesse stabiliti nei paesi industrializzati – segnatamente le Ong che intendevano presentare le loro osservazioni nel giudizio di impugnazione dell'*Amianto* – hanno avuto cura di sottolineare che il loro compito istitutivo è quello di promuovere una applicazione del diritto del commercio internazionale che sia compatibile con la tutela della salute, della sicurezza, dell'ambiente non di una sola popolazione ma di tutti i popoli del mondo, e che tra i loro doveri vi è proprio quello di promuovere gli interessi dei paesi in via di sviluppo e la piena partecipazione di questi ultimi alle organizzazioni internazionali intergovernative²⁰⁸. «If handled in a transparent manner, submissions from non-governmental organisations under formal procedures ... can give voice to marginalized members of the international community from both developed and developing countries. Appropriately regulated submissions from non-governmental organisations can facilitate the full and fair participation of all affected constituencies in the global trading system». Pertanto, concludono le menzionate Ong della controversia *Amianto*, l'apertura alla società civile non deve essere percepita «as putting devel-

DEC/W/2, *Declaration on the Trips Agreement and Public Health*, 14 November 2001), v. anche P. ACCONCI, *L'accesso ai farmaci essenziali – Dall'Accordo Trips alla Dichiarazione della Quarta Conferenza Ministeriale dell'Omc di Doha*, in *La Comunità internazionale*, 2002, p. 637-664; C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *An Approach to the Wto Ministerial Declaration on the Trips Agreement and Public Health*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, p. 212-219; G. DUTFIELD, *The Doha Declaration on Trips and Public Health: Does it Change Anything?*, in *Trade Negotiations Insights*, February 2002, p. 1-2; T. KONGOLO, *Towards a New Fashion of Protecting Pharmaceutical Patents in Africa – Legal Approach*, in *International Intellectual Copyright*, 2002, p. 185-211; ICTSD, *Trips, Biological Resources and Public Health – Documents and Discussion Papers Presented at the Ictsd-Africa Group Roundtable on 12 June 2001*, Geneva, September 2001; UNCTAD/ICTSD, *Intellectual Property Rights and Development, Policy Discussion Papers, Preliminary Draft*, Geneva, November 2001; ICTSD, *Literature Survey on Intellectual Property Rights and Sustainable Human Development – Selected and compiled by Graham Dutfield*, Geneva, February 2002.

²⁰⁷ Cfr., ad esempio, l'*amicus curiae* presentato il 17 settembre 1997 al *Panel* del caso *Gamberetti* da Ciel insieme a *The Environmental Foundation Ltd*, avente sede in Sri Lanka, *The Philippine Ecological Network*, stabilita nelle Filippine, *Red Nacional de Accion Ecologica*, Ong cilena; la memoria inoltrata il 12 novembre 2000 al *Panel* del follow-up dei *Gamberetti* da *Earthjustice Legal Defense Fund*, congiuntamente, tra l'altro, a *Fiscalia del Medio Ambiente*, Ong avente sede in Cile; nonché la comunicazione del 13 dicembre 2000, inviata sempre allo stesso *Panel*, dalla *National Wildlife Federation (Nwf)*, insieme a diverse Ong «representing citizens and Members in Chile, Kenya, India» (par. I, *Introduction*), in <http://www.nwf.org/trade/shrimpcomment.html>.

²⁰⁸ *Field, Ban Asbestos Network, Greenpeace International, International Ban Asbestos Secretariat, Wwf International, European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (AB-2000-11)*, *Brief submitted to the Appellate Body by Non-Parties*, cit. supra, nota 157, p. iv.

oping countries at a further disadvantage in Wto dispute settlement procedures»²⁰⁹.

Senza dubbio, vi è una forte, preoccupante, sproporzione tra le risorse che Pvs e paesi sviluppati possono utilizzare nel contenzioso Omc. Questo divario va certamente colmato: ma non è pensabile possa essere semplicemente «mitigato» – secondo quanto proposto da alcuni Pvs – con misure oscurantiste escludenti la società civile. Al contrario, occorrono azioni positive che accrescano la presenza di Ong nei Pvs e che rafforzino la capacità partecipativa di questi ultimi al sistema di risoluzione delle controversie, in modo che essi possano disporre delle risorse necessarie a perorare con la massima competenza ed efficacia i loro punti di vista, in linea con gli impegni ribaditi e rafforzati di assistenza tecnica, *capacity building*, trattamento speciale e differenziato, contemplati nell'agenda dello sviluppo di Doha (*Doha Development Agenda*, Dda) per favorire migliore integrazione e piena partecipazione dei Pvs ai benefici del sistema commerciale internazionale²¹⁰, e nel solco, in particolare, di quanto già avviato con l'*Advisory Centre on Wto Law* (Acwl), stabilito a Ginevra nel luglio 2001 per offrire assistenza legale e tecnica ai Pvs che ne facciano richiesta²¹¹.

Del resto, il fronte dei Pvs non appare più così compatto come in precedenza. Emblematico è il recente Accordo di libero scambio (Als) tra Stati Uniti e Giordania, entrato in vigore il 17 dicembre 2001²¹², il terzo della nuova generazione di Als stipulati dal Paese nordamericano, che ha ad oggetto merci e servizi, e comprende disposizioni dedicate a commercio e ambiente, a commercio e *labour standards*, rinnovando l'appoggio alla Dichiarazione sui diritti e i principi fondamentali sul lavoro approvata nel giugno 1998 dall'Oil²¹³. L'Accordo prevede un meccanismo di risoluzione delle controversie, che ha competenza anche sui *trade-ands* ed è dotato di disposizioni molto avanzate sotto il profilo della trasparenza e dell'accesso delle parti private. In un apposito *Memorandum of Understanding* è stabilito infatti che, salvo il ca-

²⁰⁹ Field, *Ban Asbestos Network*, Greenpeace International, *International Ban Asbestos Secretariat*, Wwf International, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products (AB-2000-11)*, *Brief submitted to the Appellate Body by Non-Parties*, cit. *supra*, nota 157, p. iii.

²¹⁰ Cfr. l'intero testo della dichiarazione ministeriale di Doha (WT/MIN/(01)/DEC/W/1), in particolare i par. 2 e 38 ss.

²¹¹ «The Centre is an international organisation independent of the Wto which was established to provide legal training, support and advice on the law of the Wto to developing countries, in particular the least developed among them, and to countries with economies in transition». Acwl Press Release, *Inauguration of the Advisory Centre on Wto Law*, October 2001, in <http://www.acwl.ch>.

²¹² *President Issues Proclamation to Implement Us-Jordan Free Trade Agreement*, Ustr Press Release, 10 December 2001.

²¹³ *Ilo Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, 86th Session, Geneva, June, 1998. Sull'Accordo Stati Uniti - Giordania cfr. *The Us -Jordan Free Trade Agreement – Fact Sheet*, Ustr Press Release, October 2000.

so in cui vi siano ragioni di confidenzialità, le memorie governative presentate nel contenzioso sono disponibili al pubblico, così come aperte al pubblico sono le sedute dei *panel* in cui vengano effettuate presentazioni verbali; inoltre, «the panel shall accept and consider *amicus curiae* submissions by individuals, legal persons, and nongovernmental organizations with an interest in the outcome of the dispute»²¹⁴. Ma vi è di più. In un apposito «Joint Statement on Wto Issues», sempre allegato all'Als, «recognizing that transparency in the administration of international trade agreements fosters public understanding of international trade and strengthens the international trading system», Giordania e Stati Uniti si sono impegnati a seguire gli stessi principi di trasparenza laddove sorgano controversie tra di essi nell'ambito dell'Omc –la Giordania ha infatti aderito al sistema di Marrakech nell'aprile del 2000. I due Stati dovranno così selezionare i *panel* Omc in modo tale che i loro componenti adottino regole di procedura aderenti a quanto indicato nel *Joint Statement*, il quale richiede ancora una volta la previsione dell'istituto dell'*amicus curiae*²¹⁵.

Gli Stati Uniti premono per inserire analoghe disposizioni nei capitoli dedicati alla risoluzione delle controversie degli accordi che stanno negoziando, sia di natura bilaterale²¹⁶ che plurilaterale. Tra questi ultimi, spicca il negoziato per l'Accordo per l'area di libero scambio delle Americhe (*Free Trade Area of the Americas*, Ftaa), che coinvolge i 34 Paesi del continente americano e dovrebbe concludersi nel 2005²¹⁷. Nella prima stesura dell'Accordo Ftaa, diffusa il 3 luglio 2001, nella sezione dedicata alla risoluzione delle controversie, l'art. 26 prevede che, una volta espletate le procedure per la composizione del *panel*, sia data comunicazione al pubblico della data entro la quale è possibile far pervenire «views on legal or factual issues to the neutral panel. The deadline established by the neutral panel shall permit ample time for the public to prepare submissions and for disputing Parties to respond to any such submissions»²¹⁸.

²¹⁴ *Memorandum of Understanding on Transparency in Dispute Settlement Under the Agreement Between the United States and Jordan on the Establishment of a Free Trade Area*, firmato il 24 ottobre 2000, sezione 2, C., disponibile presso il sito <http://www.ustr.gov>.

²¹⁵ *United States – Jordan, Joint Statement on Wto Issues*, firmato il 24 ottobre 2000, sezione 2, disponibile presso il sito <http://www.ustr.gov>.

²¹⁶ Cfr. il *Draft Environmental Review of the proposed Us – Chile Free Trade Agreement*, alle p. 52-53, disponibile presso il sito <http://www.ustr.gov>.

²¹⁷ Cfr. in proposito il sito <http://www.ftaa-alca.org>.

²¹⁸ Ftaa.Tnc/w/133/Rev.1, *Ftaa – Free Trade Area of the Americas, Draft Agreement, Chapter on Dispute Settlement*, 3 July 2001, p. 6.15, in <http://www.ftaa-alca.org>.

9. Conclusioni

Il grande attivismo degli attori non governativi che si riscontra nell'ambito del sistema multilaterale del commercio è da ricondurre al più generale fenomeno del modo in cui, attualmente, le parti private si rapportano al diritto internazionale. Ben lungi dal considerarlo come di esclusiva pertinenza dei soggetti classici della Comunità internazionale, esse se ne avvalgono invece per superare le posizioni statali o infra-statali nelle quali non si identificano²¹⁹, per cercare di contenere una conduzione delle relazioni internazionali da parte degli Stati ritenuta eccessivamente attendista e cauta, a scapito di una rigorosa rivendicazione dei diritti scaturenti dall'ordinamento internazionale, nonché per rafforzare il profilo di compatibilità con quest'ultimo di alcune politiche statali da loro pienamente condivise, contribuendo così ad orientare la formazione e l'evoluzione del diritto internazionale stesso²²⁰.

La ricostruzione e l'analisi del complesso intreccio di accadimenti e dispute in cui è maturata l'apertura pretoria dell'Omc alla società civile rivelano l'abilità e la lungimiranza con le quali l'Organo d'appello ha gestito la vitalità delle parti private e le incertezze e divisioni della *membership* dell'Omc, e soprattutto l'indipendenza con cui il tribunale permanente ha interpretato la propria funzione nel sistema multilaterale. Consapevole della forte determinazione delle Ong ad esporre le proprie considerazioni nel contenzioso ginevrino e della prassi sviluppata in altri meccanismi giudiziari internazionali dinanzi ad analoghe rivendicazioni²²¹, del ruolo sempre più incisivo assunto dalle parti private sulla scena internazionale²²², dell'enorme impopolarità, della decisa sensazione di isolazionismo e del pericoloso indebolimento che una sua inflessibile chiusura ai *non-State actor* avrebbe provocato non soltanto per se stesso, ma per l'intero sistema multilaterale, l'Organo d'appello decide, una volta incamerato l'essenziale appoggio degli Stati Uniti, di mostrare il varco, presente nel Dsu, che la società civile può utilizzare per far pervenire le proprie osservazioni a chi è chiamato a dirimere le controversie

²¹⁹ Basti pensare alla posizione assunta dalla società Usa di gestione dei diritti d'autore Ascap nei confronti della Sezione 110(5) del *Copyright Act* del 1976 degli Stati Uniti, riportata *supra*, par. 5 e., nonché a quella della Ong *Interior Alliance* nel caso *Softwood-Lumber*, *supra*, par. 7.

²²⁰ Cfr. A.-M. SLAUGHTER - D. BOSCO, *Plaintiff's Diplomacy*, in *Foreign Affairs*, September/October 2000, p. 102-116.

²²¹ Si ricordi qui, ad esempio, il caso *Methanex* nel quadro dell'Accordo Nafta, riportato *supra*, nota 28, nonché l'Als tra Stati Uniti e Giordania, e l'orientamento assunto a proposito dei negoziati Ftaa (*supra*, par. 8).

²²² Si pensi ad esempio all'inedita composizione quadripartita per lo scambio di vedute – «governments, civil society, the business community and the institutional stakeholders on global economic issues» – della recente Conferenza Onu sul finanziamento allo sviluppo: cfr. S. SUBEDI, *The International Conference on Financing for Development, Monterrey, Mexico, 18-22 March 2002*, in *International Law FORUM du droit international*, 2002, p. 52-53, p. 52; v. anche H. CULLEN - K. MORROW, *International Civil Society in International Law: The Growth of Ngo Participation*, in *Non-State Actors and International Law*, 2001, p. 7-39.

Omc, nella convinzione che il rafforzamento dei caratteri di trasparenza partecipativa del contenzioso multilaterale sia essenziale per la fiducia del pubblico in quest'ultimo. Inoltre, come è stato autorevolmente osservato, «for lawyers, and particularly judges one of whose primary tasks is to preserve and guarantee the integrity of a legal process, the notion of excluding voices affected by one's decision and not hearing arguments by them runs counter not only to the ethic of open and public process but to the very principles of natural justice»²²³.

Il linguaggio talvolta non cristallino e non pienamente definito, le «promesse mancate», episodi come il rigetto in blocco delle richieste di autorizzazione del caso *Amianto*, non sono da considerarsi come segnali di incertezza, o di tardivo e timoroso ossequio verso la maggioranza del pilastro politico²²⁴. Sono, al contrario, spazi lasciati aperti dall'Appello alla presa di coscienza dei Membri Omc della ineludibile necessità di far fronte alla pressione dei gruppi di *advocacy* attraverso l'assunzione di una chiara determinazione politica per la gestione degli *amici curiae*.

Pare difficile ipotizzare che, in futuro, l'Organo d'appello si presti a chiudere la breccia procedurale da esso stesso indicata, rivestendo il ruolo di esecutore materiale, e dunque di capro espiatorio, dell'estromissione delle parti private – un ruolo finora risolutamente respinto –, portando invece allo scoperto chi, fra i Membri Omc, sostiene o ostacola l'apertura alla società civile²²⁵. Altrettanto lontana, come si è visto, è la prospettiva di una desistenza dei *non-State actor* dalle questioni Omc. Oltre alla posizione favorevole degli Stati Uniti sugli *amici curiae*, ora anche la Comunità europea ha preso atto che «[t]he question has already been largely resolved by the Appellate Body and by now a developing practice allows the submission of *amicus curiae*

²²³ J. H. H. WEILER, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats – Reflections on the Internal and External Legitimacy of Wto Dispute Settlement*, cit. *supra*, nota 29, p. 204, il quale afferma anche che «[t]o reject, imperiously, with no explanation, applications to submit *amici* briefs is indeed a privilege of emperors, not of courts. The legitimacy of courts rests in grand part on their capacity to listen to the parties, to deliberate impartially favouring neither the powerful nor the meek, to have the courage to decide and then, crucially, to motivate and explain the decisions». *Ibidem*.

²²⁴ L'appello della controversia sul minerale cancerogeno presentava, a nostro avviso, una soluzione quasi obbligata per il tribunale permanente, essendo molto netti i termini della disputa: dunque, anche sulla base delle richieste e della memoria privata che è stato possibile per noi reperire (v. *supra*, alla nota 155), il mancato accoglimento delle richieste di autorizzazione a presentare *amici curiae* non ci pare abbia pregiudicato, a livello informativo, la completezza della trattazione della causa. L'Organo d'appello seguirà infatti l'impostazione delle Ong che intendevano intervenire, statuendo che amianto e fibre sostitutive non possono essere considerati prodotti simili, con la conseguenza che il diverso trattamento fissato dalla legislazione francese non viola il diritto Omc, dunque non vi è neppure la necessità di ricorrere alla clausola sulle eccezioni generali di cui all'art. XX Gatt (v. WT/DS135/AB/R, ai par. 84 ss.). Il rigetto in blocco può anche essere considerato come una sorta di «azione dimostrativa», da parte dell'Organo d'appello, ad uso di quei membri Omc che ritengono ingestibile, per la mole di lavoro che comporterebbe, il sistematico accoglimento di comunicazioni non richieste.

²²⁵ Sul punto cfr. più ampiamente P. MENGOLZI, *Private International Law and Wto Law, The Hague Academy of International Law*, 2002, cap. 5.

briefs on a case by case basis», e, più in generale, i paesi industrializzati hanno riconosciuto una loro colpevole latitanza nel lasciare senza disciplina procedurale il trattamento delle memorie non richieste²²⁶. Pertanto, sembra davvero irrealistica una modifica dell'Intesa che escluda espressamente le comunicazioni delle parti private dal contenzioso Omc. Al tempo stesso, è necessario apportare chiarezza, trasparenza e certezza nella gestione dell'istituto – già, su base casuistica, «artigianalmente» funzionante, e comunque capace di fare realizzare alle parti private il loro obiettivo di comunicare con gli organi Omc, poiché il giudizio di non rilevanza delle loro memorie ai fini della soluzione di una data controversia, con il quale spesso viene accompagnato il loro non accoglimento, implica una preventiva lettura degli *amici curiae* da parte dell'ente giudicante.

A tale proposito, una posizione più temperata dei Pvs sulle comunicazioni non richieste, sull'esempio dell'apertura già realizzata da alcuni di loro²²⁷, apporterebbe un notevole beneficio non solo al sistema Omc nel suo complesso, ma, in particolare, anche agli interessi degli stessi Pvs. Questi ultimi, infatti, sarebbero costretti a potenziare la loro capacità di argomentazione relativamente al trattamento speciale e differenziato da riservare ad essi, nonché alle loro esigenze di sviluppo legate alla liberalizzazione degli scambi laddove queste vengano ritenute confliggenti con altri valori pubblici, con un conseguente arricchimento della dialettica del contenzioso. Inoltre, il loro assenso agli *amici curiae* permetterebbe di gestirli in piena trasparenza, pubblicando sistematicamente tutte le richieste di autorizzazione e le eventuali memorie insieme ai *report* finali. Ciò consentirebbe, su base costante e anche a chi è esterno ad una singola controversia, di avere tutti gli elementi per valutare obbiettivamente l'operato di *panel* ed Organo d'appello, senza doversi affidare ai giudizi di chi è parte – o *amicus* – in causa, o ai fortunosi ritrovamenti di alcune delle memorie private inoltrate. Nuove voci potrebbero così sistematicamente aggiungersi per stabilire se le soluzioni formulate siano da considerarsi equilibrate, o ingiustificatamente sbilanciate.

Elisa Baroncini**

²²⁶ V. *supra*, par. 6 d.

²²⁷ Si veda in particolare l'Als Stati Uniti – Giordania, *supra*, par. 8.

** Ricercatore di Diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Bologna, incaricata della supplenza di Diritto internazionale nella Facoltà di Scienze internazionali e diplomatiche dell'Università degli Studi di Bologna - sede di Forlì.

LA COMMISSIONE EUROPEA *AMICA CURIAE* DAVANTI ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO*

Osservazioni scritte della Commissione delle Comunità europee nel caso n. 56672/00, *DSR Senator Lines GmbH v. Austria and others*, pendente davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo¹

(Omissis)

II. Absence of Responsibility on the part of the Member States

24. The European Community is not a signatory to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. No action lies against it before this Court. DSR has therefore brought an application directed against the Member States, on the basis that they are responsible for the acts of the Community. The first of the two issues specifically referred to by the Court in its letter notifying the application to the Member States is thus whether the latter are liable under Article 1 of the Convention for the procedure applied in the Court of First Instance and Court of Justice of the European Communities.

25. This issue is canvassed fully in the submissions presented by the Member States. In essence they point out that the European Community is an independent body, with separate legal personality, acting through independent institutions over which, in the case at least of the Commission and of the Community courts, the Member States have no control. While it may be true as a matter of principle that signatories to the Convention may not evade their obligations by transferring powers to independent international organisations, it does not follow that they can be held liable for the actions of those organisations in individual cases. In order to comply with their obligations under the Convention it is sufficient that they ensure the in-

* In argomento v. *infra*, p. 181 ss., il commento di *ELISABETTA BERGAMINI*.

¹ Il testo integrale delle osservazioni scritte, sopra riportate, è reperibile sul sito internet del Consiglio degli ordini forensi dell'Unione europea al seguente indirizzo: <http://www.hadjimichailis.gr/keimena/ccbe4/> (*n.d.r.*).

stitution of an equivalent level of protection of fundamental rights within the organisation in question. The Member States also emphasise that the Applicant has not attacked any national act, but merely Community acts themselves; such an application should be declared inadmissible *ratione personae*.

26. The Commission associates itself with those submissions and wishes only to make two observations: first, to emphasise the manner in which principles of fundamental rights are observed and applied by the Community institutions, and secondly, to discuss the obligation to ensure equivalent protection of fundamental rights.

(Omissis)

The obligation to ensure adequate protection

30. As has already been observed, it may be considered that a signatory State cannot evade its obligations under the Convention simply by ceding powers to an international organisation. Otherwise, it would be possible for a signatory to preclude the application of the Convention to certain areas of activity, contrary to the principle *pacta sunt servanda* (cf. Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties).

31. On the same reasoning, the Convention cannot itself preclude a signatory State from making such a transfer of powers, should it consider that to be desirable in the exercise of its sovereignty. Signatory States are free to transfer powers, but they remain bound by their obligations under the Convention. The question is, what is the nature of the State's obligation? Can it be held liable in respect of every exercise of power by the international organisation, even though it has no power to determine the outcome in each case? Or does it fulfil its obligation by ensuring that proper provision is made in the structure of the international organisation for effective protection of fundamental rights, to a standard at least equal to that under the Convention?

32. The Commission respectfully submits that to follow the first alternative would be to create an obligation which was impossible to fulfil, amounting in reality to a prohibition of any transfer of powers.

33. It is instead the second alternative that has been followed by the former Human Rights Commission (HRCOM), in particular in the case of *M & Co v. Germany* (application 13258/87). It noted (referring to the *Söering* judgment of 7 July 1989, A-161) that «the object and purpose of the Convention requires that its provisions be interpreted and applied in such a way as to make its safeguards practical and effective». Accordingly, the HRCOM considered that «the transfer of powers to an international organisation is not incompatible with the Convention provided that within that organisation fundamental rights will receive equivalent protection».

34. The Commission submits that that answer is correct in principle and that the reasoning in *M & Co* remains valid. Where a signatory State transfers powers to an international organisation, it fulfils the purpose of the Convention (and thus its obligations under the Convention) by ensuring that fundamental rights form part of the law governing the organisation and that there is an appropriate mechanism for enforcing those rights. So long as effective equivalent protection continues in general to exist, the State has met its obligation and there is no scope for any action against it

under the Convention. Only if the State fails to ensure that provision is made for equivalent protection of fundamental rights can it be said to have disregarded its obligations under the Convention and thus be held responsible itself for compliance with the Convention in individual cases.

35. Conversely, where proper provision is made for equivalent protection of fundamental rights, the signatory State cannot be held liable for alleged breaches of fundamental rights by the international organisation in individual cases. Any such alleged breach is not the State's act and lies outside the scope of its influence: by ensuring that the organisation incorporates (and continues to incorporate) a structure for adequate protection of human rights the State has done all that is within its power to ensure compliance with the Convention. That is true, moreover, whether or not the signatory State is called upon to take measures to execute decisions of the international organisation. The absence of responsibility of Member States for individual acts of the organisation's institutions is particularly manifest where Member State authorities do not even participate in the decision-making of the relevant institution (as in the present case, which concerns acts of the Commission and of the Community courts). Nor, however, do they bear any responsibility in relation to acts of an institution comprising Member State representatives, for example the Council of the European Union: those representatives act within the Council only as part of that institution, not separately on behalf of the Member States and subject to the international obligations of the latter.

36. In this context, the Commission firmly opposes the view that, under international law, the Community institutions are simply the expression of cooperation among the Member States and therefore constitute the «mere prolongation of those States' action in other forms»³. That approach is not only incompatible with basic principles of Community law, it is not appropriate in the case of other international organisations either. Simply to equate the organisation with the collectivity of its members is to ignore the very purpose of establishing international organisations capable of forming their own will distinct from that of individual members or the group as a whole. This is all the more clear if regard is had to organisations such as the United Nations: it would not do justice to the activity of that organisation to regard it as merely the collective will - an unlikely notion in itself - of all its Members.

(Omissis)

39. Furthermore, in the Commission's view the approach formulated in *M&Co* is particularly pertinent in the case of the European Community, whose distinctive features are its supranationality and the autonomy of Community law. It follows from the very nature of Community law that Community acts are adopted by independent institutions - over which, in the case of the Commission or the Community courts, the Member States have no influence - and that those acts have direct effect without any residual power of scrutiny on the part of the Member States. If this Court were to exercise scrutiny over acts of institutions in individual cases, it would necessarily imply the obligation for Member States systematically to review these individual acts for compliance with the Convention and, in appropriate cases, to disobey those acts. Such a consequence would pose an incalculable threat to the very foundations of the

³ See the literature cited in footnote 11 of the application.

European Community: constant unilateral scrutiny and possible non-observance by Member States of Community acts would amount to the end of the autonomy and supranationality of the Community legal order. There could even be a risk of breakdown of the Community, if only because of the different views on issues relating to the Convention that various Member States might take in particular cases. Such consequences would certainly be contrary to the intention of the authors of the Convention and to their positive attitude towards European integration, as illustrated in the Preamble to the Convention.

40. In addition, to submit individual acts of Community institutions to regular scrutiny by this Court would have the practical result of making the Community a respondent before the Court without enjoying the rights of representation and the procedural safeguards that other respondents have. Thus, no judge on the Court represents the Community and its autonomous legal system; the Community has no right, without special leave, to submit comments or take part in hearings; it has no right to request referral to the Grand Chamber or to obtain an subsequent interpretation or revision of a judgment; and it is not represented in the Committee of Ministers when that Committee exercises its functions under the Convention. That would be an inappropriate situation for an independent, supranational organisation such as the European Community, which would undoubtedly find itself in this Court with considerable frequency if the power of scrutiny over its acts were established but which, for reasons of principle and practice, cannot be represented properly by its 15 Member States.

41. The Commission naturally does not claim that the obligations of the Member States under the Convention are satisfied once and for all where, having set up an international organisation such as the Community, they endow it with an appropriate internal mechanism of human rights protection. The "equivalent protection" rule established in *M & Co* does not preclude all subsequent need for vigilance on the part of the Member States. However, an obligation to intervene would only arise if there were clear indications that, beyond the individual case at hand, acts of the organisation *in general* did not live up to that organisation's own human rights standards and that the internal safeguard mechanism no longer afforded equivalent protection. Only in such an exceptional situation would the Member States have an obligation under Article 1 of the Convention to intervene and rectify the situation. It should be borne in mind nevertheless that Member States may fulfil that obligation not by unilateral action outside the international organisation's rules and procedures but only by multilateral measures in accordance with those rules, notably through treaty amendments clarifying human rights standards or restructuring the internal safeguard mechanism. In light of the serious and exceptional implications of such a situation, the Commission submits that this Court should continue to hold inadmissible all applications against individual Community acts unless the applicant is able, going beyond the particular case or subject matter in issue, to show that in general the Community fails effectively to protect human rights as general principles of Community law. In the present case, however, the applicants themselves expressly state that they do not claim a general insufficiency of human rights protection in the Community (see point 49 of the application).

(Omissis)

L'INTERVENTO *AMICUS CURIAE*: RECENTI EVOLUZIONI DI UNO STRUMENTO DI *COMMON LAW* FRA UNIONE EUROPEA E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

L'Unione europea ha partecipato al caso *Senator Lines* davanti alla Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo utilizzando lo strumento dell'intervento come *amicus curiae*, così confermando la propria volontà di intervenire su questioni pendenti davanti ad altre Corti ogni volta che siano in discussione gli interessi comunitari.

Lo strumento processuale di cui si è avvalsa la Corte, (*amicus curiae*), è derivato dal diritto romano ove consentiva al giudice di ottenere assistenza giuridica imparziale da soggetti estranei al procedimento¹. Tale funzione è stata poi modernizzata nel sistema di *common law*, in maniera da consentire a soggetti pubblici o privati di intervenire con osservazioni scritte in un processo al fine di sostenere i propri interessi, senza divenire parte al procedimento né essere vincolati dalla sentenza. Ultimo sviluppo di tale figura si è avuto tramite la recente evoluzione che ha portato all'istituto del *litigating amicus curiae*, che, pur rimanendo un soggetto terzo rispetto al contenzioso, ha la possibilità anche di sollevare questioni non affrontate dalle parti, di allegare prove, esaminare testimoni, condurre *discovery*, giungendo ad essere definito altresì come «*vindicator of the politically powerless*»². L'*amicus curiae* si è così progressivamente trasformato «da parte disinteressata a parte rappresentativa di un interesse, di un forte interesse, coincidente con quello di una delle parti principali della causa oppure da questo indipendente»³.

¹ Per un'analisi dell'evoluzione dell'istituto, si veda: M. K. LOWMAN, *The litigating amicus curia. When does the party begin after the friends leave?*, in *Amer. Univ. Law Rev.*, 1992, p. 1243 e P. ALA¹, *Judicial lobbying at the WTO: the debate over the use of amicus curiae briefs and the U.S. experience*, in *Fordham Internat. Law Jour.*, 2000, p. 62.

² M. K. LOWMAN, *The litigating amicus curiae*, *loc. cit.*

³ Per questa definizione e per ulteriori spunti generali si veda E. BARONCINI, *L'apertura del sistema di risoluzione delle controversie dell'Omc alla società civile: gli Amici Curiae*, *supra*, p. 115 ss. Sull'intervento *amicus curiae* nell'Omc si veda altresì R. BARATTA, *La legittimazione dell'amicus curiae dinanzi agli organi giudiziali della Organizzazione mondiale del commercio*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 549.

L'Unione europea ha utilizzato tale strumento per intervenire davanti a corti di *common law*, al fine di sostenere la posizione europea sulla tutela dei diritti dell'uomo e su problematiche di politica estera. Si veda il caso avanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti in cui l'Unione è intervenuta come *amicus curiae brief* in un caso di pena di morte comminata ad un soggetto mentalmente ritardato (caso *E. P. McCarver v. State of North Carolina*⁴). In tale occasione, l'UE ha alzato il livello dei suoi precedenti interventi di carattere meno impegnativo a sostegno dell'abolizione della pena di morte per i soggetti mentalmente infermi, avvenuti per il tramite di lettere (come ad esempio nel caso dell'*EU Demarche to the Honorable Bob Golden Governor of Missouri, Concerning Mr. Antonio Richiardson* del 21 febbraio 2001 e dell'*EU Letter to Governor Gorge W. Bush, Governor of Texas, Concerning Mr. John Paul Penry* del 7 novembre 2000⁵), optando, per affermare le ragioni contro la pena di morte sul piano strettamente processuale e, quindi, in maniera sicuramente più incisiva, per lo strumento dell'*amicus curiae* che le ha consentito di esprimere la propria posizione e quella degli Stati membri avanti alla Corte Suprema. Il caso trova comunque un precedente nel parere *amicus curiae* del 8 luglio 1998, presentato davanti alla United States District Court in Massachusetts per esprimere le proprie preoccupazioni sulle interferenze alle relazioni UE-USA prodotte da una legge del Massachusetts in materia di politica estera.

Recentemente, a questa prassi di intervento nei confronti dei giudici nazionali di Stati terzi, è stata affiancata una possibilità espressa di intervento *amicus curiae* davanti alle giurisdizioni degli Stati membri, esercitabile dalla Commissione, d'ufficio, in materia di politica della concorrenza⁶.

L'*amicus curiae* è una figura processuale nota anche al diritto internazionale, in particolare alla Corte internazionale di giustizia (avanti alla quale è utilizzabile anche da organizzazioni non governative nei casi in cui si ri-

⁴ Caso *Ernest Paul Mc Carver v. State of North Carolina*, n. 00-8727, *Brief of amicus curiae the European Union in support of the petitioner*, (Wilson J. R.), 10 giugno 2001. Il testo dell'intervento è reperibile sul sito internet dell'Unione europea negli Stati Uniti (Delegazione della Commissione europea negli Stati Uniti), www.eurunion.org/legislat/DeathPenalty/EUActionsUSCases2001.htm.

⁵ Per il testo di questi e numerosi altri interventi dell'Unione europea sul problema della pena di morte, si veda il sito internet precedentemente citato, www.eurunion.org, nel quale risultano pubblicate svariate lettere dell'Unione europea, riferite in particolare a casi di pena capitale comminata a minorati psichici e minori (si veda da ultimo quella a cura della presidenza danese, al Governatore Musgrove, del 16 dicembre 2002, alla pagina www.eurunion.org/legislat/DeathPenalty/FostervsMiss.htm), e anche un successivo intervento *amicus curiae*, caso *Alexander E. Williams IV vs Frederick J. Head, Warden*, febbraio 2002.

⁶ Questo potere della Commissione di intervenire come *amicus curiae*, risulta "istituzionalizzato" solo nel settore della concorrenza. Si veda sul punto il recentemente adottato regolamento n. 1/2003, 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, nel cui art. 15 si prevede la possibilità per la Commissione, d'ufficio, di presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni degli Stati membri.

chiede un *advisory opinion* ai sensi dell'art. 66 dello Statuto, mentre è limitata alle «organizzazioni internazionali pubbliche» nella giurisdizione contenziosa ai sensi dell'art. 34), all'Organizzazione mondiale del commercio e alla Corte inter-americana dei diritti dell'uomo, dove la prassi consente tale possibilità in maniera particolarmente estesa⁷.

Come si è anticipato, a tale istituto ha fatto ricorso la Commissione delle Comunità europee per intervenire davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo attraverso il deposito di osservazioni scritte, ai sensi dell'art. 61, par. 3 del Regolamento della Corte, nel caso *Senator Lines* (caso n. 56672/00)⁸. Una società tedesca contesta, nei confronti dei quindici Stati membri dell'UE, la contrarietà all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) delle condizioni alle quali la Comunità sottopone la sospensione di una decisione della Commissione.

Non essendo infatti la Comunità europea firmataria della Cedu, non ne era ravvisabile la legittimazione passiva, come, del resto, già era stato affermato nel caso *Confédération française démocratique du travail c. Communautés Européennes* (n. 8030/77), nel quale la Commissione europea dei diritti dell'uomo aveva dichiarato la propria incompetenza *ratione personae* nella misura in cui il ricorso era diretto contro le Comunità. In tale dichiarazione di irricevibilità la Commissione dei diritti dell'uomo aveva dichiarato la propria incompetenza anche nel caso di ricorso diretto contro la collettività degli Stati membri, secondo un ragionamento che è stato ripreso nell'intervento comunitario nel caso *Senator Lines*.

In questo caso la Commissione europea è, per un verso, rappresentante delle Comunità nei procedimenti legali; per altro verso, essa riveste la posizione di autrice della presunta infrazione dei diritti del ricorrente. Da tale situazione possiamo dedurre che la Commissione si è avvalsa dello strumento dell'*amicus curiae* utilizzandolo in realtà per tutelare, ad un tempo, sia l'interesse generale dell'ordinamento comunitario, sia un interesse proprio, in quanto Istituzione ritenuta responsabile della violazione. Con tali osservazioni, la Commissione si è schierata al fianco degli Stati membri e ha reso nota la necessità di imputare alla Comunità stessa e non singolarmente ai suoi Sta-

⁷ Sul punto si veda P. PALCHETTI, *Amici curiae davanti alla Corte internazionale di giustizia?*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 965. Con particolare riferimento all'intervento *amicus curiae* di fronte all'Organizzazione mondiale del commercio, si veda l'articolo di E. BARONCINI, *L'apertura del sistema di risoluzione delle controversie dell'Omc*, cit. *supra*, nota 3.

⁸ Per un commento al caso *Senator Lines*, si veda F. BENOÎT-ROHMER, *Chronique d'une décision annoncée: l'affaire Senator Lines devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *L'Europe des Libertés*, gennaio 2001, reperibile al sito internet <http://www-edl.u-strasbg.fr>.

Riferimenti a tale procedimento si ritrovano anche in alcuni documenti della Convenzione sul futuro dell'Europa, quali la Nota del Segretariato al Gruppo «Integrazione della Carta/adesione alla CEDU», CONV 116/02 del 18 giugno 2002, p. 21 e la comunicazione di A. VITORINO *Study carried out within the Council of Europe of technical and legal issues of a possible EC/EU accession to the European Convention on Human Rights*, doc. 8 del 12 luglio 2002.

ti membri, la responsabilità degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie. Non può essere accettata la qualificazione delle istituzioni comunitarie come mera espressione della cooperazione fra Stati membri, poiché tale qualificazione risulta incompatibile coi principi del diritto comunitario e con la qualificazione delle organizzazioni internazionali in generale.

Così come già fatto dagli Stati nelle loro osservazioni, la Commissione ha sottolineato che la Comunità europea è un soggetto indipendente, con separata personalità giuridica, «che agisce attraverso istituzioni indipendenti sulle quali, almeno nel caso della Commissione e delle Corti comunitarie, gli Stati membri non hanno controllo». Gli Stati non possono essere considerati responsabili neanche per aver delegato propri poteri a un'altra organizzazione internazionale, perché la Commissione dei diritti dell'uomo ha sancito che tale trasferimento non è incompatibile con la Cedu a patto che l'organizzazione delegata protegga in maniera equivalente i diritti fondamentali, cosa che puntualmente avviene nella UE ai sensi di una consolidata e risalente giurisprudenza ora codificata nell'art. 6, par. 2 del Trattato. Sul punto si può fare, ad esempio riferimento al caso *M & Co v. Germany*, n. 13258/87, nel quale la Commissione dei diritti dell'uomo ha stabilito che sarebbe contrario all'idea del trasferimento di poteri ad una organizzazione internazionale ritenere gli Stati membri responsabili, in ogni caso in cui si chieda l'esecuzione di una decisione della Corte di giustizia, del controllo di conformità all'art. 6 della Convenzione del procedimento sottostante.

La Commissione Ce ha incluso nelle proprie osservazioni scritte una critica alla possibilità per la Corte di sindacare gli atti comunitari, poiché tale pratica comporterebbe la chiamata in giudizio della Comunità (anche se per il tramite dei propri Stati membri), senza garantire il diritto alla difesa e le altre salvaguardie processuali che spettano di regola agli altri convenuti. Inoltre, nessun giudice della Corte è espressione del sistema giuridico comunitario⁹ e la Comunità europea non ha diritto, in mancanza di speciale permesso, neanche di sottoporre pareri scritti o prendere parte alle udienze. Se la prassi di sottoporre a giudizio ai sensi della Cedu gli atti comunitari si consolidasse, si rischierebbe pertanto di creare una situazione d'ingiustizia nei confronti di un'organizzazione soprannazionale indipendente come la Comunità europea, il cui operato verrebbe sindacato senza possibilità di contraddittorio.

Anche la possibilità, che è stata concessa nel caso *Senator Lines* alla Commissione, di presentare osservazioni scritte è insoddisfacente perché meramente eventuale, ben potendo la Corte anche negarla nello spirito della de-

⁹ Si veda la regola del giudice *ad hoc*, contenuta nell'art. 27 Cedu, punto 2, in base al quale «There shall sit as an ex officio member of the Chamber and the Grand Chamber the judge elected in respect of the State Party concerned or, if there is none or if he is unable to sit, a person of its choice who shall sit in the capacity of judge».

finizione statunitense secondo la quale il permesso di partecipare come *amicus curiae* è un privilegio e non un diritto. Basti a tal fine fare riferimento al combinato disposto degli artt. 37, par. 2 e 61 del regolamento della Corte in base al quale «The President of the Chamber may, in the interest of the proper administration of justice, invite or grant leave to any Contracting State which is not a party to the proceedings or any person concerned who is not the applicant to submit written comments (...) within a reasonable time».

Pertanto la legislazione vigente non può ritenersi sufficiente a garantire il rispetto del diritto a un giusto processo, creando una situazione sicuramente paradossale davanti a una Corte il cui scopo è quello di salvaguardare i diritti fondamentali tra cui, ovviamente, quello di difesa. La Commissione ha perciò concluso il suo intervento sollecitando la declaratoria di inammissibilità *ratione personae* del ricorso, basata sull'impossibilità per la Corte di giudicare atti comunitari.

Diversa sarebbe stata la conclusione nel caso in cui il ricorso fosse stato rivolto verso atti nazionali di applicazione del diritto comunitario o verso atti non sottoposti al controllo della Corte di giustizia, come è accaduto nel caso *Matthews* (caso n. 24833/94)¹⁰.

Le osservazioni della Commissione portano pertanto ad auspicare quanto meno, ove si ritenesse possibile sindacare un atto meramente comunitario, un'ulteriore evoluzione dell'intervento *amicus curiae* di fronte alla Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, per renderlo, almeno in talune ipotesi, idoneo a soddisfare imprescindibili esigenze di difesa degli interessi coinvolti nel procedimento.

Inizialmente, il regolamento non prevedeva alcuna espressa possibilità per i soggetti terzi di intervenire al processo. Tuttavia l'art. 38, contenente la possibilità di ascoltare come testimoni, esperti o in qualunque ruolo, coloro che potevano fornire informazioni utili ai fini del processo, fu interpretato nel senso di consentire la presentazione di osservazioni scritte a soggetti terzi, prassi che venne consolidata con l'inserimento, nel regolamento della Corte, dell'art. 37, II comma, che peraltro riconosce ai giudici di Strasburgo un potere discrezionale di concedere l'intervento¹¹. Un'ulteriore evoluzione nel senso di garantire la possibilità di intervento a determinati soggetti come la Comunità europea in casi specifici che la riguardano, potrebbe pertanto inserirsi in

¹⁰ Su tale caso si veda, ad esempio, H. G. SCHEMERS, *Case Law, European Courts of Human Rights, Matthews v. United Kingdom, Judgment of 18 February 1999, CMLR*, 1999, p. 673; E. RADIGHIERI, *Recenti prospettive nei rapporti tra Comunità europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 527.

¹¹ Tale norma fu inserita in seguito alla causa *Young, James and Webster*, decisa il 13 agosto 1981, nella quale era stata concessa la possibilità di presentare memorie scritte a un soggetto terzo, il *Trades Union Congress*. Sul punto si veda D. SHELTON, *The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings*, in *American Journal of International Law*, 1994, p. 611.

tale linea evolutiva così sanando almeno parzialmente quello che al momento sembra costituire un *deficit* di contraddittorio nei procedimenti di fronte alla Corte europea.

Una simile evoluzione, peraltro, si porrebbe in singolare contrasto con la situazione del diritto processuale comunitario, che offre possibilità anche minori a soggetti diversi dalle parti principali di influenzare il giudice, restringendo la possibilità di intervento anche per chi ha da far valere un interesse proprio. Lo Statuto della Corte di giustizia, infatti, prevede unicamente all'art. 40¹² la possibilità per le persone direttamente interessate di intervenire, previa autorizzazione della Corte, nei soli casi di ricorso da parte di persone fisiche o giuridiche contro un'istituzione comunitaria. Più favorevole era il sistema Ceca, ove lo Statuto della Corte di giustizia prevedeva all'art. 34 una possibilità generale d'intervento per le persone fisiche e giuridiche che avessero interesse alla soluzione di qualunque causa proposta alla Corte.

I soggetti che intervengono davanti alla Corte di giustizia hanno perciò una funzione diversa dai veri e propri *amici curiae*: essi, infatti, intervengono per sostenere un interesse proprio e non per affiancare una delle parti. Tali soggetti possono sottoporre prove, godono di ampio *locus standi* davanti alla Corte e le loro statuizioni orali o scritte possono essere oggetto di replica da parte degli altri soggetti processuali. Inoltre, l'esclusione di tale forma di intervento nelle cause fra Stati membri e/o istituzioni comunitarie limita in maniera ingiustificata la possibilità per i soggetti interessati di esprimere le proprie considerazioni riguardo alla controversia, limite oggettivo al quale si affianca il limite soggettivo dovuto all'impossibilità di utilizzo di tale modalità di intervento da parte di Organizzazioni non governative¹³.

In conclusione si può pertanto prospettare la necessità di procedere ad una evoluzione della figura dell'*amicus curiae* anche all'interno del sistema giudiziale comunitario, mediante l'auspicabile inserimento nello Statuto della Corte di giustizia di un'equa possibilità di intervento di soggetti portatori di interessi terzi di fronte alla Comunità. Nonostante parte della dottrina sostenga che le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale rappresentino sempre un intervento *amicus curiae*¹⁴, non sussiste nella pratica una completa assimilazione fra le due modalità di intervento, dato il carattere necessario e unico delle conclusioni, contrapposto all'eventualità e alla possibile pluralità de-

¹² Il riferimento è al protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia, come recentemente modificato dal Trattato di Nizza, in *Guce* n. C 325 del 24 dicembre 2002. Tale Statuto riprende, al suo art. 40, l'esatto contenuto dell'art. 37 del precedente Statuto della Corte di giustizia delle Comunità europee.

¹³ Sul punto si veda G. MARCEAU - M. STILWELL, *Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs before WTO Adjudicating Bodies*, in *Journ. Internat. Econ. Law*, 2001, p. 155.

¹⁴ Si veda D. SHELTON, *The Participation of Nongovernmental Organizations*, cit. *supra*, nota 11 e G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2001, p. 41.

gli interventi *amicus curiae*, che pur non svolgendo sempre quella funzione di "difensori del diritto" a loro riconosciuta nella tradizione ed effettivamente svolta dall'Avvocato Generale, intervengono a fianco delle parti processuali sostenendo i propri interessi.

Anche accettando la definizione dell'Avvocato Generale come *amicus curiae* non sembra corretto ricavare da tale definizione l'impossibilità o la non necessità per altri soggetti terzi di effettuare un intervento a tale titolo¹⁵. Quanto al ruolo di tale soggetto nel processo comunitario, sul quale la dottrina ha più volte dibattuto, si può in ultima analisi fare riferimento all'ordinanza della Corte di giustizia nel caso *Emesa Sugar*¹⁶, nella quale la Corte ha respinto la richiesta di presentare osservazioni scritte in risposta alle conclusioni dell'Avvocato Generale, stabilendo che questi non può essere assimilato a un Pubblico Ministero e che perciò non si pone un problema di rispetto del principio del contraddittorio, così come invece stabilito dalla Cedu in più pronunce riguardanti la necessità di concedere facoltà di replica «a tutte le osservazioni presentate al giudice, anche da un magistrato indipendente». Questi pertanto non è assimilabile, né a un organo giurisdizionale in senso proprio, né ad un qualunque soggetto terzo al procedimento, apportatore di un interesse proprio, come avviene nel "vero" intervento *amicus curiae*¹⁷.

Non sembra altresì potersi ritenere sufficiente a garantire adeguata tutela a interessi terzi, la circostanza del riconoscimento dello *status* di *amici curiae* a determinati soggetti in alcune cause specifiche, come ad esempio è avvenuto con riferimento all'Unione italiana consumatori, nel caso *Generale Sucrierie SA c. Commissione*¹⁸, o alla Commissione consultiva degli ordini forensi della Comunità europea nel caso *A M & S c. Commissione*¹⁹. Inoltre anche il

¹⁵ Sul ruolo dell'Avvocato Generale si veda A. BARAV, *Le Commissaire du Gouvernement près le Conseil d'État français et l'Avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1974, p. 809, e M. CONDINANZI, *Il Tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 140 ss.

¹⁶ Ordinanza della Corte di giustizia del 4 febbraio 2000 in causa n. C-17/98, *Emesa Sugar*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 665. Per un commento a tale ordinanza si veda, F. BENOÎT-ROHMER, *L'affaire Emesa Sugar: l'institution de l'avocat général de la Cour de Justice des Communautés européennes à l'épreuve de la jurisprudence Vermeulen de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Cah. dr. eur.*, 2001, p. 403; R. LAWSON, *Case C-17/98 Emesa sugar (free zone) NV v. Aruba, Order of the Court of Justice of 4 February 2000*, nyr. *Full Court*, CMLR, 2000, p. 983.

¹⁷ Sulla figura dell'Avvocato Generale, si vedano, fra le altre, la sentenza *Vermeulen c. Belgio*, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996, I, p. 224, la sentenza *Lobo Machado*, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996, I, p. 195 e, in particolare, la sentenza *Kress c. Francia*, del 7 giugno 2001.

¹⁸ Ordinanza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 1973 in cause riunite n. 41/73, da n. 43 a n. 48/73, n. 50/73, n. 111/73, n. 113/73 e n. 114/73, *Société Anonyme Generale Sucrierie ed altri c. Commissione*, in *Raccolta*, 1973, p. 1465. In tale ordinanza si afferma che la possibilità di intervento, prevista dall'art. 37 dello Statuto della Corte di giustizia, deve essere concessa anche a entità prive di personalità giuridica, che «possono essere ammesse ad intervenire purché possiedano i requisiti che costituiscono il fondamento di detta personalità, in specie l'autonomia e la responsabilità, sia pure limitate».

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 18 maggio 1982 in causa n. 115/79, *A. M. & S. Europe Limited c. Commissione*, in *Raccolta*, 1982, p. 1575.

ruolo svolto dalla Commissione nei procedimenti pregiudiziali, che viene definito di «*amicus curiae*» in quanto tendente a presentare in maniera obiettiva le circostanze di ogni causa, non può dirsi comparabile a quello di regola svolto da tali soggetti che hanno lo scopo, non tanto di fornire una visione globale del problema, quanto di portare argomentazioni a favore della tutela di interessi particolari.

Pertanto una soluzione alla presente situazione di incertezza potrebbe essere quella di una codificazione dell'intervento come *amicus curiae*, nel rispetto dei principi di flessibilità e adattabilità cui tale istituto si ispira nel sistema di *common law*, limitando nel contempo la possibilità di abusi dovuta alla discrezionalità dell'ammissione di tale intervento.

Elisabetta Bergamini*

* Professore a contratto di diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Bologna - sede di Forlì.

CONSIGLIO EUROPEO*

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 20-21 marzo 2003

1. Il Consiglio europeo si è riunito a Bruxelles il 20 e 21 marzo per la terza riunione annuale di primavera dedicata alla situazione economica, sociale e ambientale nell'Unione. La riunione è stata preceduta da uno scambio di opinioni con il signor Pat Cox, presidente del Parlamento europeo, sui principali temi in discussione.

2. I capi di Stato o di Governo, i ministri degli esteri e delle finanze si sono anche riuniti con i loro omologhi dei tredici Paesi aderenti e candidati per discutere della strategia di Lisbona e della sua attuazione, nonché di questioni internazionali.

3. Nella riunione annuale di primavera il Consiglio europeo assume il ruolo centrale di determinare la direzione dell'azione economica, sociale e ambientale dell'Unione, al fine di realizzare gli obiettivi della strategia di Lisbona volti a rendere l'economia europea l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale.

(Omissis)

PARTE I

CRESCITA, OCCUPAZIONE E PROSPERITÀ NELLA NOSTRA EUROPA

6. L'Unione europea si trova attualmente ad affrontare, così come altre parti del mondo, un rallentamento della crescita e della creazione di posti di lavoro. Le incertezze economiche e i rischi politici globali condizionano pesantemente le prospettive a breve termine e hanno rallentato la ripresa. È pertanto ancor più indispensabile aumentare la capacità di crescita delle nostre economie, con politiche macroeconomiche sane e riforme strutturali mirate.

7. A Lisbona, tre anni fa, l'Unione europea si era prefissata l'obiettivo strategico

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet www.europa.eu.int/council/off/conclu/index.htm (*n.d.r.*). La redazione informa i lettori che in data 17 febbraio 2003 il Consiglio europeo ha tenuto a Bruxelles una riunione straordinaria per discutere del conflitto iracheno. Il testo integrale è reperibile al medesimo indirizzo internet.

di creare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale. A tal fine ci si è impegnati in un programma decennale di riforme ambiziose, complete e tali da rafforzarsi reciprocamente in materia di mercati del lavoro, dei capitali e dei beni.

8. Si sono compiuti notevoli progressi per quanto riguarda l'agenda di Lisbona, che entra ora nel suo quarto anno. Si sono ottenuti risultati significativi per quanto riguarda, ad esempio, l'apertura dei mercati dell'energia, l'istituzione di un cielo unico, la modernizzazione della politica della concorrenza, la creazione, a livello europeo, di un mercato finanziario integrato e l'accordo su un brevetto comunitario. Dall'avvio della strategia di Lisbona sono stati creati cinque milioni di nuovi posti di lavoro, 500.000 dei quali nel solo 2002 nonostante il clima economico poco favorevole, e la disoccupazione si è ridotta di due milioni di unità.

9. Tuttavia, vi è ancora molto da fare. È arrivata l'ora, in particolare per l'Unione e gli Stati membri, di rispettare gli impegni assunti in materia di riforme economiche tramutando le parole in azioni. Ribadiamo il nostro profondo impegno personale nei confronti di una pronta ed efficace realizzazione delle riforme nell'ambito dei tre pilastri - economico, sociale e ambientale - della strategia di Lisbona.

10. La promozione di una crescita economica sostenibile e la creazione di nuovi e migliori posti di lavoro deve restare saldamente ai primi posti nell'agenda dell'Unione. Ciò può essere realizzato perseguendo politiche macroeconomiche orientate alla crescita e alla stabilità, accelerando le riforme economiche, adottando misure determinanti per accrescere l'occupazione e ammodernare il modello sociale europeo e attuando la strategia in materia di sviluppo sostenibile adottata a Göteborg. Al tempo stesso, nonostante i recenti progressi compiuti, questa agenda di riforme deve anche affrontare più efficacemente le sfide poste dall'invecchiamento della popolazione, se vuole garantire la sostenibilità a lungo termine delle finanze pubbliche.

11. L'allargamento accresce il potenziale di crescita economica e di conseguimento degli obiettivi fissati a Lisbona. I futuri Stati membri sono stati contemplati per la prima volta nella relazione di primavera della Commissione. Essi stanno adottando misure di riforma e iniziando a prender parte al metodo aperto di coordinamento. La strategia di Lisbona offre soluzioni comuni a problemi comuni ed è uno strumento essenziale da utilizzare per sostenere il processo di allargamento e condividere le migliori prassi ed esperienze nell'Unione.

12. Per accelerare le riforme, il Consiglio europeo individua le seguenti priorità:

- *Accrescere l'occupazione e la coesione sociale.* Sono stati compiuti notevoli progressi in materia di occupazione ma il raggiungimento dell'obiettivo fissato a Lisbona del tasso di occupazione del 70% entro il 2010 richiederà profonde riforme strutturali, volte alla piena occupazione e a una maggiore produttività e qualità del lavoro. I mercati del lavoro dell'Unione devono diventare più ampi, estendendo a tutti le possibilità di occupazione e divenendo contemporaneamente più adattabili alle condizioni economiche. Gli Stati membri dovranno intraprendere riforme sostanziali dei sistemi fiscali e previdenziali, accrescere gli incentivi all'occupazione e alla partecipazione al mercato del lavoro e ridurre le differenze tra uomini e donne nel mercato del lavoro. Si dovrebbe promuovere l'istruzione permanente e incoraggiare una più stretta cooperazione volta ad accrescere la trasparenza dei criteri europei in mate-

ria di competenze.

- *Considerare prioritarie l'innovazione e l'imprenditorialità.* L'Europa possiede un grande potenziale innovativo, ma deve adoperarsi per trasformare le idee in reale valore aggiunto. L'aumento dell'interazione tra l'industria e gli istituti di ricerca è l'elemento centrale per lo sfruttamento del nostro potenziale imprenditoriale. Il settore industriale è una fonte vitale di crescita e di occupazione e continuerà a svolgere un ruolo importante nell'economia basata sulla conoscenza. Occorre creare le condizioni appropriate per la R&S, in particolare nell'ambito delle imprese, cosicché l'UE possa progredire verso l'obiettivo dell'avvicinamento al 3% del PIL per gli investimenti in materia di R&S. Devono essere adottate misure volte a facilitare l'ingresso nel mercato e l'uscita dallo stesso delle imprese di tutte le dimensioni, migliorare l'accesso alla finanza e al *know-how*, migliorare il quadro normativo e ridurre gli oneri amministrativi. È inoltre necessaria un'azione per incoraggiare lo spirito imprenditoriale tra i giovani.

- *Collegare l'Europa - rafforzamento del mercato interno.* Un mercato interno dinamico e ben funzionante è essenziale per la produttività e la crescita, e lo è ancor più in un'Unione allargata. È importante andare avanti per aprire e integrare ulteriormente i mercati europei migliorando nel contempo il quadro normativo e assicurando un elevato livello di protezione del consumatore. La riforma degli strumenti della concorrenza - per l'*antitrust*, le fusioni e i cartelli - deve essere completata e i mercati che non funzionano efficacemente devono essere studiati a fondo e i loro problemi affrontati. Devono essere perseguite l'integrazione e la maggiore connettività delle imprese erogatrici di servizi di rete, quali quelle nel settore dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, completando e estendendo nel contempo le reti, in particolare in previsione dell'allargamento. Occorre sfruttare pienamente il potenziale del mercato interno dei servizi e accelerare l'attuazione del piano di azione per i servizi finanziari.

- *Protezione dell'ambiente per la crescita e l'occupazione.* Per conseguire gli obiettivi di Lisbona è necessario che ogni Stato membro attui pienamente il suo potenziale economico; ma ciò deve anche andare di pari passo con il miglioramento dell'ambiente e della qualità della vita. Pertanto, resta della massima importanza proseguire attivamente l'azione nel settore ambientale. È un fattore importante per l'innovazione e l'introduzione di nuove tecnologie, che generano crescita e occupazione. Gli obiettivi ambientali fungeranno da catalizzatori per l'innovazione e la modernizzazione in settori chiave quali l'energia e i trasporti e promuoveranno nuovi investimenti in tecnologie pulite e che consentano un'utilizzazione più efficace delle risorse.

13. Per far avanzare queste priorità, il Consiglio europeo:

- ha fissato l'orientamento per gli indirizzi di massima per le politiche economiche e per la strategia riveduta europea per l'occupazione che saranno adottati a giugno;

- ha invitato la Commissione a istituire una *Task force* per l'occupazione per contribuire a individuare riforme pratiche che possano avere l'impatto più diretto e immediato sull'attuazione della strategia riveduta per l'occupazione da parte degli Stati membri;

- ha individuato le riforme fondamentali del mercato del lavoro che devono essere perseguite a livello nazionale;

- ha lanciato un'azione volta a rafforzare il sostegno dell'Unione alla conoscenza, all'innovazione e all'imprenditorialità al fine di mettere in primo piano la competitività;

- ha fissato scadenze per l'accordo finale sulle restanti riforme di Lisbona in set-

tori chiave prima del Consiglio europeo di primavera del prossimo anno: ferrovie, mercati dell'energia, cielo unico europeo, mercati finanziari (comprese le offerte pubbliche di acquisto), mercati delle commesse pubbliche, la società dell'informazione, lavoro temporaneo tramite agenzia, norme transfrontaliere di sicurezza sociale, imposizione dei prodotti energetici, responsabilità per danni ambientali e cambiamenti climatici;

- ha fornito una risposta globale sulla sicurezza marittima in seguito al disastro della petroliera Prestige;

- ha rinnovato il suo impegno per una maggiore coesione in tutta l'Unione e il ruolo guida dell'Unione nella promozione dello sviluppo sostenibile nel mondo.

14. Le azioni dettagliate volte alla realizzazione nei prossimi dodici mesi di quanto precede sono indicate in appresso.

PARTE II

CONSEGUIRE I NOSTRI OBIETTIVI: DECISIONI E AZIONI PER I PROSSIMI DODICI MESI

A. Contesto economico e strumenti politici

15. Il rallentamento dell'economia si è protratto più a lungo del previsto e le prospettive sono offuscate da incertezze economiche e rischi politici globali. Nel contesto attuale, devono essere perseguite politiche macroeconomiche sane per ripristinare la fiducia e la crescita economica.

(Omissis)

B. Riforme economiche per aumentare il potenziale di crescita dell'Europa

20. L'UE deve accelerare le riforme economiche allo scopo di realizzare la sua visione di un'economia basata sulla conoscenza e aumentare le potenzialità di crescita a lungo termine. Occorre restituire alla competitività un ruolo centrale. A tal fine occorre creare un contesto nel quale le imprese e gli imprenditori possano prosperare, assicurare il completamento e l'estensione del mercato interno e aumentare gli investimenti nella conoscenza quale migliore garanzia di innovazione e di una forza lavoro basata sulle competenze.

(Omissis)

Favorire l'impresa e l'imprenditorialità (Omissis)

Collegare l'Europa - Completamento ed estensione del mercato interno alla vigilia dell'allargamento

25. L'UE è oggi giorno sempre più interdipendente e collegata e noi dobbiamo assicurare l'eliminazione delle strozzature e delle barriere che si frappongono a tale integrazione. Un nuovo forte impulso per completare e migliorare i risultati del mercato interno costituirà un importante fattore di incremento della competitività in tutta l'Unione, con vantaggi economici sia per i produttori che per i consumatori. Senza di ciò andranno perduti vantaggi sostanziali nella crescita e nell'occupazione.

Aspetti orizzontali (Omissis)

Aspetti settoriali (Omissis)

Creazione dell'economia basata sulla conoscenza

32. Il livello di crescita a medio termine in Europa dipende dall'utilizzazione di nuove fonti di crescita. L'efficacia e l'aumento degli investimenti pubblici e privati in tutti i settori della catena della conoscenza costituisce un fattore chiave nella creazione di manodopera qualificata e dell'innovazione necessaria per sostenere la competitività. Occorre mantenere lo slancio dello spazio europeo della ricerca e dell'innovazione e della società dell'informazione.

(Omissis)

C. Ammodernare il modello sociale europeo

Nuovi e migliori posti di lavoro per tutti

41. Migliorare la situazione dell'occupazione è un elemento centrale della strategia di Lisbona. Nuovi e migliori posti di lavoro contribuiscono tanto alla crescita economica quanto a ridurre il rischio di esclusione. La nuova prospettiva triennale degli orientamenti in materia di occupazione, che dovranno essere approvati dal Consiglio europeo di giugno, dovrebbe fornire una base per una strategia per l'occupazione semplificata e più efficace. Vi è inoltre un'urgente necessità di accelerare il ritmo della riforma dei mercati nazionali del lavoro individuando misure atte a produrre rapidamente effetti positivi sui livelli di occupazione e sulla crescita.

(Omissis)

Solidarietà e coesione sociale

48. L'Unione è impegnata a promuovere un elevato livello di coesione sociale fondato sui principi di solidarietà e di inclusione sociale. Al fine di garantirne l'adequazione e la sostenibilità a lungo termine, in particolare in un contesto di invecchiamento della popolazione, è necessario intensificare gli sforzi già avviati dagli Stati membri per ammodernare i propri sistemi di previdenza sociale. È necessaria una forte interazione, con effetto di mutuo rafforzamento, tra le politiche dell'occupazione e della protezione sociale. La lotta contro l'esclusione sociale richiede, oltre alla politica occupazionale, l'integrazione di quest'obiettivo in tutti i pertinenti aspetti della politica, riconoscendo che esso rientra innanzitutto nelle responsabilità degli Stati membri e delle loro autorità regionali e locali.

(Omissis)

D. Garantire risultati per la dimensione ambientale dello sviluppo sostenibile

Invertire le tendenze non sostenibili

53. Lo sviluppo economico e sociale non sarà sostenibile nel lungo periodo se non si intraprenderanno azioni volte a contenere le pressioni ambientali e a preservare le risorse naturali nel contesto della strategia globale per lo sviluppo sostenibile varata a Göteborg. Ciò deve comprendere azioni intese a dissociare il degrado am-

bientale e l'uso delle risorse dalla crescita economica. Malgrado qualche progresso, le preoccupanti tendenze osservate allorché è stata varata la strategia non sono state invertite e occorre pertanto dare un nuovo impulso.

(Omissis)

Sicurezza marittima (Omissis)

Politiche e strumenti per assicurarne la realizzazione

57. Per realizzare l'intera serie di riforme proposte a Göteborg, è essenziale che le istituzioni dell'Unione europea e gli Stati membri si adoperino per rafforzare l'efficacia e la coerenza di processi, strategie e strumenti esistenti. A tal fine può essere d'ausilio rafforzare il processo di Cardiff sull'integrazione delle considerazioni ambientali nelle politiche settoriali e sviluppare obiettivi globali e specifici per settore in materia di disaccoppiamento, migliorare gli indicatori strutturali connessi all'ambiente e verificare i progressi, nonché individuare le migliori pratiche.

(Omissis)

E. Promozione dello sviluppo sostenibile a livello mondiale *(Omissis)*

F. Asilo *(Omissis)*

G. Trarre pieno beneficio da un'UE allargata, attraverso l'attuazione degli obiettivi di Lisbona *(Omissis)*

ALLARGAMENTO - TRATTATO DI ADESIONE

64. A seguito del buon esito dei negoziati di adesione con Cipro, la Repubblica ceca, l'Estonia, l'Ungheria, la Lettonia, la Lituania, Malta, la Polonia, la Repubblica slovacca e la Slovenia a Copenaghen nel dicembre 2002, il Consiglio europeo saluta con favore i notevoli sforzi di tutti coloro che hanno contribuito a mettere a punto il trattato e l'atto di adesione affinché sia firmato ad Atene il 16 aprile 2003. Sarà un evento solenne che suggerirà la determinazione degli Stati membri attuali e futuri ad associarsi per realizzare il progetto europeo. Il Consiglio europeo sottolinea pertanto l'importanza di decisioni rapide sia da parte del Parlamento che del Consiglio per assicurare il rispetto del calendario prestabilito.

(Omissis)

Iraq *(Omissis)*

Medio Oriente *(Omissis)*

Balceni occidentali *(Omissis)*

Cipro *(Omissis)*

Corea del Nord *(Omissis)*

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

LA LEGGE REGOLATRICE DEI CONTRATTI PRIVI DELLA PRESTAZIONE CARATTERISTICA

Sommario: **1.** *La portata della riforma rispetto al sistema previgente* - **2.** *I vari criteri di collegamento individuati nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 e loro analisi* - **3.** *Le lacune del sistema delineato dalla Convenzione di Roma* - **4.** *La inadeguatezza delle soluzioni indicate dalla dottrina* - **5.** *La soluzione proposta.*

1. La portata della riforma rispetto al sistema previgente

Come noto, la legge di riforma del diritto internazionale privato n. 218 del 31 maggio 1995 ha profondamente innovato la materia contrattuale¹ sostituendo al criterio di cui all'art. 25 delle disp. prel. al cod. civ. – che indicava come legge regolatrice quella dello Stato in cui il contratto era concluso – la normativa di cui all'art. 4 della Convenzione di Roma che indica invece, in mancanza della volontà espressa delle parti, come legge regolatrice, quella dello Stato con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto. Il medesimo art. 4, di poi, precisa che detto collegamento è ravvisabile nei con-

¹ Anche la riforma della legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali è caratterizzata, come del resto tutti gli altri istituti previsti dalla nuova legge, dal frazionamento della disciplina la quale risulta diversificata, per i singoli istituti giuridici, ciascuno dei quali finisce per fruire di una normativa sua propria e quindi diversa da quella di istituti affini. Al contrario, nell'abrogato sistema del 1942, gli istituti giuridici venivano ancora raggruppati "per categorie" e sottoposti ad una unica disciplina. Si pensi al caso della legge regolatrice dello stato e della capacità delle persone che l'abrogato art. 17 concentrava in un'unica disposizione e che invece l'attuale sistema fraziona in una analitica normativa a seconda che si tratti di disciplinare la capacità delle parti, la forma degli atti ed i loro effetti.

La tendenza al frazionamento nella disciplina internazionale-privatistica degli istituti civilistici, risulta, del resto, in linea con l'evoluzione storica del moderno diritto internazionale privato. Infatti se si analizzano le disposizioni sulla legge in generale del codice civile del 1942 – e le si confrontano con quelle del codice civile del 1865 – esse a loro volta risultano assai più analitiche. Si veda, in via d'esempio, l'art. 9 del sistema del 1865. In detta norma infatti veniva raggruppati, con un'unica disposizione, la legge regolatrice di istituti eterogenei fra loro, quali, gli atti fra vivi, quelli di ultima volontà nonché gli effetti di tutti detti atti: al contrario il codice del 1942 ha frazionato la normativa del predetto art. 9 negli artt. 23, 24, 25 e 26.

fronti dello Stato in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha la propria residenza. Detta norma infine elenca alcuni criteri sussidiari e subordinati per alcuni specifici contratti.

Successivamente all'entrata in vigore della riforma del 1995, la dottrina è stata unanime nell'affermare che il criterio di collegamento, di cui all'abrogato art. 25 delle disp. prel. al cod. civ., risultava del tutto superato in ragione della profonda evoluzione subita nelle relazioni commerciali².

Come invero è stato esattamente osservato, detto criterio appariva adeguato nell'economia del diritto intermedio durante il quale la transnazionalità dei contratti si verificava in occasione delle fiere nelle quali confluivano mercanti appartenenti a Stati diversi³. E poiché attualmente tale realtà è del tutto superata in quanto i contraenti appartenenti a Stati diversi concludono prevalentemente i loro affari a distanza, il criterio del luogo di conclusione del contratto finiva per risultare del tutto incongruo al fine di determinare una legge regolatrice razionale rispetto alla nuova realtà nel cui ambito si concludevano i contratti transnazionali.

Con altrettanta chiarezza la dottrina, non solo italiana, ha dovuto ben presto individuare anche la inadeguatezza della riforma, contenuta nel richiamato art. 4 della Convenzione di Roma atteso che il criterio prevalente quivi adottato (quello secondo cui il contratto è regolato dalla legge dello Stato in cui risiede la parte che deve fornire la prestazione caratteristica) risulta spesso di impossibile determinazione o comunque inadeguato in una notevole serie di casi⁴.

In questa sede verrà pertanto analizzato il limite oggettivo dell'art. 4 della Convenzione di Roma con riferimento ai contratti privi della prestazione caratteristica cui farà seguito il tentativo di risolvere la lacuna che il predetto art. 4 ha creato in una ampia fascia di ipotesi di notevole rilievo nella vita del commercio.

2. I vari criteri di collegamento individuati nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 e loro analisi

Per una adeguata impostazione del problema che qui ci occupa, gioverà analizzare attentamente la struttura ed il contenuto del richiamato art. 4.

² Sul punto si veda T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1999, p. 604.

³ T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, loc. cit.

⁴ Fra i numerosi autori che hanno mosso severe ed acute critiche al principio del collegamento più stretto ricordiamo, fra i molti, H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, "Characteristic obligation" in the Draft EEC Obligation Convention, in *Am. J. Comp. Law*, 1977, p. 303 ss. nonché G. ALPA - M. BESSONE, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile in materia di obbligazioni*, in *Giur. it.*, 1983, IV, c. 113 ss.

Come dianzi ricordato, detta norma dispone, innanzitutto, che il contratto, salvo il diritto di scelta della legge regolatrice per opera delle parti, sia regolato dalla legge del Paese con il quale presenta il collegamento più stretto.

Tale espressione non indica affatto quale sia, in concreto, detto collegamento. Ed invero affermare che il contratto è regolato dalla legge del Paese con il quale presenta il collegamento più stretto non significa individuare un criterio ma enunciare una tautologia in quanto occorre pur sempre chiarire quando, e perché, detto collegamento più stretto sia ravvisabile⁵. Inoltre, e a ben guardare, il diritto internazionale privato, già nel periodo intermedio ed ancor più in quello moderno, si è sempre proposto di individuare una legge regolatrice che, secondo l'evolversi dei tempi, rappresentasse il collegamento più stretto (o più razionale): quest'ultimo, in altri termini, non è affatto un criterio indicatore della scelta di questa o di quella legge ma la mera espressione di una tendenza legislativa esistente da sempre.

Al riguardo basti osservare che il principio del collegamento più stretto, lungi dall'essere una recente conquista dottrinale solo ora accolta dalla legge, è sempre stato, dal tempo di Mancini, l'elemento ispiratore dei criteri di collegamento via via indicati dalla legge per i vari istituti privatistici.

Così, in via di esempio, allorquando gli artt. 19 e 20 delle abrogate disposizioni sulla legge in generale al cod. civ. indicavano la legge nazionale del marito e del padre, rispettivamente come legge regolatrice dei rapporti patrimoniali fra coniugi e dei rapporti fra genitori e figli, dette norme altro non facevano se non concretizzare il principio del collegamento più stretto per quei tipi di rapporti che, secondo le leggi interne di quel tempo, indicavano nel padre un vero e proprio capo famiglia. Se pertanto ora i rapporti patrimoniali fra coniugi e quelli fra genitori e figli sono diversamente regolati rispetto ai richiamati artt. 19 e 20, ciò non dipende dal fatto che solo ora si è applicato un collegamento stretto che in precedenza era sconosciuto, ma consegue unicamente alla pacifica circostanza che la donna ha conquistato, in tutti i campi, una totale equiparazione all'uomo.

Come è evidente, la riforma ha operato una scelta sensibilmente diversa da quella contenuta nell'art. 25 del sistema abrogato: quest'ultimo infatti indicando come criterio di collegamento il luogo di conclusione del contratto, indicava un criterio unico della cui realtà non era mai possibile dubitare atteso che se di obbligazione contrattuale si trattava il contratto che la racchiudeva doveva ritenersi comunque concluso (e quindi necessariamente concluso in un luogo determinato).

Al contrario, il richiamato art. 4, dopo aver affermato, con il criterio del collegamento più stretto, un mero principio di tendenza legislativa, elenca, al

⁵ In questo senso si veda espressamente G. ALPA - M. BESSONE, *La Convenzione di Roma*, cit. *supra*, nota 4, i quali non esitano ad affermare che non si può concepire una espressione più vaga.

fine di individuare, in concreto, la legge regolatrice del contratto, una serie di situazioni alternative (la prestazione caratteristica, la professionalità di una delle parti, la territorialità dell'immobile, la sede del vettore, etc.) nel senso che ognuna di esse trova applicazione soltanto qualora risultino inapplicabili o inefficaci, quelle precedentemente indicate.

3. Le lacune del sistema delineato dalla Convenzione di Roma

È del tutto evidente che il criterio indicato dall'art. 4 come la principale attuazione del collegamento più stretto (e cioè quello secondo cui il contratto è regolato dalla legge dello Stato nel quale deve essere eseguita la prestazione caratteristica) non opera allorquando la prestazione caratteristica, pacificamente individuata in quella non pecuniaria, non esiste. Fra i numerosi esempi prospettati dalla dottrina vi è quello dello scambio di divise estere, dei reciproci conti correnti interbancari, delle *joint ventures*, delle associazioni in partecipazione, del *franchising*, dello scambio fra industrie di partite di sostanze chimiche, della permuta, etc.⁶.

A fronte di un numero così imponente di contratti, oltretutto di grande rilevanza economica, tutti privi della prestazione caratteristica, vi è da restare perplessi sulla sagacia di un criterio che, presentato dai suoi ideatori e difensori come una conquista nella scienza del diritto, mostra un gravissimo limite: quello di non considerare che la prestazione caratteristica non è affatto un elemento strutturale, o comunque necessario, del contratto (come erano invece gli altri criteri tradizionali di collegamento quali il luogo di conclusione e il luogo di esecuzione delle obbligazioni) tanto è vero che i contratti privi della prestazione caratteristica sono numerosissimi, oltre che importanti. Ancor meno accettabile è poi l'idea che la prestazione caratteristica rappresenti, più che una presunzione come pure viene qualificata dal par. 2 dell'art. 4 in esame, una vera e propria concretizzazione della regola del collegamento più stretto⁷ di guisa che la sua disapplicazione, prevista dal par. 5 di detta norma, avrebbe carattere del tutto eccezionale: tesi che, a sommosso avviso di chi scrive, è difficile da condividere proprio perché la prestazione caratteristica non è affatto un elemento ontologico, e quindi costante in tutti i contratti, come risulta dall'imponente numero di essi che ne sono privi.

Il compito dell'interprete risulta, di poi, aggravato dal fatto che il predet-

⁶ Sulla esemplificazione dei numerosi ed importanti contratti privi della prestazione caratteristica, si veda, T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit. *supra*, nota 2, p. 631-632; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 343 ss.; L. G. RADICATI DI BROZOLO, in *Operazioni bancarie internazionali e conflitti di leggi*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 145.

⁷ Sul punto si veda espressamente, T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, loc. cit., p. 626.

to par. 5 della norma in esame, nell'escludere che il criterio della prestazione caratteristica operi allorquando quest'ultima non esiste, non contiene la benché minima indicazione di un concreto criterio alternativo.

Di qui la necessità di colmare la vistosa lacuna di cui alla norma in esame.

A tal fine non sembra offrire adeguato ausilio la disposizione racchiusa nella parte II del par. 1 del richiamato art. 4 e secondo la quale «se una parte del contratto sia separabile dal resto e presenti un collegamento più stretto con altro paese a tale parte del contratto potrà applicarsi in via eccezionale la legge di quest'altro paese». Innanzitutto la possibilità di separare una parte del contratto dal resto risulta ostacolata, sia dalla obiettiva difficoltà di separare ciò che strutturalmente è unito⁸, sia dal fatto che non si comprende, nel silenzio della legge, se e quando, di fatto, detta separazione sia possibile o comunque consentita. Per non dire poi che una siffatta frantumazione contraddice la stessa ragione per cui il diritto internazionale privato è storicamente sorto e che è proprio quella di superare il conflitto fra più leggi, che sempre si manifesta nei contratti stipulati fra cittadini appartenenti a Stati diversi, indicando un'unica legge regolatrice del rapporto.

Concettualmente la "scappatoia" della separazione del contratto in più parti non può ricondursi ad una corretta applicazione del cosiddetto *depeçage* il quale, nella sua originaria e corretta accezione, deve essere inteso soltanto come autonomia della disciplina della forma del contratto e della capacità delle parti rispetto alla disciplina del contenuto del contratto⁹ e non anche come sottoposizione a leggi regolatrici diverse dalle obbligazioni negoziali che i contraenti debbono rispettare. In altri termini se è ragionevole sancire il diritto di ogni contraente di vedere regolata la propria capacità dalla propria legge nazionale (art. 20 della legge n. 218 del 1995) è assurdo pensare che nella permuta, le garanzie della qualità delle cose permutate siano regolate dalle due diverse leggi nazionali dei contraenti¹⁰.

Neppure può dirsi che gli ulteriori criteri di collegamento che, in via subalterna ed alternativa si ritrovano nei numeri 2, 3 e 4 dell'articolo in esame, valgono a colmare la grave lacuna contenuta nel principio del collegamento più stretto. Ed invero le indicazioni relative ai casi di particolare attività imprenditoriale, ai casi in cui il contratto abbia per oggetto un bene immobile, ed, infine, al caso del contratto di trasporto, investono situazioni numerica-

⁸ Anche la possibilità di procedere allo smembramento del contratto è stato oggetto di critiche. Si veda G. ALPA - M. BESSONE, *La Convenzione di Roma*, cit. supra, nota 4, p. 112 nonché R. DENOVA, *Enciclopedia del diritto*, voce *obbligazioni*, Milano, Giuffrè, vol. XXIX, 1979, p. 456, il quale non ha esitato ad affermare che il *depeçage* ha finito per creare la singolare figura del «contratto arlecchino» foriera soltanto di dubbi interpretativi.

⁹ L'origine storica del *depeçage* nel diritto internazionale privato è così delineata da T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit. supra, nota 2, p. 22.

¹⁰ A buon diritto R. DENOVA, *Enciclopedia del diritto*, loc. cit., afferma che la tecnica del *depeçage* va usata con misura.

mente limitate e quindi risultano palesemente inidonee a colmare il vuoto normativo che riguarda tutti i contratti privi di una prestazione caratteristica. Si pensi al caso della permuta conclusa alla nota fiera di Maastricht fra un antiquario inglese ed un antiquario francese di due dipinti antichi di uguale valore e che si trovino rispettivamente in Spagna ed in Italia. Nel caso del tutto normale, in cui ciascuno degli antiquari si impegni a far avere all'altro il quadro di sua spettanza presso la di lui sede, è evidente che né il principio del collegamento più stretto così come sinora inteso, né il principio della prestazione caratteristica, né gli altri criteri subalterni e alternativi dianzi detti, possono recare alcuna utilità nelle individuazioni della legge regolatrice.

La lacuna del sistema delineato dall'art. 4 permane in tutta la sua evidenza anche perché il numero 5 della norma in esame – come sopra ricordato – ha un contenuto puramente negativo in quanto si limita ad escludere l'applicazione delle presunzioni di cui ai numeri 2, 3 e 4 allorquando ne difettino i presupposti e nulla invece dice in ordine alle ipotesi nelle quali manchi la possibilità di invocare alcuno dei criteri anzidetti.

4. La inadeguatezza delle soluzioni indicate dalla dottrina

La dottrina che ha sin qui affrontato il problema della legge regolatrice dei contratti privi della prestazione caratteristica, e comunque non compresi fra quelli di cui ai par. 2, 3 e 4 dell'art. 4, non si è nascosta la difficoltà del problema¹¹, ma, nonostante i lodevoli sforzi compiuti, non sembra aver colmato la lacuna normativa più sopra indicata.

Così, allorquando si è affermato che l'art. 4 privilegia la parte che deve eseguire la prestazione più complessa¹² o più rischiosa (ad esempio scambio di un impianto produttivo con fornitura di materie prime), si è finito per indicare un criterio sussidiario certo perspicuo, ma del tutto inutile allorquando vi sia una piena simmetria ed uguaglianza nelle prestazioni dei contraenti.

Del pari non risolutivo è il tentativo di ravvisare nel testo dell'art. 4, valutato nella sua interezza, un sistema normativo comunque idoneo ad offrire una adeguata ermeneutica per la soluzione del caso. In questa direzione la tesi secondo cui occorrerebbe analizzare le reciproche obbligazioni dei contratti privi della prestazione caratteristica al fine di individuare un interesse qualificato di uno dei contraenti oppure un elemento delle obbligazioni che militi

¹¹ Sul punto si vedano T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit. supra, nota 2, p. 632; L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Operazioni bancarie*, cit. supra, nota 6; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica*, cit. supra, nota 6.

¹² In questo senso, si veda T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, loc. cit.

a favore di una determinata legge¹³, si scontra con un vistoso limite: quello secondo cui anche la più attenta analisi compiuta nelle predette obbligazioni spesso non consente di ravvisare né un siffatto interesse qualificato e neppure una qualche peculiarità nelle varie prestazioni contrattuali.

Infine la dottrina più consapevole della difficoltà di ravvisare, nella prestazione caratteristica, un esaustivo criterio di collegamento ha prospettato, come criterio risolutore del problema, quello di applicare il principio ermeneutico *ut res magis valeat quam pereat* adottando così, nella individuazione di detta prestazione, un atteggiamento empirico¹⁴. Anche tale pur lodevole sforzo non pare tuttavia idoneo a risolvere il problema. Da un lato infatti il principio della conservazione degli effetti di una disposizione presuppone, almeno secondo il diritto italiano, che siano ravvisabili due interpretazioni di cui una dotata di un senso e l'altra priva (arg. ex art. 1367 c.c.): alternativa questa non ravvisabile allorquando la prestazione caratteristica manchi del tutto. Dall'altro non sembra concretamente possibile alcun approccio empirico in tutti i non infrequenti casi in cui, stante il difetto assoluto di elementi che imprimano una qualche caratteristica ad una delle prestazioni, nessun empirismo vale a risolvere la questione.

5. La soluzione proposta

È tuttavia evidente che l'interprete non debba arrendersi di fronte alle innegabili difficoltà create dal fallimento di tutti i tentativi di individuare una prestazione caratteristica¹⁵, anche perché, nel nostro ordinamento, è bandita l'idea che una situazione giuridica possa restare priva di soluzione in ragione di un vuoto normativo: il comma 2 dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale impone infatti di decidere comunque il caso.

Ad avviso di chi scrive, nella ricerca di detto principio risolutore, non si deve necessariamente individuare, come legge regolatrice, quella di uno dei contraenti escludendo l'applicabilità della legge di un Paese terzo¹⁶. Ed infatti, da un lato, sappiamo che la legge nazionale di uno o l'altro dei contraenti ben può risultare priva di qualsiasi collegamento, e dall'altro, non possiamo escludere che, di fatto, sia proprio la legge di un Paese terzo a presentare una qualche forma di collegamento.

¹³ A tale orientamento sembra aderire M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica*, loc. cit., p. 345.

¹⁴ Così testualmente si esprime L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Operazioni bancarie*, cit. supra, nota 6, p. 146.

¹⁵ Di tale necessità si rende ben conto M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica*, cit. supra, nota 6, p. 344.

¹⁶ In senso contrario si veda M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica*, loc. cit., p. 350.

D'altro canto abbiamo già dovuto escludere che il principio della separazione del contratto, di cui al par. 1 dell'art. 4, costituisca lo strumento per risolvere, così come imposto dal ricordato art. 12 delle disp. prel. al cod. civ. tutti i casi non altrimenti risolvibili. Ed invero detto principio postula la presenza di due condizioni – quella della effettiva separabilità e quella della effettiva presenza di un collegamento con altro Paese – che non necessariamente ricorrono di guisa che esso non risulterebbe sempre idoneo a risolvere tutti gli importanti casi non risolvibili con gli strumenti sinora esaminati.

Ad avviso di chi scrive, non rimane pertanto che riconsiderare, sotto nuova prospettiva, il criterio dell'abrogato art. 25 delle disposizioni preliminari al codice civile che indicava come legge regolatrice quella del luogo il cui contratto era concluso.

Al riguardo è vero che detta norma è stata abrogata, ma è altrettanto vero che quel principio di collegamento non è affatto escluso dall'art. 4 nel punto in cui detta norma evoca, come criterio primario, il generale principio del collegamento più stretto. Ed invero se noi riconsideriamo l'esempio di cui al par. 3, relativo alla permuta conclusa a Maastricht fra un antiquario inglese ed un antiquario francese in ordine a beni che si trovino in Spagna e in Italia, risulterà chiaro che l'unico collegamento ragionevolmente riferibile al contratto rimane proprio il luogo di conclusione. Ed infatti, a fronte di una permuta senza conguaglio, e stipulata con le modalità dianzi dette, tanto l'antiquario francese, quanto quello inglese non potrebbero invocare la loro legge nazionale; né quest'ultima potrebbe essere invocata sotto il profilo del luogo di esecuzione atteso che, nell'esempio considerato, la consegna dei due beni doveva avvenire in Stati diversi fra loro e diversi da quelli nazionali dei contraenti. Infine, e da ultimo, il fatto che i beni permutati si trovassero, prima della consegna, in due Stati diversi e non coincidenti con alcuno degli Stati di appartenenza dei contraenti, impedisce di individuare un criterio di collegamento nel *locus rei sitae*. L'analisi condotta sull'esempio di cui più sopra può ovviamente essere riferita ad un infinito numero di casi (contratti di conti correnti reciproci conclusi fra banche, appartenenti a Stati diversi, in un Paese terzo, nonché permutate di materiale chimico fra imprese appartenenti a Stati diversi e pure esse stipulate in un Paese terzo).

Le considerazioni che precedono portano dunque a ravvisare, proprio nel luogo di conclusione del contratto, l'unico elemento di collegamento. In altri termini il principio del collegamento più stretto, proprio per la sua estrema elasticità, finisce per consentire che, in un notevole numero di casi, esso sia ravvisabile, proprio e soltanto, nel luogo in cui il contratto è stato concluso.

Il collegamento offerto dal luogo di conclusione del contratto, bandito per le giuste ragioni osservate più sopra come criterio primario di individuazione della legge regolatrice, finisce così per "resuscitare" come principio di

chiusura del sistema che sappiamo imposto dalla necessità di non lasciare irrisolta alcuna situazione giuridica. Che poi il collegamento offerto dal luogo di conclusione del contratto possa sempre fungere da effettiva norma di chiusura, e quindi risultare applicabile ogni qualvolta la legge regolatrice non possa essere altrimenti identificata, è assolutamente evidente: detto principio infatti, a differenza degli altri esaminati nel paragrafo che precede, ha il sicuro ed indiscutibile vantaggio di essere sempre sussistente in quanto un contratto concluso si deve necessariamente considerare concluso in un determinato luogo.

Né tale assunto può dirsi contrastato dal fatto che, secondo le leggi interne di alcuni Stati, il medesimo contratto si intende concluso in un luogo, mentre secondo la legge di altro Stato lo stesso contratto si intende concluso in un altro¹⁷, con conseguente applicazione della legge regolatrice del luogo di instaurazione del processo (così detto *forum shopping*).

Ed infatti, nel diritto internazionale moderno, il *forum shopping* non è affatto ripudiato¹⁸ tanto da essere stato codificato (si pensi al caso dell'art. 5 n. 1 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 che consente all'attore, proprio in tema di contratto, di scegliere fra il foro del convenuto, di cui all'art. 2 di detta Convenzione, ed il foro del luogo in cui l'obbligazione dedotta è stata o deve essere eseguita).

Del resto che il criterio della prevenzione della lite possa comportare determinati effetti sostanziali o processuali è del tutto normale nei moderni sistemi (si pensi alla scelta del foro, nelle cause relative alle obbligazioni di cui all'art. 20 c.p.c., ed all'effetto della prevenzione in tutti i casi di litispendenza e connessione di cui all'art. 39 c.p.c.) proprio in quanto riconducibile al principio generale *prior in tempore potior in jure*.

Marco Polastri Menni*

¹⁷ Sul punto si veda T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit. *supra*, nota 2, p. 609.

¹⁸ Lo stesso T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, loc. cit., ammette peraltro che la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 non ha affatto escluso il fenomeno del *forum shopping* e quindi neppure le sue conseguenze.

* Giudice onorario.

RECENSIONI

Antonio Parenti, *Il WTO*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 124, Euro 8,00

Nonostante il numero estremamente limitato dei suoi funzionari - circa 500, vale a dire un ventesimo di quelli della Banca mondiale - e l'esiguità del bilancio a sua disposizione - intorno ai 100 milioni di dollari, una cifra che corrisponde alle sole spese di viaggio del Fondo monetario internazionale - l'ampiezza della sfera d'azione dell'Organizzazione mondiale del commercio (Omc), unitamente all'incisività dimostrata dal suo meccanismo di risoluzione delle controversie, hanno fatto del sistema di Marrakech uno dei pilastri della *global governance*. Quest'ultimo è dunque oggetto di costante e sempre crescente attenzione e interesse. Tuttavia, a ciò non sempre corrisponde «un'adeguata conoscenza dell'Organizzazione stessa, che continua spesso a soffrire, anche nel pubblico e nei media più accorti, di rappresentazioni semplicistiche» (p. 8). Il volume in oggetto si propone di fornire una prima risposta per chi voglia, da neofita, addentrarsi con un approccio più scientifico nel sistema di Marrakech, in modo tale da iniziare ad acquisire le chiavi di lettura necessarie per affrontare con cognizione di causa editoriali, articoli e saggi del mondo dell'informazione, così come la dottrina specializzata nel settore.

La prima parte è dedicata alla teoria economica del commercio internazionale, incentrata sul principio del vantaggio comparato. Richiama l'incontrovertibile fatto che la storia dell'uomo è sempre stata al tempo stesso anche storia di commerci; nonché i risultati di diversi studi economici, in base ai quali il libero scambio, a differenza del protezionismo, produce in tempi contenuti benessere diffuso e stabile, posto che sia accompagnato da adeguate politiche fiscali, sociali, e, più in generale, di intervento governativo che realizzino la liberalizzazione degli scambi con gradualità e flessibilità, assicurando beni pubblici e aiuti per i soggetti che, senza alcun tipo di intervento, non reggerebbero all'apertura alla concorrenza internazionale. «Non bisogna (...) dimenticare che è il complesso delle politiche economiche perseguite da un paese in ambito non solo internazionale ma anche interno, a determinare la capacità di sostenere la competizione internazionale e trarne vantaggio» (p. 26). Pertanto, se, da un lato, i risultati della liberalizzazione degli scambi su scala mondiale consistono nell'aumento della ricchezza mondiale di circa sei

volte negli ultimi cinquant'anni, e del volume di esportazioni di merci di quasi venti volte, la loro iniqua redistribuzione - anche se ridotta in questi ultimi anni - tra Paesi sviluppati, tigri asiatiche, Stati come la Cina e l'India, e quindi gli altri Paesi in via di sviluppo (Pvs), è da imputare all'assenza o alla lentezza con la quale i Membri Omc hanno affrontato e/o stanno affrontando la riforma dei sistemi di *welfare*, problemi come l'immigrazione, le malattie infettive o la povertà crescente che si concentra in alcune zone geografiche, e, più in generale, la definizione di una cooperazione allo sviluppo non più improntata ad una emergenzialità assistenzialistica, ma fondata sulla gradualità nell'applicazione delle riforme del commercio, da corredare, dunque, di apposite compensazioni e reti di protezione sociale, nella consapevolezza che «economic development is a lot more than just throwing borders open»¹. E, sottolineiamo noi, la disuguaglianza del reddito globale è dovuta anche al fatto che in alcuni settori in cui i Pvs sono estremamente competitivi - tessili e agricoltura - la liberalizzazione ancora non è stata raggiunta. Non sono rare le richieste dei politici africani, i quali, riguardo i loro prodotti agricoli, non chiedono protezione, ma l'effettiva apertura dei mercati occidentali, ove il settore agricolo è ancora fortemente sussidiato². Parimenti, ben note sono le lamentele dei Pvs a proposito della promessa liberalizzazione del settore tessile e dell'abbigliamento. Quest'ultimo è ancora fortemente penalizzato dai picchi tariffari (vale a dire dall'applicazione, da parte dei Paesi sviluppati, di dazi molto alti per il tipo di prodotto in oggetto rispetto alla media), una *escalation* spesso legata anche al grado di lavorazione, che spinge i Pvs ad esportare pressoché unicamente la materia prima, essendo l'industria di lavorazione e trasformazione fortemente penalizzata dalle alte tariffe che devono essere applicate nei mercati occidentali sui «labour intensive products» originari dei Pvs³.

Parenti dedica la seconda parte del volume alla nascita del sistema multilaterale per la regolamentazione del commercio internazionale. Prende le mosse dalla presentazione dei motivi che hanno spinto la Comunità internazionale a porre in essere una disciplina di promozione degli scambi, la cui definizione si snoda tra la Conferenza di Bretton Woods del luglio 1944, la prima riunione del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite del febbraio 1946, la Conferenza delle Nazioni Unite su commercio e occupazione tenutasi all'Avana nel marzo 1948 (che ha prodotto il progetto del Trattato istitutivo dell'*International Trade Organization*, Ito), raggiungendo un primo

¹ D. RODRICK, *The New Global Economy and Developing Countries: Making Openness Work*, Baltimora, Johns Hopkins University Press, 1999; sul punto cfr. anche P. DEL DEBBIO, *Global*, Milano, Mondadori, 2002, p. 7 ss.

² Cfr. M. T. COMETTO, *Se l'Africa ha fame, ditelo a Bové*, intervista al Prof. Xavier Sala-i-Martin della Columbia University, in *Corriereconomia*, 23 dicembre 2002, p. 5.

³ V. anche V. REGE, *Developing Countries and Industrial Tariff Negotiations*, in *Bridges*, November/December 2001, p. 3 ss.

risultato concreto nei negoziati condotti da 23 Paesi a Ginevra per una riduzione multilaterale reciproca dei dazi doganali, conclusisi con la sottoscrizione, nell'ottobre 1947, del protocollo di applicazione provvisoria del *General Agreement on Trade and Tariffs* («Gatt», destinato a rimanere in vigore sino alla istituzione dell'Omc). L'Autore ricorda appunto gli effetti nefasti delle cosiddette *beggar thy neighbor policies* (le politiche del danno al vicino) che caratterizzarono drammaticamente gli scambi - o, per meglio dire, i non-scambi - degli anni Venti e Trenta del secolo scorso, consistenti ne «l'uso combinato di svalutazioni monetarie per facilitare l'esportazione delle proprie merci e di aumenti dei dazi doganali per convogliare la domanda interna verso il mercato nazionale» (p. 29-30). Lo *Smoot-Hawley Tariff Act*, adottato dal Congresso Usa nel 1930, portò il dazio medio applicato a circa il 60%; alcuni anni dopo, tuttavia, gli Stati Uniti furono i primi a prendere atto della dannosità della loro politica, e approvarono già nel 1934 il *Reciprocal Trade Agreement Act*, con il quale il Congresso dava al Presidente americano il potere di concludere accordi commerciali bilaterali aventi ad oggetto una riduzione fino al 50% delle tariffe Usa, a condizione che vi fossero concessioni reciproche con la controparte. Il Gatt 1947 ha costituito l'avvio per una progressiva liberalizzazione degli scambi, dapprima concentrata sulle misure tariffarie e avente ad oggetto soprattutto i beni industriali; successivamente, a partire dal *Tokyo Round*, il ciclo di negoziati che segna il passaggio dai *round* solo tariffari a quelli anche regolamentari, attraverso disposizioni relative alle barriere non tariffarie; quindi, con l'*Uruguay Round*, si mette finalmente mano alla liberalizzazione effettiva dei prodotti agricoli e tessili, cui viene accostata una disciplina multilaterale dei servizi e per la tutela delle opere di ingegno.

Il lavoro prosegue con la presentazione della struttura e del funzionamento dell'Omc, il cui Segretariato non ha un autonomo potere di iniziativa, che invece «rimane saldamente nelle mani dei Membri del Wto [World Trade Organization]» poiché quest'ultimo è concepito come «un'Organizzazione *members driven*, cioè guidata dai suoi Membri» (p. 49). Descritti i principali organi comuni, gli accordi multilaterali e plurilaterali allegati all'Accordo istitutivo dell'Omc, di particolare interesse sono le considerazioni che accompagnano la procedura di adesione al sistema: si sottolinea la complessità dei negoziati con la Cina, i quali, per la loro importanza, sono da paragonarsi ad un vero e proprio *Round*, e si suggerisce che maggiore attenzione dovrebbe essere dedicata a ciò che potrebbe significare per gli equilibri in seno al sistema di Ginevra, fino ad oggi caratterizzato soprattutto «dal rapporto dialettico tra l'Unione europea e gli Stati Uniti», l'entrata della Cina «e un domani della Russia» (p. 45). Riguardo il meccanismo decisionale dell'Omc - basato sul principio «uno Stato - un voto», sull'obbligo di *best efforts* per pervenire a decisioni fondate sul *consensus*, e, quindi, solo in ultima battuta, constatata

l'impossibilità di raggiungere una «non opposizione» ad una data decisione Omc, sul principio di maggioranza, semplice o rafforzata - viene rilevato come la possibilità di mettere una data questione al voto, ipotesi che finora non si è mai concretizzata, sia suscettibile comunque di facilitare la formazione del consenso. Il volume si sofferma quindi sulle procedure che sono osservate dall'Unione europea e dagli Stati Uniti per definire una posizione prima di andare a discutere su una determinata materia a Ginevra, sottolineando la preminenza dell'esecutivo espressa dal sistema europeo rispetto alla centralità riservata dal sistema costituzionale statunitense al Congresso, nonché i meccanismi forgiati per dare maggior voce al Parlamento europeo nel primo caso, e per garantire efficacia e speditezza dell'azione nel secondo, per poi osservare in conclusione che «[s]ia nel caso europeo che in quello americano, e naturalmente anche per gli altri Membri del Wto, la formulazione concreta della politica commerciale non è il semplice risultato delle analisi e delle determinazioni delle rispettive burocrazie, ma alla sua definizione partecipano in vario modo anche i fruitori di tale politica e cioè le industrie, i sindacati e, in misura sempre maggiore, le Organizzazioni non governative» (p. 58-59).

Pochi, ma efficaci, i tratti riservati al sistema di risoluzione delle controversie dell'Omc. Facendo rinvio anche ad alcune tra le maggiori controversie con cui il meccanismo ginevrino si è dovuto cimentare, e che hanno visto fronteggiarsi Stati Uniti ed Unione europea (vale a dire le "guerre" delle banane e della carne agli ormoni, nonché la disputa sulla legislazione fiscale statunitense, il *Foreign Sales Corporation Act* (Fsc), che esentava le imprese Usa dal pagamento delle tasse sui proventi derivanti dalla vendita dei loro prodotti all'estero) vengono fissati i capisaldi dell'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la soluzione delle controversie, l'Accordo multilaterale spesso indicato come Dsu, acronimo derivante dall'inglese *Dispute Settlement Understanding*. Il passaggio dal *consensus* positivo al *consensus* negativo (ossia la necessità del consenso di tutti i membri dell'Omc, riuniti in seno all'Organo di soluzione delle controversie, per *non* conferire forza vincolante ai *report* Omc), l'affiancamento ai *panel* dell'Organo di appello, un corpo permanente preposto al riesame delle questioni giuridiche sollevate e sviluppate in primo grado, l'approntamento di un meccanismo di esecuzione delle decisioni espresse dal Dsu volto ad assicurare il ripristino della legalità, anche attraverso sanzioni incrociate, nei tempi più stretti possibili, hanno operato un cambiamento radicale per l'intero sistema multilaterale, che, in particolare, ha reso il Dsu «uno strumento di punta per garantire il rispetto delle regole del Wto», conferendogli «una forza speciale sconosciuta a sistemi simili presenti in altre organizzazioni internazionali» (p. 91-92).

La sezione centrale del libro introduce alle regole preposte alla liberalizzazione degli scambi nei diversi settori - merci, servizi, diritti di proprietà intellettuale - e alle numerose eccezioni, previste rispetto alla garanzia di ac-

cesso ai mercati, alla tutela delle opere dell'ingegno, per il trattamento differenziato da riservare ai Paesi in via di sviluppo nonché a quelli meno sviluppati. Si hanno così le coordinate della natura articolata e sofisticata del sistema multilaterale. Quest'ultimo, infatti, non ha certo una composizione monolitica e rivolta ad uno smantellamento acritico e ottuso di qualunque misura suscettibile di rappresentare un ostacolo al commercio, ma è già dotato dei principi rivolti alla tutela di valori pubblici - solo per citarne alcuni tra quelli previsti dalle diverse clausole sulle eccezioni generali e di salvaguardia contemplate dagli Accordi Omc: salute e vita delle persone e degli animali, ambiente, sicurezza nazionale, ordine pubblico, morale pubblica, difficoltà nella bilancia dei pagamenti, grave pregiudizio per un determinato settore dell'industria nazionale, finalità di sviluppo economico per i paesi aventi un'economia debole - che certo non sono secondi alla politica di accesso ai mercati.

I negoziati dell'*Uruguay Round*, pur avendo così profondamente "rivoluzionato" il sistema multilaterale, non sono però riusciti ad affrontare tutti i temi inseriti nella loro agenda dei lavori; inoltre, lo sviluppo economico internazionale, così come le situazioni di forte arretratezza che flagellano alcune regioni, continuano a porre nuove sfide che esigono una risposta politica, da tradursi in nuove regole internazionali; infine, rimane ancora da completare la liberalizzazione in settori strategici per i Paesi sottosviluppati, come sopra ricordato, individuando una formula che metta in sintonia il diritto allo sviluppo economico dei Pvs con il principio dello sviluppo sostenibile, costruendo il primo come un aspetto del secondo e non in opposizione a quest'ultimo. L'*Uruguay Round* si era chiuso con un impegno a riprendere i negoziati in materia di agricoltura e servizi nel 2000; diversi Paesi sviluppati hanno però ritenuto necessario affiancare a quei temi i nuovi nel frattempo emersi, in modo da avviare un altro ciclo di negoziati, di natura inclusiva, suscettibile di chiudersi con un buon compromesso finale come era già accaduto a Marrakech. L'agenda dei lavori avrebbe dovuto essere concordata in occasione della terza Conferenza Ministeriale dell'Omc: dunque il *Millennium Round* doveva essere lanciato a Seattle. Il capitolo sesto del volume è proprio dedicato a questo momento di crisi del sistema multilaterale, e presenta con competenza gli attori e le dinamiche che hanno segnato gli eventi di quello che da *Millennium Round* è passato invece alla storia come *Millennium ... Flop*. Se, indubbiamente, i temi portati alla ribalta dal cosiddetto popolo di Seattle hanno segnato quella Conferenza ministeriale così come il suo *follow-up*, le Organizzazioni non governative (Ong) non furono affatto le artefici del suo fallimento, che va invece imputato alla impossibilità di trovare una convergenza tra le esigenze dei Paesi in via di sviluppo e di quelli sviluppati e, in seno a questi ultimi, tra l'impostazione statunitense e quella europea. Gli Stati Uniti non volevano allargare l'agenda dei lavori rispetto all'impegno a negoziare assunto nell'*Uruguay Round* (dunque servizi e agricoltura), mostrandosi tuttavia propensi ad inserire nel sistema Omc quantomeno regole

di tutela minima dei lavoratori, il cui mancato rispetto avrebbe dovuto essere stigmatizzato con l'adozione di sanzioni commerciali; l'Unione europea voleva invece lanciare un nuovo ciclo di negoziati il più possibile inclusivo; i Pvs non volevano discutere su alcun tipo di nuove regole, poiché trovavano già eccessivamente gravoso ottemperare agli impegni di Marrakech, erano delusi dall'assistenza tecnica promessa dagli Stati industrializzati, che si era rivelata inadeguata, e, infine, denunciavano gli scarsi risultati degli scambi dei prodotti tessili e agricoli, relativamente ai quali si attendevano un'apertura dei mercati dei Paesi industrializzati di gran lunga superiore a quella fino a quel momento registrata.

Alla Conferenza ministeriale di Doha del novembre 2001 (cui l'Autore dedica il capitolo conclusivo del volume), si arriva in un clima radicalmente diverso. In primo luogo, le varie delegazioni si erano preparate all'evento facendo ricorso a metodi decisionali più aperti, secondo quanto auspicato dalle Ong, dunque dopo aver adeguatamente analizzato, all'insegna del pluralismo, il rapporto tra liberalizzazione degli scambi e *trade-and*. Inoltre, era cambiata la congiuntura economica: se, «nel 1999, gran parte dell'economia mondiale non solo cresceva ad un ritmo sostenuto, ma quasi sembrava che il ciclo espansivo fosse destinato a durare all'infinito sospinto dall'innovazione tecnologica», senza avere alcun bisogno di stimoli esterni per continuare la sua crescita, nel 2001 «l'economia mondiale era in piena recessione», con la conseguenza che «gli stimoli che potevano derivare dalla prospettiva di un'ulteriore apertura dei mercati apparivano opportuni e addirittura necessari per evitare derive protezionistiche» (p. 111). Infine, Doha era il primo, rilevante, appuntamento internazionale dopo gli attentati terroristici dell'11 di settembre, avente luogo, per giunta e per la prima volta per il sistema multilaterale, in un paese islamico: un esito positivo della Conferenza ministeriale risultava assolutamente necessario per dare un segno più che tangibile e concreto della capacità progettuale di tutti gli Stati sulla base del metodo della cooperazione internazionale⁴. Così è stato: si è lanciato il nuovo *Round* di Doha, con un ambizioso programma - la *Doha Development Agenda* - cui sono state associate altre due decisioni ministeriali, una sull'applicazione delle regole Omc già vigenti, l'altra sul rapporto tra tutela della salute e protezione della proprietà intellettuale⁵. Congiuntamente a diversi obiettivi per l'accesso al mercato, il programma di Doha segna, tra l'altro, il risultato positivo di inserire nei lavori dei negoziati il rapporto tra commercio e ambiente, fino a quel momento osteggiato per timori "eco-protezionistici", anche se, come a Singapore nel 1996, si è dovuto cedere riguardo al rapporto tra scambi interna-

⁴ Cfr. in proposito E. ROSTON, *A New Kind of Trade War – In the Fight against Terror, Bush Wants Expanded Trade to Help Allies and Boost the Economy*, in *Time.Com*, 25 October 2001.

⁵ WT/MIN(01)/DEC/W/1, *Ministerial Declaration*, 14 November 2001; WT/MIN(01)/W/10, *Implementation-Related Issues and Concerns - Decision*, 14 November 2001; WT/MIN(01)/DEC/W/2, *Declaration on the Trips Agreement and Public Health*, 14 November 2001.

zionali e *core labour standard*; ma, soprattutto, il progetto di Doha rappresenta una netta vittoria per i Pvs. L'impegno per l'assistenza tecnica e il trattamento speciale e differenziato nei loro confronti è il *refrain* costante dei documenti ministeriali. Il *Doha Round*, pertanto, è stato predisposto in maniera tale da far sì che i negoziati siano svolti e possano portare a risultati che rappresentino effettivamente uno strumento di sviluppo per i Paesi più arretrati. Certo, il programma deve ora essere eseguito, e non mancheranno gli episodi in cui molto verrà fatto per proteggere nella maggiore misura possibile interessi immediati e particolari. Ma l'Agenda di Doha dà ai Pvs una forza negoziale senza precedenti⁶, poiché fa del tema dello sviluppo una delle questioni espressamente oggetto del *Round*.

In conclusione, al termine della lettura del volume qui presentato, si può ben dire che l'Autore non solo ha raggiunto il Suo obiettivo iniziale, ossia consentire ai neofiti di "farsi un'idea" corretta di che cosa sia l'Omc; ma lo supera, e in modo lusinghiero, avendo realizzato un lavoro di piacevolissima lettura, utile e ricco di spunti anche per chi è già "un addetto ai lavori", e che fornisce una base corretta su cui innestare la lettura degli sviluppi di cui è oggetto il sistema multilaterale.

Elisa Baroncini

⁶ Così anche K. VON MOLTKE, *After Doha - Assessing the outcomes of the WTO Fourth Ministerial*, IISD Commentary, April 2002.

Libri ricevuti nell'anno 2002

(con riserva di recensione)

AA. VV. (Abruzzo F., Brillat R., Bultrini A., Conforti B., Conte G. A., Granata S., Nascimbene B., Raimondi G., Viarengo I.) a cura di Nascimbene B., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo - Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2002

AA. VV. (Alfieri P., Anglade P., Astuti M., Bonacina C., Boni P., Bontognali R., Brasca M., Capelli F., Cecchi L., Coassin R., Corgiat Loia G., Costanzi C., Embacher G., Fugatti A., Gambera A., Kacemm B., Kezich G., Lodi R., Magnani M., Picchi G., Rovarey E., Sali G., Valfré F., Vio P., Zambotto P.), *Le produzioni lattiero-casearie d'alpeggio*, Atti del Convegno - Cavalese, 14 settembre 2001, Nuove Arti Grafiche Artigianelli, Trento, 2002

AA. VV. (Alpa G., Capilli G., Colantuoni L., De Nova G., Leo C., Maniaci A., Putti P. M., Scarpello A., Valcada M.), *L'acquisto di beni di consumo - D.Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24*, Ipsoa, 2002

AA. VV. (Alpa G., Buccico E. N., Castro F., Castronovo C., Díaz Alabart S., Díez-Picazo L., Fusaro A., Gentili A., Hesselink M., Lipari N., Mariani Marini A., Masi A., McKendrick E., Panuccio V., Patti S., Sesta M., Swann S., Tamponi M., Vacca L.), *materiali dei seminari 2001* raccolti da Alpa G. e Buccico E. N., *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, Giuffrè, Milano, 2002

AA. VV. (Alpa G., Capelli F., Cavarra A., Diliberto O., di Renzo Villata M. G., Petronio U., Spaggiari A., Tavilla C. E.) con il coordinamento di Alpa G., *I difetti della giurisprudenza ieri e oggi*, Atti del Convegno. Vignola, 2 dicembre 2000 - Giornata di studi L. A. Muratori, Giuffrè, Milano, 2002

AA. VV. (Balboni M., Battaglia E., Benoît-Rohmer F., Borraccetti M., Botero M., Conforti B., Di Federico G., Jacqué J. P., Manzella A., Manzini P., Mengozzi P., Paciotti E., Pocar F., Radighieri E., Rossi L. S.) a cura di Rossi L. S., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002

AA. VV. (Bastasin C., Battaglia A., Buccino Grimaldi G., Cassese S., Chiti M.

P., della Cananea G., Ferrera M., Manzella A., Micossi S., Padoa Schioppa A., Tabellini G., Tosato G. L.), *Institutional reforms in the European Union - Memorandum for the Convention*, Europeos, Roma, 2002

AA. VV. (Bastida F. J., Biancheri Chiappori B., Biondi A., Conforti B., D'Atena A., Di Blase A., Elia L., Gaja G., Lengauer A., Luciani M., Manin P., Mezzanotte C., Nania R., Oellers-Frahm K., Pizzorusso A., Ridola P., Sciso E., Sorrentino F., Tizzano A., Tosato G. L.) a cura di Panunzio S. P. - Sciso E., *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Giuffrè - Luiss Edizioni, Milano, 2002

AA. VV. (Bilancia P., Dassù M., Dastoli P. V., De Marco E., Ferrari G. F., Freixes T., Giovannelli A., Padoa-Schioppa A., Petrangeli F., Pizzetti F., Pizzetti F. G., Quermonne J.-L.), a cura di Bilancia P., *Il processo costituente europeo*, Giuffrè, Milano, 2002

AA. VV. (Cassese S., della Cananea G. - Fiorenza C. - Fiorenza E.) a cura di Cassese S., *Per un'autorità nazionale della sicurezza alimentare*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2002

AA. VV. (Conforti C., Corni G., Dal Lago A., Galli C., La Rocca M. C., Meriggi M., Petrillo A., Secchi B.), *Città europea memoria e cambiamenti*, Istituto Regionale di Studi Europei del Friuli Venezia Giulia, Pordenone, 2001

AA. VV. (de Giovanni B., Fargion V., Galli C., Garancini G., Gilbert M. F., Telò M.), *Europa necessaria - Lo spazio politico europeo nell'età globale*, Istituto Regionale di Studi europei del Friuli Venezia Giulia, Pordenone, 2002

Adinolfi G., *L'Organizzazione Mondiale del Commercio. Profili istituzionali e normativi*, Cedam, Padova, 2001

Amadeo S., *I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999

Amadeo S., *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Giuffrè, Milano, 2002

Baldassarre A., *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Bari, 2002

Baldwin R. - Berglöf E. - Giavazzi F. - Widgrén M., *Quale Europa - Usi e abusi del Trattato di Nizza*, Egea, Milano, 2002

Barbetta A. (a cura di), *Relazione del difensore civico regionale 2001*, Regione Lombardia, 2001

Bortolotti F., *Manuale di diritto commerciale internazionale - (volume primo) Diritto dei contratti internazionali*, Cedam, Padova, 2001

Carbone S. M., *Il nuovo spazio giudiziario europeo (dalla Convenzione di Bruxelles al Regolamento CE 44/2001)*, Giappichelli, Torino, 2002

Carbone S. M., *Lezioni, casi e modelli contrattuali di diritto marittimo*, Giappichelli, Torino, 2002

Castellaneta M., *La cooperazione tra Stati e Tribunali penali internazionali*, Cacucci Editore, Bari, 2002

Clerici R. - Mosconi F. - Pocar F., *Legge di riforma del diritto internazionale privato e testi collegati*, Giuffrè, Milano, 2002

Conforti B., *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2002

Costato L., *Compendio di diritto alimentare*, Cedam, Padova, 2002

de Salvia M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2001

Dellavalle S., *Una Costituzione senza popolo? – La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Giuffrè, Milano, 2002

De Sena P., *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2002

Di Pietro A. (a cura di), *Le sanzioni tributarie nell'esperienza europea*, Giuffrè, Milano, 2001

Distefano M., *Soluzione delle controversie nell'OMC e diritto internazionale*, Cedam, Padova, 2001

Draetta U. - Parisi N. (a cura di), *Clausole inique nei contratti stipulati tra imprese*, Franco Angeli, Milano, 2002

Fragola M., *Limitazioni e contenuto minimo della proprietà nel sistema italo-europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002

Gulotta C., *Le relazioni industriali nelle imprese multinazionali*, Giuffrè, Milano, 2002

Lang A., *Le Risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite e l'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002

Mangini V. - Olivieri G., *Diritto antitrust*, Giappichelli, Torino, 2000

Marchisio S. - Bassiouni F. - Zucca M. C. (edited by), *Groundwater Law and administration for sustainable development*, Giuffrè, Milano, 2002

Mastronardi F., *Storia dell'integrazione europea - L'Europa alla ricerca della propria unità*, Edizioni Simone, Napoli, 2002

Menegazzi Munari F. (a cura di), *Lezioni di diritto internazionale e dell'Unione europea*, Edizioni Simone, Napoli, 2002

Montini M., *La necessità ambientale nel diritto internazionale e comunitario*, Cedam, Padova, 2001

Nascimbene B., *Comunità e Unione europea - Codice delle istituzioni*, Giappichelli, Torino, 2002

Organisation de coopération et de développement économiques (Ocde), *Sienna, Italie*, Les Éditions de l'Ocde, Paris, 2002

Pallaro P., *Libertà della persona e trattamento dei dati personali nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002

Panunzio S. P. (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme - Una discussione sul progetto della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1998

Panunzio S. P. (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa - Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 2002

Pizzorusso A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002

Porchia O. - Vellano M., *Codice degli aiuti pubblici e dei fondi strutturali - Norme comunitarie*, Giappichelli, Torino, 2002

Rossolillo G., *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Cedam, Padova, 2002

Salvadori M. M., *Gli appalti pubblici nell'Organizzazione mondiale del commercio e nella Comunità europea*, Casa Editrice Jovene, Napoli, 2001

Starace V. - Cannone A., *La giurisprudenza costituzionale in materia internazionale e comunitaria 1977-2000 - vol. I e II*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2001

Tizzano A., *Codice dell'Unione europea - con la Carta dei diritti fondamentali e il Trattato di Nizza*, Cedam, Padova, 2002

Vellano M., *L'organo d'appello dell'OMC*, Casa Editrice Jovene, Napoli, 2001

ARTICOLI

L'ATTUAZIONE DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO E IL PROCESSO

Sommario: *Premessa - I. 1. L'evoluzione della problematica del diritto processuale: cenno introduttivo - 2. Il ruolo delle garanzie costituzionali in funzione dell'integrazione del diritto processuale allo scopo di assicurare soluzioni ispirate al principio di effettività - 3. L'incidenza del diritto internazionale (particolarmente attraverso la Convenzione europea sulla protezione dei diritti dell'uomo) - 4. Il contributo dell'ordinamento comunitario sia per la ricostruzione (o ricezione) di principi mutuati dal diritto internazionale o dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, sia per assicurare l'attuazione dei principi e delle regole fondanti l'esperienza comunitaria - 5. Segue - II. 1. L'integrazione del diritto internazionale privato: l'eshaustività delle regole di cui all'art. 64 ss. l. n. 218/1995 e del regolamento Ce n. 44/2001 in funzione del riconoscimento delle sentenze straniere - 2. L'ordine pubblico internazionale nella specie in quanto ordine pubblico processuale: la sua inidoneità a costituire l'unica "valvola di controllo" e di selezione nel caso di violazione dei diritti processuali tutelati dal diritto internazionale e comunitario - 3. L'art. 64 lett. b. della l. n. 218/1995: strumento di garanzia nell'ambito che gli è proprio (e cioè in funzione della protezione ad ampio raggio dei diritti delle opere) - 4. I principi generali e fondamentali di diritto comunitario ed i loro effetti integrativi della disciplina applicabile al riconoscimento delle sentenze straniere.*

Premessa

Allo scopo di sintetizzare l'impatto dell'ordinamento comunitario e dei principi dallo stesso mutuati sulla disciplina processuale, pare opportuna una premessa di ordine ormai "storico" sulla nuova collocazione del processo, in chiave di effettività delle garanzie che lo ispirano e di eterointegrazione da parte del diritto sostanziale, nel contesto dell'esperienza moderna. In una prima parte dell'indagine sarà quindi preso in considerazione l'impatto della

disciplina internazionale e comunitaria sul diritto processuale in quanto regola di governo del processo celebrato nel foro. Sarà quindi evidente come determinati valori giustifichino forme di costante integrazione della disciplina applicabile allo scopo di scongiurare la violazione di diritti fondamentali oltretutto di garantire l'attuazione di situazioni giuridiche alle quali l'ordinamento attribuisce un livello rafforzato di tutela. Tale fattispecie di eterointegrazione della disciplina processuale si produce sia ad opera delle norme comunitarie che direttamente incidono sul processo (ad esempio imponendo strumenti di impugnazione, garanzie procedurali ecc.), sia ad opera delle disposizioni che in senso lato si preoccupano di assicurare la *primauté* dell'ordinamento comunitario sulla base del principio di attribuzione ed in chiave di effettività. Avuto riguardo all'economia del presente lavoro, l'ambito della ricerca resterà limitata alla prima delle tematiche indicate, non estendendosi pertanto l'indagine alla problematica connessa alla garanzia dell'attuazione dell'ordinamento comunitario e più in genere all'effettività degli strumenti di tutela di tale ordinamento. Siffatta ultima problematica, prevalentemente di diritto sostanziale, imporrebbe di ripercorrere in chiave critica gli strumenti individuati via via per la risoluzione in chiave "comunitaria" dei conflitti fra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti nazionali (dal caso *Van Gend & Loos*¹ fino a *Factortame*², passando per *Frontini*³, *Granital*⁴ ecc.). E così pure non si approfondirà la tematica relativa alla simultanea applicazione dell'ordinamento interno e dell'ordinamento comunitario per quanto attiene all'esercizio dei diritti riconosciuti dal secondo (caso *S. Giorgio*⁵ ecc.). Tema che pure, come ancora di recente indicato da Trocker, presenta una notevole importanza anche sotto il profilo del diritto processuale se il giudice nazionale non è comunque tenuto a garantire la ripartizione del ruolo dei due ordinamenti secondo un modello tradizionale (riconducibile alla giurisprudenza *Comet*⁶ e *Rewe*⁷) essendo egli chiamato a disapplicare le disposizioni interne che disciplinano l'azione di restituzione ovvero l'azione di recupero degli aiuti quando tali disposizioni rendano impossibile od eccessivamente difficile l'attuazione dei diritti di sostanza introdotti dall'ordinamento comunitario come conseguenza della violazione

¹ Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, in *Raccolta*, 1963, p. 937.

² Corte di giustizia, sentenza del 19 giugno 1990 in causa n. C-213/89, in *Raccolta*, I, 1990, p. 2433.

³ Corte costituzionale, sentenza 27 dicembre 1973 n. 183, in *Foro it.*, 1974, I, c. 314.

⁴ Corte costituzionale, sentenza 8 giugno 1984 n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2062.

⁵ Corte di giustizia, sentenza 9 novembre 1983 in causa n. 199/82, in *Raccolta*, p. 3595.

⁶ Corte di giustizia, sentenza 16 dicembre 1976 in causa n. 45/76, in *Raccolta*, p. 2043.

⁷ Corte di giustizia, sentenza 17 febbraio 1976 in causa n. 45/75, in *Raccolta*, p. 181.

di disposizioni produttive di effetti diretti⁸.

Nella seconda parte del presente studio si valuteranno le forme attraverso le quali si esprime la fattispecie di costante eterointegrazione sotto il profilo internazionalprivatistico ed in particolare del diritto processuale civile internazionale. In breve, si tratterà di verificare se i menzionati principi generali consentano anche di integrare la disciplina sul riconoscimento delle sentenze straniere e quindi, correlativamente attenuando il principio di «*conclusiveness*» (o di «esaurimento dei mezzi di ricorso apprestati dall'ordinamento *a quo*») e contemperandolo con il principio del controllo (allo scopo di assicurare la congenialità – della formazione – del dato straniero con i valori sottesi all'ordinamento del foro). Tale seconda indagine, che in questa sede può essere solo anticipata, mette, infatti, effettivamente in gioco il c.d. *sistema giudiziario europeo*: non pare dubbio che la tendenza all'unificazione della disciplina applicabile alla problematica del riconoscimento, in chiave internazionalprivatistica, comporta una riduzione dello spazio giudiziario comunitario inevitabilmente impostato sul mutuo riconoscimento e sulla tendenziale rimozione di ogni controllo ad opera del giudice del riconoscimento.

I.1. L'evoluzione della problematica del diritto processuale: cenno introduttivo

Se si considera la visione (e funzione) del processo in chiave rigorosamente scientifica, non può negarsi che l'attenzione nei confronti delle forme sia in passato apparsa prevalente sulla parallela esigenza di attuazione concreta della giustizia. Nella tradizione recente, ispirata ad un marcato approccio positivistico (appunto in chiave di positivismo dogmatico) il processo si risolveva in un meccanismo tendenzialmente perfetto, caratterizzato per antonomasia da sistematicità, neutralità assoluta e correlazioni logiche, in base al quale i dati normativi - organizzati in virtù di regole classificatorie - venivano messi in relazione tra loro nel contesto di un'operazione ricostruttiva tuttavia ignara della realtà sottostante. Evidentemente, in quella logica non vi era spazio per ammettere l'influenza di valori estranei al sistema processuale tali da condizionarlo. Così, ad esempio, se l'art. 797, n. 2, c.p.c limitava

⁸ Su questi temi rinviamo al recentissimo lavoro di TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1171; TIZZANO - FORTUNATO, *La tutela dei diritti*, in *Dir. priv. Un. Eur.*, 2001, II, p. 1274; ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 41; LUZZATTO, *Note sul diritto dei singoli ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro le violazioni del diritto comunitario*, in *Jus*, 1999, p. 384. Sugli aspetti relativi alla simultanea applicazione dei due ordinamenti allo scopo di disciplinare, nella loro complessità, situazioni giuridiche soggettive, ci permettiamo rinviare al nostro ormai risalente *Le «tasse di effetto equivalente»*, Padova, Cedam, 1984.

il controllo del giudice della delibazione alla regolare instaurazione del contraddittorio, pareva difficile giustificare l'operatività di valori diversi ed estranei - pure se importanti - nel senso di amplificare gli spazi di controllo a meno che tali valori non fossero legittimati dalla medesima disposizione.

L'importante - e decisiva - critica che si formulava al riguardo di quelle ricostruzioni (di cui sono stati Autori, fra gli altri, Satta, Andrioli e Carnelutti) si appuntava sulla sostanziale carenza di "prospettiva sociologica" che vi era sottesa e che in qualche misura era all'origine, secondo i medesimi Autori, della stessa crisi del giudizio rispetto al processo civile⁹. D'altra parte, proprio in quegli anni maturava una consapevolezza dell'ordinamento italiano non più ancorato alla parità dei valori, e quindi alla neutralità degli strumenti per accertarli, ma, semmai, all'esigenza di tutelare comunque quelle esigenze di maggiore contenuto sociale che giustificavano forme rafforzate di tutela: ed in tal senso si è sviluppata, parallelamente, da un lato una più matura adesione ai valori costituzionali (che venivano a prospettarsi in chiave di immanenza nello stesso processo) ed un rafforzamento del ruolo della giurisprudenza in chiave di creazione del diritto (secondo parametri ed in termini quantitativi comunque assai meno incisivi rispetto al ruolo svolto dalla Corte di giustizia comunitaria)¹⁰ e, dall'altro, la revisione e la crisi del principio di neutralità del diritto internazionale privato, giunta a compimento solo in anni più recenti.

Come si osservava, tuttavia, la marcata propensione alla forma, che originava nel quadro del positivismo di stampo chiovendiano, e che ha ispirato, peraltro, le scelte anche di ordine internazionalprivatistico di cui si è fatto portatore - se non Autore - l'Anzillotti¹¹, ha subito una significativa revisione - ed un ridimensionamento netto - in tempi più recenti. Grazie infatti all'opera di alcuni illustri processualisti si è tentato di recuperare la problematica del giudizio come parte essenziale del processo funzionale alla quale è la individuazione dei fatti della realtà sociale¹².

⁹ Per una ricostruzione degli aspetti ora menzionati, nella prospettiva del riconoscimento delle sentenze, v. in particolare la ricostruzione di TROCKER in *La Carta dei diritti fondamentali*, cit. supra, nota 8. V. anche NASI, *Contraddittorio (voce)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, vol. IX, p. 720; FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 161. In particolare si vedano le acute osservazioni di CHIARLONI nel suo *Eccezioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e pluralismo delle garanzie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 569, il quale critica la sanzione della nullità nel caso di mancata instaurazione del contraddittorio su questioni rilevabili d'ufficio.

¹⁰ Sull'argomento, v. il recente lavoro di CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza ed attività creativa del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1 ed ivi altri riferimenti. V. inoltre, ed in particolare, l'eccellente lavoro di G. ALPA *La creatività all'opera. La giurisprudenza e le fonti del diritto*, in AA.VV. (a cura di BESSONE), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 105.

¹¹ Ci riferiamo all'ANZILLOTTI, di cui al recente volume ripubblicato a cura di SALERNO, Padova, 1986.

¹² Si v. TARUFFO, *La riforma del processo civile e poteri del giudice*, in *Questione giustizia*, 1987, p. 762; DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 462; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p.

In sostanza, una riflessione sulla teoria scientifica del processo - con il conseguente ridimensionamento dell'assolutezza di taluni postulati - favorisce - ed in qualche misura impone - una più forte integrazione tra la procedura e la sostanza e, conseguentemente, il merito della controversia e quindi una più netta correlazione ordinamento-società civile in logica dialettica corrispondente proprio, a ben vedere - in senso lato -, alla tradizione prepositivistica¹³. Evoluzione che è oggi marcatamente imposta dall'ordinamento comunitario da un lato attraverso la valorizzazione del principio (generale) e dall'altro in virtù del principio di effettività. Tale riflessione è alla radice, altresì, di quelle valutazioni in virtù delle quali si teorizza il superamento della crisi e del processo attraverso la rivalutazione delle esigenze di giustizia (come è stato affermato costantemente dalla Corte costituzionale in numerose occasioni)¹⁴.

L'evoluzione appena indicata, sulla quale ritorneremo in prosieguo, si pone come base logica di una successiva evoluzione dovuta ancora alla dottrina processualistica. Riscoperto in primo luogo il contraddittorio per effetto dell'introduzione di alcune disposizioni di innegabile impatto, e, quindi, giustificabili alla stregua di postulati rigorosamente positivistici, non si esita a definirlo alla stregua di «valore guida» o di «fondamento» del processo proprio in coerenza con l'approccio dialettico che ha caratterizzato l'evoluzione indicata. Così che, muovendosi dalla mera affermazione del principio dell'audizione dell'interessato (ricostruita particolarmente in Germania), ancora di recente si è sottolineato il senso dinamico del processo e quindi la necessità di un costante (controllo del) contraddittorio tra le parti. Ed ancora, ricordando le teorie recenti in tema di limiti oggettivi del giudicato - e la tendenza ad estendere l'oggetto del processo all'intero rapporto (non escludendo tal-

393; FAZZALARI, *Uno sguardo storico e sistematico*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 19; CARLASSARE, *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 1988. Il superamento del metodo "scientifico" si è operato via via dischiudendo la prospettiva ad un nuovo "momento" processuale che produce l'effetto di relativizzare l'intero sistema del diritto processuale. In breve, il diritto processuale sarebbe pur sempre, secondo la nuova prospettiva - che oggi può dirsi ormai prevalente -, da leggere alla luce della costituzione e dei valori fondamentali. In un suo recente saggio, peraltro, CIPRIANI tende a distinguere tra il Chiovenda delle forme - sicuramente leggibile correttamente - ed il Chiovenda del «processo del giudice» in quanto considerato contrapposto al «processo delle parti» e quindi autore di una ricostruzione non solo panpositivistica ma anche panpubblicista - sicuramente non corretta.

¹³ Sul tema, v. gli stimolanti studi di TARELLO, *Due volti del garantismo: difesa della libertà e conservazione degli assetti economici*, oggi in CASTIGNONE (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 345; GUASTINI, *La garanzia dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione*, in COMANDUCCI - GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1990. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 99.

¹⁴ Un'indicazione sul ruolo della Costituzione, intesa come norma interferente con le regole processualcivili, viene da COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, p. 673; ID., *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, *ibidem*, 1994, p. 1063; ANDOLINA - VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 19; DENTI, *Valori costituzionali*, *cit. supra*, nota 12.

volta i motivi ed includendovi comunque le questioni caratterizzate da pregiudizialità logica) - pare difficile configurare l'operatività del sistema sul riconoscimento delle sentenze straniere come del tutto avulso rispetto al diritto (materiale o meno) del foro. In breve la "sostanzializzazione del processo" (ricostruita in Italia ma particolarmente in Germania) impone che le parti si confrontino costantemente sui fatti di causa: momenti di tale confronto sono la retorica (e cioè la difesa svolta dagli avvocati), il rapporto giudice-parte e la parità sostanziale delle parti medesime.

Pertanto il contraddittorio viene a costituire *a.* momento di controllo endoprocessuale e contemporaneamente *b.* regola di indirizzo che il giudice deve costantemente tenere presente sin dalla ricezione della domanda (che a questo punto è stata rivisitata, grazie ai lavori principalmente di Satta ed Andrioli, proprio in chiave di postulazione del giudizio) fino al momento della pronuncia¹⁵.

La costituzionalizzazione del principio in parola nell'ambito dell'art. 24 della Carta, ma ancora di più il valore assegnato allo stesso dall'art. 101 del codice di procedura «come norma che riferisce il principio del contraddittorio all'intero procedimento e non limitatamente alla costituzione del rapporto processuale»¹⁶ hanno indotto la dottrina a segnalare proprio nel contraddittorio l'elemento distintivo del processo rispetto al mero procedimento¹⁷. In sostanza la pressoché costante dottrina (anche se non senza divergenze quanto alla attuazione pratica del principio) non esita a rilevare che il contraddittorio - ed il suo costante rispetto dal momento della postulazione a quello della conclusione del procedimento - caratterizza quel tipo di procedura in esito alla quale la sentenza può davvero essere considerata manifestazione di attività giurisdizionale ovvero rispetto alla quale può unicamente venire in rilievo la problematica della valutazione dei diritti soggettivi delle parti. Così si è concluso, descrivendo il processo come struttura di tipo matriciale (dove

¹⁵ Si v., in particolare, FAZZALARI, anche in *Per un processo comune europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 665. Tra i valori giuridici del processo, l'A. include il contraddittorio, il diritto alla difesa, il regime delle impugnazioni e l'imparzialità ed indipendenza del giudice. Sul medesimo principio COMOGLIO, *Giurisdizione e processo*, cit. *supra*, nota 14, p. 1063. COMOGLIO ricorda con incisività che «Il poter agire in giudizio garantito a tutti corrisponde proprio ad una pluralità di poteri di iniziative e di facoltà, che vanno ben oltre il compimento del mero atto introduttivo per ottenere la tutela effettiva del diritto o dell'interessato leso» (p. 1074).

¹⁶ NASI, *Contraddittorio (voce)*, cit. *supra*, nota 9. V.; inoltre, COMOGLIO, *Giurisdizione e processo*, loc. cit., p. 1084.

¹⁷ In tal senso FAZZALARI, *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 1; COMOGLIO, *Giurisdizione e processo*, loc. ult. cit. In effetti, nell'ultimo quarantennio va emergendo un orientamento che vede il contraddittorio come garanzia a tutto campo nell'ambito del processo e che non opera più solo nella fase della instaurazione del giudizio ma caratterizza tutto il divenire processuale influenzando ogni fase del giudizio. Così v. anche FERRI, TROCKER, TARUFFO, DENTI, citati in prosieguo. Sul processo inteso in senso progressivo nell'ambito del quale, appunto, le garanzie della difesa operano in modo costante e dinamico v. FAZZALARI, *Procedimento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè; p. 819, e specialmente p. 827.

cioè vengono in rilievo contemporaneamente le forme ed i contenuti), che «il processo è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) anche coloro nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio ed in modo che l'autore dell'atto non possa obliterare la loro attività»¹⁸. In breve, la partecipazione delle parti al giudizio e la possibilità concreta per esse di contraddire diviene centrale anche nel contesto delle scelte del legislatore del '40: fortemente permeate di un ingiustificato ottimismo nel ruolo dei giudici e di un altrettanto ingiustificato pessimismo nel ruolo delle parti e dei loro difensori. E così, oggi, la centralità delle parti rappresenta un momento che connota il processo e l'attività giurisdizionale nel suo complesso.

Il tema si è posto di recente, in particolare per definire quali regole - minime - debbano in concreto essere rispettate ed in che cosa il principio del contraddittorio si sostanzi. Ad esempio il Fazzalari ha indicato alcuni parametri da tenere presenti, rilevando in particolare quali momenti indispensabili *a.* l'introduzione del giudizio con atto notificato alla controparte, *b.* la circostanza che la controparte sia messa totalmente a conoscenza delle ragioni dell'attore (e viceversa), *c.* la partecipazione delle parti in tutte le fasi processuali e, segnatamente in occasione della acquisizione delle prove, *d.* il rispetto della lealtà nei comportamenti e finanche *e.* la motivazione.

È evidente che l'elenco è meramente indicativo, e d'altra parte la violazione di norme attinenti al principio del contraddittorio - per l'efficacia che produce in concreto l'art. 24 della Costituzione - non incide necessariamente sulla validità della sentenza se essa non ha in concreto provocato un pregiudizio alle parti. Tuttavia che dalla violazione del contraddittorio possano derivare - al di là dell'ultrattività assegnata, appunto all'art. 24 - conseguenze dirette sulla validità od efficacia della sentenza, pare di estremo interesse nel senso di indicare l'importanza del principio.

Al riguardo di quanto si è rivelato testé, merita di essere ricordato l'intenso - ed a tratti polemico - dibattito (che ha caratterizzato la materia negli scorsi anni) indotto da quanti, in nome (della tutela) del principio del contraddittorio, sostenevano, anche in Italia, la necessità di una norma che - come è avvenuto in Francia con l'art. 2 del decreto del D.M. 12 maggio 1981 - sanzionasse con la nullità la pronuncia che avesse risolto questioni preliminari o pregiudiziali rilevabili d'ufficio non sottoposte alla valutazione delle parti. Da un lato, infatti, si osservava che, nel caso di questioni rilevabili d'ufficio, la nullità non avrebbe avuto senso se fosse stata dichiarata in appello (dal momento che in tale fase il giudice opera anche in via rescissoria e pertanto la mera pronuncia di nullità non sarebbe di alcun interesse per colui

¹⁸ V. ancora FAZZALARI, *Procedimento*, cit. *supra*, nota 17, p. 827.

che sia stato soccombente senza aver avuto la possibilità di contraddire sul punto), mentre in Cassazione la nullità della pronuncia sarebbe stata inopportuna avuto riguardo alla circostanza che, trattandosi di materia afferente al comune sapere, ove non fossero state rilevate tali questioni, le parti sarebbero venute meno al dovere di collaborazione. Viceversa, si osservava che il tema della sentenza giusta non può mai essere messo in relazione con le garanzie processuali, e segnatamente con il principio del contraddittorio, dovendosi ritenere che qualsiasi decisione in contrasto con l'art. 24 della Costituzione non debba produrre tutti i suoi effetti potenziali e sia da considerare errata (oltretutto, ovviamente, nulla)¹⁹. Il dibattito in parola conferma, come vedremo meglio in prosieguo, sia che il contraddittorio ha assunto il profilo di un valore fondamentale difficilmente rinunciabile sia che, in ogni caso, il processo di "sostanzializzazione" del diritto processuale - ed in genere di sostanzializzazione del diritto *tout court* (si consideri al riguardo l'esperienza maturata anche nel caso del diritto internazionale privato) - è assolutamente inarrestabile.

Quanto sopra (e cioè la centralità del valore rappresentato dal contraddittorio) è confermato anche dall'approccio che particolarmente i giudici di merito spesso manifestano nei loro atteggiamenti nonché dall'evoluzione che in Italia va ormai compendosi anche nel campo della giurisdizione volontaria ed in genere in quei settori dove viene in rilievo una funzione tipicamente amministrativa affidata alla magistratura. Anche in tali casi, infatti, a ben vedere, gli spazi per l'operatività verticale e diretta dell'istituto del contraddittorio paiono sempre più ampi²⁰. Si consideri, ad esempio, la procedura fallimentare, sempre più caratterizzata in termini di vero e proprio processo di fallimento allo scopo di sottolineare la necessità che in ogni sua fase - e quindi anche nelle fasi più tipicamente amministrative (come allorché si tratta di integrare gli atti del Curatore allo scopo di stipulare delle transazioni) - il giudice delegato informi previamente e senta il fallito²¹. Del pari si consideri l'evoluzione che si è riscontrata in Italia nel settore del diritto dei minori: al riguardo è da ricordare, ad esempio, una interessante pronuncia - sintesi felice di interessi - con la quale il giudice istruttore in una causa di divorzio in cui veniva in rilievo il tema dell'affidamento ha ritenuto di nomi-

¹⁹ V. in particolare CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza*, cit. supra, nota 10, p. 1; DENTI, *La difesa come diritto e come garanzia*, in *Foro it.*, 1977, V, c. 55; CAPPELLETTI, *Spunti in tema di contraddittorio*, in *Studi in memoria di Satta*, I, Padova, Cedam, 1982, p. 211.

²⁰ NASI, *Contraddittorio*, cit. supra, nota 9, *passim*. Non vi è dubbio che spesso, in Italia, si tenda ad estendere l'applicazione delle garanzie fondamentali della difesa anche a procedimenti che in senso proprio non sono qualificabili alla stregua di un processo. L'esperienza maturata davanti all'Autorità Garante, caratterizzata dall'applicazione di molte garanzie difensive, è sicuramente da mettere in relazione con l'evoluzione che si riscontra anche nel diritto comunitario e dall'atteggiamento assai rigido della Corte di giustizia.

²¹ Per tutti v. PICARDI, *La dichiarazione di fallimento. Dal procedimento al processo*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 154.

nare un curatore speciale al minore allo scopo di consentire a quest'ultimo di fare valere i propri diritti (ancorché non coincidenti con quelli dei genitori). E ciò, si noti, anche in assenza di una disposizione espressa che imponeva siffatta misura.

L'evoluzione indicata si riscontra in termini sempre più importanti anche al di là del campo giurisdizionale in senso stretto, restando in qualche misura coinvolta anche l'organizzazione della pubblica amministrazione. Si consideri, ad esempio, il sistema delle garanzie - davvero ispirato al rispetto del principio del contraddittorio - specificamente poste nel procedimento davanti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, da un lato ai sensi dell'art. 7, dpr 10 settembre 1991, n. 461 (ed ora ai sensi del dpr 30 aprile 1998, n. 217), consente la partecipazione al procedimento, non solo del diretto interessato, ma anche di eventuali terzi cui possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale e, dall'altro anche nei procedimenti in tema di pubblicità ingannevole deve essere rispettato il principio del contraddittorio²². Tanto che, proprio con riguardo al procedimento del tipo indicato, se ne sono rilevate le caratteristiche peculiari proprie del processo configurandosi, così, una situazione di processo svolto davanti ad organi non aventi natura giurisdizionale²³.

Ed ancora, un segnale della sempre maggiore rilevanza del principio in parola nel processo civile, nel senso di connotarlo in modo preciso, è dato dalla novella apportata alla disciplina codicistica con la riforma del 1990 sul processo cautelare. Non vi è dubbio, infatti, che, come si è rilevato in precedenza, la nuova disciplina italiana ha avuto l'indubbio pregio di rendere la struttura delle misure cautelari pienamente coerente con la disciplina di cui alle Convenzioni di Bruxelles e di Lugano con la conseguenza che anche provvedimenti cautelari - se resi in contraddittorio - potranno essere riconosciuti negli altri Stati membri²⁴.

²² D'altra parte, non deve dimenticarsi l'orientamento della Corte di estendere l'ambito della nozione di "giudice" in funzione dell'applicazione dell'art. 177 del Trattato (ora art. 234 CE). Se correttamente, infatti, si è ritenuto che il Procuratore della Repubblica non è Autorità Giudiziaria, e quindi non è soggetto legittimato ad effettuare il rinvio alla Corte (Corte di giustizia, sentenza del 12 dicembre 1996 in causa n. C-74/95 e n. C-129/95, in *Raccolta*, 1996, I, p. 6609 e massimata in questa *Rivista*, 1997, p. 128 con nota di F. CAPELLI, *La sentenza della Corte di giustizia Ce sui terminali e la responsabilità dei datori di lavoro*, p. 129), la Corte sta cogliendo molte occasioni per estendere l'ambito del proprio intervento, contemporaneamente e correlativamente estendendo la nozione di giudice. In tal senso v., con riguardo al ruolo del Consiglio di Stato in occasione del ricorso straordinario al Capo dello Stato, Corte di giustizia, sentenza del 16 ottobre 1997 in cause riunite n. C-69/96 e n. C-79/96 e, con riguardo al ruolo dell'Autorità Federale di sorveglianza degli appalti, Corte di giustizia, 17 settembre 1997 in causa n. C-54/96, entrambe in *Giust. it.*, 1998, 2, c. 344 e annotate in questa *Rivista*, 1998, rispettivamente, p. 193 e p. 185.

²³ V. *supra*, in particolare, gli scritti di FAZZALARI, NASI, FERRI e DENTI.

²⁴ V. i più volte ricordati casi *Couchet Frères*, *Denlauler* e gli scritti di CONSOLO. Sull'evoluzione del processo italiano in direzione di un accresciuto ruolo dei principi di fondo in materia di salvaguardia dei diritti della difesa, si rinvia a VERDE, *Appunti sul processo cautelare*, in *Foro it.*, 1992, V, c. 438; SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, in TARZIA (a cura di), *Il nuovo*

2. Il ruolo delle garanzie costituzionali in funzione dell'integrazione del diritto processuale allo scopo di assicurare soluzioni ispirate al principio di effettività

La dottrina più recente, particolarmente processualciviltistica, ha quindi sintetizzato una valutazione delle garanzie processuali contenute nella Costituzione italiana in chiave di "effettività" e dei contenuti "forti". Si propone in breve una lettura d'insieme di tali garanzie considerate *a.* in senso dinamico, prevalentemente ispirato al principio di effettività, e *b.* in virtù della loro permanente integrazione con il diritto vigente di cui ai codici ed alle leggi speciali²⁵. Così da enucleare dalla Costituzione una serie di garanzie alle quali sarebbe attribuito un significato inevitabilmente di netta discontinuità con la tradizione che pure ha ispirato la codicistica italiana²⁶. Come si è già ricordato, valorizzando la effettività di tali garanzie in chiave di eterointegrazione della disciplina processuale applicabile, si nega in sostanza ciò che nella tradizione si è sempre teso ad affermare nel solco di una lettura in chiave rigorosamente positivista: e cioè si contesta con successo che le norme fondamentali che disciplinano il processo, contenute nella Carta costituzionale, rappresentino solo una premessa metodologica alla vigente legislazione (che sarebbe come tale idonea a svolgere un ruolo solo sul piano della mera ermeneutica, ma del tutto inadeguata, viceversa, se non attuata in virtù di scelte normative successive). In breve, non si esita ad osservare che le norme della Costituzione - e segnatamente gli artt. 24, 25 e 113 -, allorché prevedono, regolano e delimitano le garanzie costituzionali in materia processuale, costituendo ad ogni effetto disposizioni cogenti, influenzano e condizionano

processo cautelare, Padova, Cedam, 1993, p. 248; CONSOLO (LUISO, SASSANI), *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 574; COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 577; FRUS, *Riflessioni sul petitum cautelare, tra rispetto del principio di corrispondenza tra il cliente e il pronunciato e potere discrezionale del giudice*, in *Giur. it.*, 1998, c. 197.

²⁵ Ci riferiamo a COMOGLIO, *I modelli di garanzia*, cit. *supra*, nota 14. Anche se, per vero, tutta una serie di elementi inducono a ritenere che si assista ad una certa attenuazione quantomeno di alcune conseguenze dai più rigidi postulati positivisti. Nel campo del diritto internazionale privato (e segnatamente del diritto processuale civile internazionale), ad esempio, la piena accettazione dell'idea secondo la quale le regole sulla *jurisdiction* e sul riconoscimento delle sentenze straniere rientrano a pieno titolo nel campo dei conflitti di leggi - idea sviluppata ormai da molti anni, ma solo di recente consolidata in modo pieno e definitivo - costituisce la prova di come la stessa materia del processo sia strumentalizzata in funzione della realizzazione della situazione sostanziale. Sul punto, comunque, già in occasione del nostro *Conformità dei valori e rilevanza del diritto pubblico straniero*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 85, avevano espresso vari dubbi sulla proponibilità delle tradizionali tecniche internazionalprivatistiche a spiegare gli esiti oggi comunemente accettati da tutti gli ordinamenti in tema di conflitti di leggi. Parallelamente, i valori alla base della Costituzione italiana e degli strumenti internazionali più diffusi indubbiamente influenzano anche il modo di essere del diritto processuale.

²⁶ Sul tema v., per tutti, i tradizionali orientamenti ispirati da CHIOVENDA nei suoi *Principi di diritto processuale civile*, 3° ed., Napoli, Jovene, 1923, p. 291 ss., e da ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, Jovene, 1954, *passim*.

l'operatività della disciplina quale risultante dai codici di rito, non solo perché essa, da un lato, sia coerente con i presupposti culturali dell'assetto costituzionale italiano ma anche perché, dall'altro, sia comunque assicurata l'attuazione in chiave di effettività delle situazioni sostanziali oggetto del processo.

Una ricostruzione di tali garanzie - a prescindere, per ora, dai loro contenuti (sui quali ci si riserva di ritornare sinteticamente allorché la medesima tematica sarà affrontata dal punto di vista del diritto internazionale) - può svilupparsi enucleando almeno quattro momenti centrali (e costituzionalmente rilevanti) del processo.

Anzitutto la tematica dell'azione (in parallelo e coincidente con il diritto alla difesa) - tradizionalmente collocata solo nel contesto della sintesi complessiva del processo, ovvero addirittura quale momento fondante delle stesse, ma del tutto avulsa dall'effettività del suo divenire in concreto - è stata rivalutata in una chiave dinamica e progressiva: tanto che il principio del contraddittorio, come si è ampiamente ricordato, è stato letto ed inteso come garanzia costituzionale "forte", da attuare permanentemente, ed ad opera del giudice adito, nell'intero divenire della vicenda processuale.

In secondo luogo è indubitabile che acquista un preciso rilievo (del tutto nuovo rispetto alla tradizione), in funzione della integrazione della disciplina applicabile, la garanzia costituzionale della indipendenza del giudice: tanto più delicato tale aspetto anche nella prospettiva internazionalprivatistica dell'automatico riconoscimento, introdotto con la l. n. 218/1995, delle pronunce provenienti da ordinamenti sensibilmente diversi (quanto a tradizioni giuridiche ed a valori) dagli ordinamenti di cui sono titolari gli Stati membri della Comunità²⁷.

In terzo luogo, se pare sicuramente assai tenue l'atteggiamento del nostro legislatore costituzionale con riguardo al tema dell'impugnazione (garantendo, come è noto, la nostra Carta solo il ricorso di legittimità ex art. 111), l'apporto della Corte si è viceversa rivelato assai incisivo ed in ultima analisi indicativo di una esigenza che probabilmente non può trovare, come tale, una sintesi in virtù del solo diritto processuale²⁸.

In quarto luogo, anche l'obbligo della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali è stato fatto oggetto di un'ampia riflessione a fronte di un

²⁷ Sull'indipendenza della magistratura come "valore" anche costituzionale che, quantomeno, produce un effetto sotto il profilo della valutazione della sentenza straniera, cfr. *infra* le note che seguono.

²⁸ Ci riferiamo, ad esempio, a quegli orientamenti ormai consolidati nel nostro ordinamento in virtù dei quali - addirittura - la disciplina dell'impugnazione non è esclusivamente retta dalle norme contenute nei codici di rito, essendo tali norme integrate in virtù dei c.d. principi generali (da ritenersi pure di diritto processuale); sul tema ci limitiamo a ricordare il noto caso *Polo Castro* (Cass. S.U. 23 novembre 1988, in *Cass. pen.* 1989, p. 1418).

orientamento inizialmente assai riluttante ad ammetterlo in termini incondizionati; tale obbligo, se visto in stretta relazione con il potere di controllo del giudice successivamente adito, pare difficilmente possa essere contestato (anche grazie alle convincenti osservazioni di una recente dottrina)²⁹.

a. Sotto il profilo del diritto di difesa, non può negarsi che l'apporto costituzionale ai contenuti del diritto di azione e, correlativamente, al sistema delle garanzie difensive, si sia rivelato particolarmente incisivo. E così, sempre nella prospettiva di un influsso delle norme superiori "forte" e "qualificato" (e "qualificante"), il diritto di azione, lungi dall'essere riferito solo ad una precisa fase (e cioè a quella genetica) della vicenda processuale, è letto in chiave espansiva e quindi con riguardo alla intera dinamica del processo, così qualificandolo e attribuendovi una valenza costituzionale. Tantoché non si è esitato a riferire tale diritto a tutte le attività che la parte è chiamata a porre in essere per conseguire un esito - quale esso sia - processuale, così da configurarsi non più come mero (ed in qualche misura vuoto) diritto al processo, ma - in termini sicuramente più pregnanti - come diritto ad ottenere una risposta giudiziale attraverso una pronuncia. L'azione viene, così, riferita alla complessità della iniziativa della parte, ed il relativo diritto, quindi, - non comprimibile per alcun motivo né direttamente né indirettamente - invocabile in ogni fase e momento del divenire processuale.

Riportare la tematica dell'azione alla complessità della dinamica processuale - addirittura configurandola come variabile della situazione di sostanza che si tratta di attuare con il processo - significa accettare conseguenze assai importanti, particolarmente sotto il profilo del (correlato) diritto alla difesa. Che viene a costituire il parametro cardine del processo e che si realizza valorizzando *a.* una componente in senso stretto, che potremmo definire "diretta", costituita dal riferimento ad alcune "regole minime" nonché alla

²⁹ Sul tema rinviamo alle osservazioni di COMOGLIO, *Giurisdizione e processo*, cit. *supra*, nota 14, p. 1064. L'A., in sostanza, valorizza la nozione di difesa quale enunciata all'art. 24 Cost. che non solo serve a sintetizzare un insieme di attività e poteri in cui si traduce il patrocinio tecnico in un quadro di effettività, ma segnala come il contraddittorio, quale immanente garanzia, permei di sé l'intero processo ben al di là della funzione - strettamente riconducibile all'art. 101 c.p.c. - di scansione procedimentale tipica dell'attività dei soggetti del rapporto trilatero costituente il processo. Sul tema si v. DENTI, *La giustizia civile, Lezioni introduttive*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 113 ss.; TROCKER, *Processo civile e Costituzione, Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 367.

È evidente che non hanno risentito ancora di tale influenza le ricordate decisioni italiane in tema di delibazione che, spesso in nome di un malinteso spirito internazionalistico, hanno manifestato dubbi al riguardo della configurabilità di un c.d. *ordine pubblico procedurale*; v. ad esempio Cass. Civ. 13 aprile 1981, n. 2187 (in *Giur. it.* 1981, I, c. 1452) ma non anche la fondamentale decisione di Cass. Civ. del 23 febbraio 1977, n. 798 (in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 952): la prima di tali pronunce, come si ricorderà, non esita a pronunciare la delibazione di un provvedimento svizzero conclusivo di un procedimento dove il contraddittorio era stato regolarmente instaurato (essendo stato regolarmente notificato l'atto introduttivo del giudizio ed essendo stato assegnato un congruo termine a comparire), ma sicuramente non era stato rispettato nel corso di tutto il giudizio; la seconda viceversa ha chiaramente sindacato la pronuncia straniera proprio al riguardo del modo di essere del processo straniero.

c.d. "difesa tecnica" e *b.* una componente più generale, che fa riferimento, in senso proprio, alle garanzie processuali ed organizzative (necessarie perché si dia luogo ad un processo "equo e giusto" e) riassumibili nel contraddittorio.

Sotto il primo profilo è evidente che precludere - o limitare - la difesa tecnica significa, non solo pregiudicare in modo sensibile i diritti del convenuto (e nel caso del processo penale, dell'imputato) ma anche non accertare in concreto la situazione di sostanza. Strettamente legata alla prospettiva ora indicata è la indispensabile previsione di forme di tutela dei non abbienti perché possano contraddire in modo efficace³⁰.

Ma ciò che più interessa è il secondo profilo che si menzionava e cioè il rilievo che ha assunto il contraddittorio nell'ambito degli ordinamenti costituzionali indicati. Come si è già anticipato, è vero che l'art. 101, c.p.c. - pure costituendo norma di valore costituzionale - si preoccupa di garantire il contraddittorio con riguardo alla sola fase di instaurazione del giudizio (così che la garanzia sarebbe attuata - e "consumata" - solo che il convenuto sia stato regolarmente citato, che gli sia stato assegnato un congruo termine a comparire e sia comparso ovvero, in caso di assenza, sia stato dichiarato contumace); ed è altrettanto vero che il contraddittorio, inteso quale diritto del convenuto (o dell'imputato) di essere posto nella effettiva condizione in ogni momento del processo di influire con i mezzi riconosciuti dal diritto processuale sulla formazione del convincimento del giudice, è stato valorizzato tradizionalmente nella sola prospettiva del processo penale: dove, particolarmente nella logica del vecchio codice di procedura, si trattava di tutelare la parte tecnicamente più debole (e cioè l'imputato rispetto al pubblico ministero).

Tuttavia, una rivalutazione dell'art. 24 della Costituzione nei termini ricordati, anche alla luce dei principi di cui alla Convenzione europea sulla protezione dei diritti dell'uomo (su cui torneremo tra breve), induce a ritenere che il principio in parola debba essere configurato come una costante immanente all'intero processo e che quindi le relative disposizioni processuali debbano costituire parametro a tutti gli effetti rispetto al quale commisurare la legittimità degli atti processuali.

Nessun dubbio, allora, che la lettura dell'art. 24 Cost., effettuata da parte della Corte in chiave di effettività nei termini sinteticamente indicati dalla dottrina, sia all'origine dell'opinione, oggi molto accreditata dell'ordinamen-

³⁰ Sul tema v. il lavoro di SALERNO, *Principio del contraddittorio e riconoscimento di sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 1979, p. 66. Peraltro, come si osservava, la giurisprudenza italiana di legittimità è parsa assai restia ad ammettere - sotto il profilo del riconoscimento delle sentenze straniere - un'espansione massima - nella chiave costituzionale menzionata - al principio del contraddittorio. Tale prospettiva è ad esempio desumibile in Cass. Civ. 12 gennaio 1992 n. 606, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1308, dove non si è esitato ad affermare che «l'impossibilità di difesa, rilevante agli effetti del rifiuto della delibazione, è unicamente quella relativa alla virtuale instaurazione del contraddittorio nel giudizio innanzi all'Autorità che ha adottato la decisione delibanda e non anche quella attinente a situazioni processuali diverse ...».

to giuridico, che rinviene una non esaustività delle norme processuali codicistiche. Il contraddittorio, così, nella logica costituzionale, e nella prospettiva indicata, si connota assai più come espressione del principio di uguaglianza (nel senso di consentire alle parti una equivalente possibilità di incidere sulla formazione della decisione) che come strumento tecnico che promuove (e caratterizza) l'andamento del processo³¹. In detta prospettiva, allora, costituiscono espressione del contraddittorio non solo le tecniche tradizionalmente previste in funzione della regolare instaurazione del giudizio, ma anche quelle che postulano un costante controllo (e lettura) funzionale delle modalità di assunzione della prova nel prosieguo del giudizio, il divieto di posticipare per intero il contraddittorio ad una fase successiva ecc.³². Nessun stupore allora se, anticipando quanto osserveremo in prosieguo, proprio la consapevolezza della valenza processuale di molti istituti costituzionali ha indotto il legislatore del '95 ad estendere sensibilmente l'ambito del potere di controllo del giudice del foro sulla sentenza straniera (ad esempio perché venga valutato in concreto il rispetto dei diritti essenziali della difesa ad opera del giudice straniero).

E così, ancora, alla stregua delle considerazioni che precedono, deve essere spiegato l'intervento operato dal legislatore con la novella del '90; la quale, risolvendo uno dei problemi più delicati del sistema italiano, impone il rispetto - ed attua la garanzia - del contraddittorio anche nel processo cautelare, prevedendo una sorta di controllo ulteriore ad opera di un giudice collegiale (seppure non di seconda istanza ma che si struttura alla stregua di una vera e propria impugnazione)³³.

In sostanza, con la Costituzione - ma ancor di più, ed in modo decisamente nuovo e più incisivo, con la progressiva accresciuta rilevanza, anche grazie alla comunitarizzazione dei relativi principi, della Convenzione europea, - il principio del contraddittorio assume un ruolo autonomo in quanto

³¹ FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi Urbinati, Anno XLIX*, 1980/1981, Rimini, Maggioli, 1984, p. 27; TARZIA, *Parità delle armi e poteri del giudice nel processo civile*, in *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, Cedam, 1989, p. 311; COMOGLIO, *Voce Contraddittorio (principio del)* in *Enc. Giur. Treccani*; RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, Giappichelli, 1995.

³² L'affermazione contenuta nel testo pare una logica conclusione delle impostazioni costituzionaliste e legittimiste di cui alle analisi riportate. Essa - se corretta - dischiude ampie prospettive. Sulla tematica del controllo differito del contraddittorio e dei relativi limiti si v. CONSOLO, *La tutela sommaria e la Convenzione di Bruxelles: la circolazione comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 593; TARZIA, *Prospettive di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata nella Comunità Economica Europea*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, II, Milano, Giuffrè, 1994, p. 1519. Più in generale, sul principio di non contestazione e sui suoi limiti, v. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1995.

³³ Sulla riforma del processo cautelare v. le osservazioni di cui alla più recente dottrina processualciviltistica ricordata da CONSOLO, *La tutela sommaria e la Convenzione di Bruxelles*, loc. cit., p. 596.

tale, in virtù dei contenuti ad esso riconducibili. L'importanza dei valori di civiltà ad esso sottesi induce, in breve, ad escludere che il contraddittorio possa essere inteso come mera regola "tecnica", da un lato come risultato di una scelta legislativa che consente la realizzazione del processo nella dialettica tra i contendenti in vista di un risultato superiore e, dall'altro, come *naturalia processus* nell'ambito della c.d. bilateralità dell'azione che trova una sua sintesi nel giudizio³⁴.

b. Come si osservava, strettamente funzionale alla realizzazione della garanzia della difesa è il c.d. diritto alla prova, che pure ha trovato nella Costituzione una qualificata ricostruzione, ma che, come si vedrà, è stato valorizzato in modo decisivo ad opera del diritto internazionale e comunitario³⁵. Se, infatti, nella prospettiva del diritto costituzionale, il diritto alla prova è un portato naturale del diritto alla difesa, non vi è dubbio che, come vedremo fra breve, il diritto comunitario ne ha ampliato gli spazi di operatività ponendo in essere uno stretto raccordo tra profili processuali e profili sostanziali così ad esempio da precludere agli Stati membri di adottare sistemi probatori tali da rendere eccessivamente difficile od impossibile l'esercizio dei diritti riconosciuti e tutelati dal diritto comunitario ovvero che si appalesino discriminatori³⁶. Del pari il diritto alla prova ha trovato un utile terreno di studio, sia in virtù della Convenzione europea, sia grazie agli studi compiuti negli Stati Uniti, allo scopo di disegnare i tratti caratteristici e sistematici del *due process* (ancora una volta in chiave di effettività delle garanzie fondamentali)³⁷.

c. Evidente portato di una nuova concezione garantista promossa dalla Costituzione è il rilievo assegnato alla caratteristica (e garanzia) costituita dalla indipendenza del giudice. Più specificamente, come è noto, precostituzione dei giudici e loro indipendenza rappresentano in qualche modo l'accessorio organizzativo indefettibile del principio di legalità: nel cui spirito è da considerare anche il divieto di modifica retroattiva dei criteri di distribuzione della competenza.

Nella tradizione del nostro ordinamento la garanzia della indipendenza e della soggezione solo alla legge della magistratura giudicante si esprime,

³⁴ Come si vedrà, infatti, la Convenzione europea ha inciso in modo estremamente significativo sul ruolo da assegnare al predetto principio.

³⁵ Inoltre lo stesso diritto comunitario "tradizionale", che viene in rilievo cioè attraverso precise regole rivolte a garantire l'esercizio delle libertà economiche, impone precise limitazioni sotto il profilo del contenuto del diritto alla prova.

³⁶ Sul tema v. TIZZANO, *La tutela nei confronti degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 13.

³⁷ Sul tema v. MATSCHER, *La tutela giurisdizionale dei diritti dell'uomo a livello nazionale e internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 661; RUIZ-JARABO, *Técnica jurídica de protecciones de los derechos humanos en la Comunidad europea*, in *Rev. de Instit. Eur.*, 1990, p. 161; LENAERTS, *Fundamental rights to be included in a Communities Catalogue*, in *EL Rev.*, 1991, p. 367; TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 420.

come è noto, in una doppia prospettiva: *a.* da un lato ci si riferisce all'indipendenza interna allorché si descrive la libertà del singolo giudice rispetto ai suoi superiori (e quindi, ad esempio, l'inaMOVibilità, la distinzione solo sulla base delle funzioni svolte e la regolamentazione rigida delle cause di astensione e ricusazione); *b.* dall'altro si allude all'indipendenza esterna allorché ci si riferisce alle garanzie costituzionali classiche dell'operare del giudice (e quindi i contenuti della responsabilità disciplinare - ed il relativo ruolo svolto dal Consiglio Superiore - e le modalità di reclutamento dei magistrati).

d. Come per quanto attiene al diritto alla difesa la Costituzione non prevede in via generalizzata il doppio grado di giudizio, prescrivendo solo l'art. 111 il controllo di legittimità ad opera della Suprema Corte, la portata in chiave espansiva delle garanzie della difesa, e quindi dell'art. 24, particolarmente allorché si tratti della materia penale, nei termini sopra descritti (e quindi nel quadro di una loro decisa progressiva autonomizzazione), induce a considerare inevitabile la prospettiva di un controllo pieno ad opera di un giudice di appello della decisione di primo grado. Soluzione che pare confermata dall'orientamento via via emerso della Corte costituzionale e dello stesso legislatore: dapprima, infatti, la Corte non ha esitato a considerare illegittima la previsione legislativa che sanziona l'inappellabilità delle decisioni del Giudice Conciliatore, quindi il legislatore ha modificato la disciplina del procedimento cautelare nei termini in precedenza ricordati (proprio allo scopo di consentire una forma di controllo della decisione)³⁸.

e. Da ultimo l'esigenza di una motivazione adeguata pare corrispondere in termini sempre più diffusi ad un chiaro indirizzo che si impone sia ai giudici che alle autorità amministrative indipendenti³⁹. La motivazione, anzitutto, sovviene a quella esigenza, assai avvertita, di responsabilizzazione del giudice affinché egli possa svolgere il suo ruolo (che presenta, come è noto, delicati contenuti anche di ordine politico) in modo coerente con la struttura dello Stato democratico; inoltre, nella prospettiva del principio di

³⁸ Sul punto - e per i riferimenti del caso - rinviamo ancora ai ricordati lavori di COMOGLIO.

³⁹ La motivazione non pare essere, nel nostro ordinamento, imposta in modo generalizzato. Tuttavia a ben vedere sulle diverse garanzie v. CRISAFULLI - PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, p. 79; COMOGLIO - SCAPARONE - NOBILI - BRICOLA, *Rapporti civili*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Zanichelli, Roma-Foro italiano, 1981. Sull'art. 111, DENTI, *La giustizia civile*, cit. supra, nota 29, p. 115 ss. Da notare, peraltro, che nella tradizione europea la motivazione era considerata in genere quale connotato essenziale della pronuncia, tanto che, addirittura, in genere l'efficacia della cosa giudicata, e quindi l'autorità pubblicistica in genere riconducibile alla sentenza, era da riferire anche al contenuto della parte motiva. Sul tema v. MASSETTO, *Sentenza (dir. intermedio)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XLI, p. 1220; STEIN, *Judgement in the European legal tradition*, in *La sentenza in Europa, Metodo, tecnica e stile (Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà, Ferrara, 10-12 ottobre 1985)*, Padova, Cedam, 1988; GORLA, *Sulla via dei motivi delle sentenze: lacune e trappole*, in PICARDI - GIULIANI (a cura di), *L'ordinamento giudiziario, I, Documentazione storica*, Rimini, Maggioli, 1985, p. 1985; ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal Medioevo all'età moderna*, Bologna, Il Mulino, 1989.

legalità - che ancora di recente è stato riaffermato dalla Corte costituzionale⁴⁰ oltretutto, come si vedrà, dalla Corte di giustizia⁴¹ -, l'obbligo di motivazione pare comunque centrale nell'ambito degli ordinamenti processuali degli Stati moderni in funzione della garanzia del sindacato di legittimità, riconosciuto alla Suprema Corte ex art. 111 Cost., di tutti i provvedimenti decisori nonché caratterizzati da definitività. Tale obbligo, in sostanza, si configura come necessario contrappeso costituzionale al ruolo svolto dal giudice allorché è chiamato a svolgere la sua funzione integrativa del diritto applicato nella prospettiva della norma concreta⁴².

D'altra parte, le considerazioni di cui sopra trovano una conferma se si ha riguardo ai più recenti orientamenti processualciviltistici, i quali testimoniano un sempre maggiore interesse - e quindi una progressiva valenza - dei motivi anche nella prospettiva della cosa giudicata. Tanto che, come si è visto in precedenza, la dottrina oggi prevalente ed alcuni significativi precedenti giurisprudenziali sostanzialmente configurano l'estensione dell'ambito del giudicato oggettivo all'intero rapporto dedotto in giudizio (ed anche questo è probabilmente il segno di una evoluzione nel modo di concepire il rapporto tra il diritto e la sentenza)⁴³.

3. L'incidenza del diritto internazionale (particolarmente attraverso la Convenzione europea sulla protezione dei diritti dell'uomo)

Come si accennava, anche il diritto internazionale ed il diritto comunitario incidono in modo e termini decisivi sulle situazioni processuali che vengono in rilievo all'interno degli ordinamenti nazionali. In estrema sintesi la Convenzione europea sulla protezione dei diritti dell'uomo del 4 novembre 1950 impone, anzitutto, all'art. 6, che il giudice sia imparziale, indipendente e precostituito per legge (essendo così indipendente dall'esecutivo); la norma,

⁴⁰ Ci riferiamo, ad esempio, alla sentenza della Corte costituzionale del 18 luglio 1996, n. 312, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2957.

⁴¹ Corte di giustizia, 12 dicembre 1996 in causa n. C-74/95 e n. C-129/95, *cit. supra*, nota 22, riportata anche nel nostro *Ambiente di lavoro e protezione comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 473.

⁴² Ed, infatti, è ormai comune alle tradizioni di tutti gli Stati membri che, particolarmente in presenza di norme vaghe, vi sia quantomeno chiarezza sui principi, la cui rigorosa osservanza consente di valorizzare il ruolo integratore del giudice.

⁴³ V. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 74 ss.; CONSOLO, *Il ruolo del giudicato formale quale condizione per il riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 1074; ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 475; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 386; PUGLIESE, *Giudicato civile*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XVIII, p. 785. È noto che, secondo i più recenti orientamenti, il giudicato copre non solo la lite dedotta in giudizio, ma anche l'intero rapporto giuridico dal quale esso origina e che con la stessa si pone in rapporto di pregiudizialità logica. Sul tema rinviamo anche al nostro commento agli artt. 64 ss. della n. l. 218/1995 in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, n. 5-6, p. 1461 ss.

inoltre, attribuisce alle parti il diritto di contraddire in modo pieno (potendo tra l'altro richiedere l'esperimento di ogni meno di prova) e di ottenere un provvedimento entro un termine ragionevole dovendosi detto termine valutare alla stregua del loro comportamento processuale e della difficoltà delle tematiche che caratterizzano il processo.

Anzitutto, per quanto attiene all'esercizio del diritto di difesa, la Corte Europea ha costantemente segnalato che la relativa garanzia debba essere concreta ed effettiva. I suoi contenuti sono stati in più occasioni precisati essendosi operata una distinzione, esattamente al pari di quanto si è verificato nell'esperienza italiana, tra il diritto ad una difesa tecnico-professionale ed il contraddittorio in senso proprio quale misura organizzativa del processo⁴⁴. In particolare, è stata costantemente riaffermata la centralità del principio di uguaglianza che deve informare il diritto processuale, prevedendosi, fra l'altro, forme di sovvenzione per i non abbienti⁴⁵.

In breve, per quanto attiene al diritto di difesa, non pare dubbio che i Paesi contraenti della Convenzione si siano impegnati a che gli ordinamenti di cui sono titolari non contengano disposizioni che precludono o limitano l'accesso alla giustizia, la difesa tecnica ed il rispetto effettivo e pieno del principio di uguaglianza delle parti: ove ciò accadesse, al contrario, da un lato si configurerebbe un inadempimento agli obblighi assunti e dall'altro, almeno in qualche misura, l'art. 6 della Convenzione, essendo disposizione produttiva di effetti diretti, sarebbe tale da incidere derogando e/o integrando i diritti nazionali.

Ed ancora - con disposizione sicuramente più precisa della parallela previsione costituzionale italiana - la Convenzione prevede il diritto alla impugnazione dei provvedimenti giurisdizionali; anzi, come è noto, la stessa Corte Suprema italiana a sezioni unite⁴⁶ ha ricordato che tale norma è produttiva di effetti diretti, ponendo in essere uno dei più emblematici (del ruolo svolto dai principi generali con riguardo al processo) interventi integrativi della disciplina al riguardo applicabile ed ammettendo, così, in concreto, la possibilità della impugnazione di un provvedimento che il diritto interno - *rectius*: le norme del codice di procedura penale - pure considerava (e considera) inappellabile. Si tratta, come si osservava, di uno degli esempi più felici della funzione integrativa del diritto processuale ad opera della Convenzione: e, si noti, senza la "mediazione" del diritto comunitario. Sotto questo profilo, l'art.

⁴⁴ V. i lavori di COMOGLIO, ANDOLINA - VIGNERA, MATSCHER, CARLASSARE citati in precedenza.

⁴⁵ GREMENTIERI, *Le garanzie internazionali del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 576; VOLK, *La Convention Européenne des droits de l'homme et les garanties fondamentales des Parties dans le Procès Civil*, in *Fundamental Guaranties of the Parties in Civil Litigation*, Milano-New York, 1973, p. 245 ss.; sul diritto di adire un giudice particolarmente per i non abbienti, v. Corte europea, sentenze 22 marzo 1972 e 14 luglio 1972, in *Foro it.*, 1974, III, c. 113; sentenza 9 ottobre 1980, *ivi*, 1980, IV, c. 1; sentenza 13 maggio 1980, *ivi*, 1980, IV, c. 141.

⁴⁶ V. il caso *Polo Castro*, *cit. supra*, nota 28.

6 della Convenzione europea diviene una norma cardine del sistema di garanzia, dal momento che i principi menzionati sono alla base ed esprimono un valore di civiltà assolutamente non derogabile.

Assai frequente, da ultimo, è il ricorso della Corte europea alle nozioni di indipendenza (e di subordinazione alla legge) del giudice. Al riguardo, la Corte ha in più occasioni precisato che il processo non può essere equo e giusto ove non sia effettivamente assicurata la garanzia della costituzione idonea dell'organo giudicante, segnalando come indipendenza e imparzialità siano principi assolutamente irrinunciabili⁴⁷. Il tema pare di estrema attualità particolarmente se si ha riguardo anche al dibattito in corso in molti Paesi intorno al ruolo del Pubblico Ministero nel processo civile e penale ed al suo rapporto con il giudice^{48 49}. Una ripresa, in tale direzione, del principio di

⁴⁷ Il tema indicato pare, come si osservava, tra i più delicati, particolarmente nella prospettiva del riconoscimento della sentenza straniera. Se, infatti, sembra difficile dubitare della complessiva coerenza del sistema italiano con il principio indicato, il problema è assai più importante quando si tratti di riconoscere sentenze straniere pronunciate da giudici che operano nell'ambito di ordinamenti profondamente diversi dal nostro: si veda, in merito, la sentenza della Corte europea del 22 ottobre 1984, in *Riv. dir. int.*, 1986, p. 849, nonché la sentenza del 26 ottobre 1984, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 929. E davvero difficile dubitare che il controllo di regolarità della sentenza straniera non investa anche le caratteristiche del giudice che ha pronunciato la stessa. Sul tema v. anche VULLIEMIN, *Jugement et sentence arbitrale*, in *Etude Suisse de Droit International*, Zürich, 1990. Evidentemente, il tema in parola è diverso da quello relativo alla competenza giurisdizionale e interna del giudice straniero. Una valutazione al riguardo di tale ultimo tema è infatti possibile solo nei ristretti limiti previsti dal diritto processuale: sul tema v. la fondamentale opera di HOLLEAUX, *Compétence des juges étrangers et reconnaissance des jugements*, Parigi, 1970.

⁴⁸ Pare, infatti, rilevare sotto il profilo della indipendenza ed imparzialità del giudice un sistema che prevede strutturalmente che una delle parti - e cioè la parte pubblica - sia legata al giudice medesimo da un rapporto di colleganza facendo entrambi i soggetti capo alla medesima organizzazione giudiziaria, essendo essi fungibili con estrema facilità nelle funzioni loro assegnate e dipendendo dal medesimo organo di autogoverno. Ma ciò che più rileva, apparentemente, è la posizione di non terzietà del Procuratore della Repubblica; egli infatti rappresenta e cura gli interessi dello Stato nel processo e pertanto, istituzionalmente, si pone a tutti gli effetti come controparte in senso tecnico della parte privata. Sotto questo profilo, non può escludersi che il sistema italiano meriti talune modificazioni anche avendo riguardo ai contenuti del diritto comunitario che, come si vedrà, ha totalmente recepito i principi della Convenzione europea.

⁴⁹ Peraltro, vi è da osservare che la giurisprudenza della Corte europea ha privilegiato, nelle sue analisi che hanno investito una valutazione dei rapporti tra Procuratore della Repubblica, parti private ed organo giudicante, un approccio in termini di garanzie della difesa e del contraddittorio piuttosto che l'elemento dell'indipendenza del giudice; non esitando a concludere per la contrarietà con i principi generali di cui all'art. 6, ad esempio, in occasione del caso *Boges* (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 3 ottobre 1992, n. 214 A) dove il Procuratore Generale presso la Cassazione (che secondo il diritto belga opera né più né meno che come Avvocato Generale, dotato di forti caratteristiche di indipendenza), assume il ruolo di controparte in senso tecnico. È ben vero che, in quella occasione, la Corte ha censurato solo un'anomalia della procedura belga - che non consentiva all'imputato di prendere la parola per ultimo nel dibattimento -; ma è altrettanto vero che la *ratio* della pronuncia pare piuttosto quella di sollecitare una riflessione al riguardo del mezzo e della posizione (nonché delle prerogative) nel processo del pubblico ministero.

Una simile considerazione può peraltro trarsi anche avendo riguardo al diritto costituzionale italiano. Non sembra infatti plausibile, nella prospettiva dell'art. 24 Cost., inteso quale norma che pone in essere una effettiva garanzia per la difesa di influire sulla formazione del convincimento del giudice, che una delle parti nel processo possa essere istituzionalmente legata al giudice da un rapporto di stretta colleganza ed interdipendenza. Assai più grave, in breve, è la situazione che si determina quando il giudice è collega, amico o parente di una parte del processo, di una mera carenza di indipendenza. In tale caso la caratteristica dell'imparzialità strutturale rileva, sia in

indipendenza del giudice è posta in essere ancora di recente dalla stessa giurisprudenza comunitaria. Così, nel caso *Van der Wald* dell'11 gennaio 2000, la Corte di giustizia non ha esitato a sottolineare come il principio generale di diritto comunitario «in forza del quale ogni persona ha diritto ad un processo equo, comporta il diritto di accedere ad un Tribunale indipendente, in particolare indipendente dal potere esecutivo»⁵⁰.

Diritto alla prova ed obbligo di motivazione della sentenza costituiscono i capisaldi (nella sintesi della Convenzione) del c.d. processo "equo e giusto". E così, più specificamente, il diritto delle parti ad introdurre nel processo gli elementi che consentono una decisione nel merito ed il diritto alla motivazione sono costantemente considerati garanzie emergenti dal - ed essenziali al - diritto di difesa in senso lato di cui si è accennato in precedenza piuttosto che autonomi momenti che trovano una loro piena giustificazione in quanto tali⁵¹.

4. Il contributo dell'ordinamento comunitario sia per la ricostruzione (o ricezione) di principi mutuati dal diritto internazionale o dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, sia per assicurare l'attuazione dei principi e delle regole fondanti l'esperienza comunitaria

Un ruolo decisivo in funzione integrativa della disciplina di rito applicabile (sia quando il giudice italiano debba celebrare il processo, sia, come si vedrà, allorché si tratti di riconoscere delle sentenze straniere secondo i criteri di cui alla l. n. 218/95) è, come si accennava, svolto dal diritto comunitario.

È ben vero che il diritto comunitario non contiene norme e principi *ad hoc* di ordine processuale, essendo in genere l'attuazione delle situazioni soggettive dallo stesso riconosciute rimessa agli ordinamenti nazionali, ed essendosi adottati un modello ed una forma di coordinamento interordinamentale che riservano, in linea di principio, la competenza agli Stati membri per quanto concerne la garanzia - nello spirito dell'art. 10 CE - dell'attuazione dei diritti comunitari. Tuttavia non vi è dubbio che sotto un duplice profilo sono venuti maturando principi di diritto comunitario processuale di cui i giudici nazionali - in quanto giudici comunitari quantomeno - non possono non tenere conto.

quanto tale che dal punto di vista dell'effettività della garanzia della difesa.

⁵⁰ In *Raccolta*, 2000, I, p. 1. Sul tema v. ancora di recente, DI FEDERICO, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 99.

⁵¹ Mentre il diritto alla prova è strettamente ancorato al - e costituisce prosecuzione del - principio del contraddittorio, la motivazione difficilmente può essere ritenuto un diritto vero e proprio delle parti. Ciò tanto più che in molti ordinamenti è invalsa l'abitudine di pronunciare provvedimenti scarsamente motivati; BERTI, *sub artt. 111-113*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit. *supra*, nota 39, p. 85 ss.; i lavori di ASCHERI e GORLA richiamati *supra*; V. inoltre CHIAVARIO, *Un giusto processo dal futuro ancora incerto*, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 6.

Anzitutto, la Convenzione europea sulla protezione dei diritti dell'uomo costituisce disposizione fondamentale del Trattato sull'Unione Europea; per cui i singoli diritti dalla stessa regolati, al di là della efficacia da riconoscere ad essi in forza delle specifiche norme che li disciplinano nel contesto in cui si collocano ed a prescindere dal ruolo svolto dal diritto comunitario, sono a tutti gli effetti comunitarizzati, ed oggi posti a fondamento dell'esperienza europea al pari dei principi generali desumibili dalle costituzioni dei Paesi membri. Sotto questo profilo l'ordinamento comunitario ha contribuito a "rivestire" la Convenzione di una nuova ed ulteriore forma di giuridicità ed ha in definitiva attribuito un nuovo valore alle norme della Convenzione ed anzi ne ha sancito gli effetti in termini del tutto più incisivi rispetto a quelli altrimenti desumibili dalla Convenzione medesima.

In secondo luogo, in varie occasioni la Corte non ha esitato a ricostruire dei veri e propri principi di diritto processuale comunitario allo scopo di garantire l'attuazione del diritto sostanziale (comunitario) e quindi delle c.d. libertà fondamentali disciplinate dal Trattato; ciò che di fatto, non solo ha impedito al giudice nazionale (in quanto giudice comunitario) di applicare regole e soluzioni processuali previste dalle sue norme di procedura, ma ha addirittura dato luogo e configurato (nel senso di costituire modifiche od estinguere) situazioni giuridiche soggettive (e quindi facoltà e poteri) di ordine processuale non altrimenti garantite dall'ordinamento del Paese membro nel cui territorio tale attuazione doveva aver luogo.

a. Sotto il primo profilo è appena il caso di ricordare che l'art. 6 del Trattato sull'Unione individua due solenni precetti: l'uno è costituito dal rispetto della identità nazionale fondata in ogni caso su principi di democrazia, l'altro è dato dal rispetto dei diritti fondamentali quali garantiti dalla Convenzione europea del 4 novembre 1950, nonché risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri⁵². E non vi è dubbio che tra tali diritti si segnalano, anche per la concretezza delle situazioni che vengono in rilievo, il contraddittorio pieno ed effettivo, da un lato e l'attuazione della garanzia di un processo equo e giusto (ed in tempi ragionevoli), dall'altro. In breve il novero

⁵² Sul tema HÄBERLE, *Verfassungsrechtliche Fragen der Prozedur des europäischen Einigung*, in *Enc. GRZ*, 1992, p. 429; GAJA, *Fonte comunitaria*, in *Digesto, Dir. pubb.*, Torino, Utet, 1991, VI, p. 433; LENARDT, *Grundrechtsschutz in des Europäischen Menschenrechtskonvention*, in *Z.P.O.*, 1992, p. 281, nonché, in inglese, *Fundamental rights to be included in a Communities catalogue*, in *EL Rev.*, 1991, p. 367; RUIZ-JARABO, *Tecnica Juridica*, cit. supra, nota 37, p. 151; MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia della Comunità Europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 1 ss.; TOSATO, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità Europee*, in *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 720; MENGIOZZI, *La tutela dei diritti dell'uomo e il rapporto di coordinamento-integrazione funzionale fra ordinamento comunitario e ordinamento degli Stati membri nei recenti sviluppi nei recenti sviluppi delle giurisprudenze costituzionali italiana e tedesca*, in *Ambiente giur.*, 1988, p. 215 ss.; ZANGHI, *Diritti dell'uomo (protezione internazionale dei)*, *Enc. Treccani*, Roma, 1989, VIII, p. 1 ss.

dei diritti "processuali" riconosciuti nell'ambito dell'ordinamento comunitario si concretizza in una serie di postulati sicuramente tipici nell'esperienza della Convenzione europea ed in larghissima misura presenti anche nella carte fondamentali dei singoli Stati membri. Con la conseguenza che i diritti "processuali" riconosciuti dalla Convenzione vengono a costituire a tutti gli effetti regole di base dell'ordinamento comunitario e, quel che più conta, principi generali di diritto idonei a disegnare un sistema minimo di garanzie inalienabili che si aggiunge ai diritti processuali dei singoli Stati membri integrando la disciplina applicabile.

Limitandoci ai casi in cui i diritti "processuali" di cui alla Convenzione europea sono stati riaffermati in ambito comunitario (e così vitalizzati ad opera della Corte di giustizia) si pensi, ad esempio, ai diritti essenziali della difesa in senso lato: che sono stati ritenuti sicuramente centrali rispetto alla realizzazione degli scopi del Trattato e quindi riaffermati dalla Corte di giustizia allorché si è trattato di delineare (e qualificare) l'attività della Commissione. Infatti, non si è esitato a ricordare che, pur trattandosi di attività amministrativa, quella della Commissione può essere svolta solo garantendosi il rispetto dei diritti delle parti coinvolte, che dovranno pertanto essere sentite nel corso del procedimento ed essere poste nella effettiva piena possibilità di tutelare i loro interessi ai sensi dell'art. 6 della Convenzione sui diritti dell'uomo⁵³.

Momenti centrali dell'analisi della Corte di giustizia impostata sugli artt. 6 e 13 della Convenzione sono stati:

a. l'affermazione del diritto di difesa, rispetto al quale si pone inscindibilmente il principio di legalità (e di certezza del diritto) su cui ci riserviamo di tornare in prosieguo;

b. il rispetto del contraddittorio anche nell'ambito del procedimento amministrativo;

c. l'obbligo di motivazione sia da parte dei giudici che da parte della pubblica amministrazione.

Inoltre, la Corte ha sviluppato in modo assai convincente il principio della «effettività della tutela giurisdizionale soprattutto in vista dell'esigenza di uniformità dei livelli di tutela»⁵⁴. Tale principio, il cui contenuto sarà meglio indicato in prosieguo, si armonizza con le più recenti tendenze rilevabili nell'esperienza costituzionalistica italiana; che testimoniano, come si è accennato in precedenza, come si debba assegnare al diritto costituzionale un ruolo

⁵³ Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1970, in causa n. 11/70, in *Foro it.*, 1971, IV, c. 137; sentenza del 21 settembre 1989, *ivi*, 1990, IV, c. 1; sentenza del 28 ottobre 1975 in causa n. 36/75, in *Raccolta*, 1975, p. 1219; sentenza del 5 marzo 1980 in causa n. 98/79, *ivi*, p. 681; sentenza del 30 ottobre 1980 in causa n. 209/78, *ivi*, p. 3125; sentenza del 7 giugno 1983 in cause riunite da n. 100 a n. 103/80, *ivi*, p. 1825.

⁵⁴ In tal senso v. le valutazioni di TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2001, *passim*.

"forte" e qualificato e come tale integrativo del diritto processuale. Attraverso il principio di effettività della tutela la Corte europea, e quindi la Corte di giustizia, prendono così una posizione molto netta al riguardo del ruolo dei principi generali di diritto processuale sopra appena indicati (e desumibili nella Convenzione europea o dalle esperienze costituzionali di Paesi membri), confermando che tali principi integrano a tutti gli effetti il diritto processuale degli Stati membri in ogni caso (e cioè anche allorché non vengano in rilievo davanti ai giudici nazionali situazioni rette direttamente dal diritto comunitario). Inoltre, attraverso il principio di effettività testé ricordato, la Corte motiva una scelta di ordine generale al riguardo del modo di essere dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno: ritenendo quest'ultimo non totalmente libero di apprestare mezzi e forme di tutela giudiziaria - come originariamente si sosteneva - ma essendo lo stesso condizionato dal modo di essere del diritto comunitario sostanziale di cui si tratta di garantire la diretta applicabilità. Ovviamente in questo secondo caso l'influenza del diritto comunitario sul diritto processuale interno è strettamente funzionale all'attuazione di quelle situazioni rette dal diritto comunitario medesimo ed allo stesso non può pertanto attribuirsi un valore assoluto (su quest'ultimo aspetto ci riserviamo di tornare in prosieguo allorché prenderemo in considerazione specificamente gli effetti sul processo del diritto comunitario sostanziale).

Un'autonoma rilevanza è invece da attribuire al principio di legalità nel quadro dei diritti della difesa. Tale principio trova, infatti, una sua precisa fonte normativa e ragione d'essere - ancora una volta - nell'art. 6 della Convenzione europea, oltretutto in quanto prosecuzione del principio di certezza del diritto più volte ricostruito dalla Corte di giustizia⁵⁵. E così una importante recente pronuncia della Corte, confermando un orientamento pressoché consolidato, ed anzi "spingendo" l'indagine fino a configurare conseguenze ulteriori, non esita a riaffermare il valore e la centralità, nel diritto comunitario, del principio di legalità come regola di base alla quale il giudice è sottoposto in quanto soggetto alla - ed allorché è chiamato alla integrazione della - legge eventualmente anche contro la propria ideologia e le proprie opinioni socio-politiche. Tanto che non si è esitato a negare la *primauté* del diritto comunitario sul diritto interno, e finanche ad ammettere un margine di discrezionalità in capo agli Stati membri per quanto attiene all'adattamento al diritto comunitario, in un caso in cui si trattava di garantire la certezza del diritto e la prevalenza della legge nella prospettiva del processo in corso.

⁵⁵ Al riguardo della certezza del diritto sono prospettabili differenti letture: da un lato quella coincidente con il principio di legalità, e, dall'altro in chiave di attenuazione delle più rigide conseguenze del principio di legalità (sul tema v. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 54).

D'altra parte, anticipando per un momento la prospettiva internazional-privatistica, a ben vedere, all'origine dell'orientamento mostrato dalla Corte in occasione dei casi più volte ricordati *Couchet Frères*⁵⁶ e *Klumps*⁵⁷, su cui ritorneremo in prosieguo, è sicuramente riconoscibile la riluttanza ad ammettere nel foro effetti di atti stranieri relativamente ai quali non sia provata (e fatta oggetto del relativo controllo) la regolare instaurazione del giudizio ed il rispetto del contraddittorio. In breve, la scelta operata in quei casi dalla Corte, ancorché in modo assai timido, non può non dirsi influenzata dai principi generali di diritto comunitario (anche se, per vero, l'atteggiamento della Corte nei casi menzionati appare organico al sistema di lettura della Convenzione piuttosto che condizionato dalla esistenza dei valori processuali comuni nei termini sopra indicati).

b. In secondo, luogo la Corte di giustizia ha precisato, in varie occasioni, che l'esigenza di garantire l'attuazione delle situazioni soggettive riconosciute dal diritto comunitario può comportare l'automatica conseguente disapplicazione e/o integrazione del diritto processuale interno che tale attuazione deve garantire. Può dirsi, in sostanza, consolidata nell'esperienza giuridica comunitaria quella regola secondo la quale anche il diritto interno processuale degli Stati membri deve essere disapplicato in tutti i casi non consenta l'attuazione piena delle situazioni regolate dal diritto comunitario⁵⁸. E se, in molti casi, la fantasia dei giudici nazionali, e la flessibilità delle norme interne, hanno consentito di evitare il configurarsi di un vero e proprio contrasto - essendo così stato assegnato al diritto interno un significato conforme al diritto comunitario e tale da realizzarne gli obiettivi -, in altri ormai noti i giudici sono stati chiamati a prendere atto della inadeguatezza degli strumenti offerti dal diritto interno e conseguentemente a disapplicare - od integrare - le norme processuali nazionali così, tuttavia sostanzialmente, creandone di nuove. E ciò in modo speculare a quanto è avvenuto allorché è stata desunta dal diritto internazionale o comunitario una regola processuale ad hoc da applicarsi in caso di vuoto normativo che non consente l'esercizio dei diritti tutelati dall'ordinamento⁵⁹.

⁵⁶ Corte di giustizia, 21 maggio 1980 in causa n. 125/74, in *Raccolta*, 1980, p. 1553, anche in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 188, con commento di MARI, *Autorizzazioni e riconoscimento di provvedimenti cautelari in base alla Convenzione di Bruxelles*.

⁵⁷ Corte di giustizia, sentenza del 16 giugno 1981 in causa n. 166/80, in *Raccolta*, 1981, p. 1593 e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 141.

⁵⁸ Quello indicato rappresenta probabilmente l'aspetto più nuovo della evoluzione della giurisprudenza della Corte. In sostanza, emerge in termini molto nitidi un collegamento costante ed una forte interdipendenza tra regole di sostanza e regole di procedura; STROSSES, *The relationship between substantive rights guaranteed by the European dimension*, in *Studies in honor of Wiarda*, Köhn, Berlin-Rome, München, 1988, p. 595.

⁵⁹ Sul tema ci permettiamo rinviare all'evoluzione descritta nel nostro *Le tasse di effetto equivalente*, cit. *supra*, nota 8.

Con il caso *Factortame*⁶⁰, come è noto, la Corte di giustizia non ha esitato ad affermare che la tutela cautelare deve essere garantita in tutti i casi in cui vengono in rilievo "diritti comunitari", indipendentemente da quanto prevede al riguardo il diritto processuale interno (e segnatamente anche nel caso in cui una norma interna la escluda specificamente). Da un lato la pronuncia della Corte configura il travolgimento di una norma processuale di *common law* in virtù della quale è in principio esclusa qualsiasi forma di tutela cautelare nei confronti dello Stato, presumendosi, in sostanza, in base a detta norma, la conformità della legge al diritto comunitario; e, sotto questo profilo, non si è esitato ad ammettere una specifica forma di tutela cautelare così di fatto integrandosi il diritto (processuale) britannico in modo corrispondente. Dall'altra parte la decisione della Corte impone al giudice di disapplicare in via cautelare una legge dello Stato: soluzione che, se è del tutto conseguente ai principi generali da tempo sintetizzati dalla Corte di giustizia e confermati dalla stessa Corte costituzionale italiana⁶¹, di fatto si traduce in una sorte di obbligo per lo Stato membro di sospendere gli effetti della legge la cui conformità al diritto comunitario sia oggetto di valutazione davanti alla Corte europea⁶².

⁶⁰ Corte di giustizia, sentenza 19 giugno 1990 in causa n. C-213/89, *cit. supra*, nota 2, anche in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 1122 con commento di CONSOLO. Sul tema, v. anche il caso di cui alla sentenza del 21 febbraio 1991 in cause riunite n. C-143/88 e n. C-92/89, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 1. V. il commento di TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 1992, p. 131.

⁶¹ Ci riferiamo alle ormai tradizionali soluzioni offerte dalla Corte di giustizia nella sentenza del 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, in *Raccolta*, 1978, p. 629 e nella sentenza dell'8 giugno 1984 in causa n. 83/170, in *Giur. it.*, 1984, I, c. 1521.

⁶² Soluzione simile a quella che potrebbe prospettarsi, ad esempio, al riguardo della l. 13 marzo 1958, n. 204 nella parte in cui pare subordinare il rinvio alla Corte ex art. 177 del Trattato (ora art. 234 CE) alla sospensione del giudizio pregiudicato. Infatti, se la sospensione si giustifica solo allo scopo di non porre il giudice nella condizione di decidere nel merito sino a quando la Corte di giustizia non avrà reso la propria decisione pregiudiziale, la stessa si rileva del tutto iniqua - e, ciò che più rileva, causa di un ritardo nell'attuazione del diritto comunitario in Italia - quando di essa non vi sia alcuna necessità sotto il profilo indicato, e cioè quando il giudizio di merito si trovi ancora una fase istruttoria contemporaneamente al procedimento davanti alla Corte medesima. Tale problema non è affatto secondario, se si pensa che tutti gli atti compiuti dal giudice penale allorché sussista una causa di sospensione del giudizio sono nulli (si v. l'art. 177 c.p.p.). Così, sembra del tutto logico sostenere che ove la sospensione del giudizio pregiudicato sia tale da comportare un irragionevole prolungamento dei tempi del processo e contemporaneamente del tutto inutile (nel senso che comunque il giudice non sarebbe chiamato a pronunciare nel merito), l'obbligo imposto dalla l. n. 204/58 debba essere disatteso. Più correttamente, a nostro avviso, la norma in parola è da intendersi nel senso che il giudice nazionale - in quanto giudice comunitario - è tenuto a non pronunciare nel merito, dovendo la risposta della Corte di giustizia ex art. 234 CE essere formulata e diretta a lui, e non ad altro giudice seppure adito nell'ambito del medesimo processo. Con la conseguenza che il giudice nazionale adito dovrà intendersi libero di proseguire l'attività istruttoria sino al momento in cui si tratterà di pronunciare nel merito: a tale momento, egli dovrà soprassedere sino a che non gli sarà pervenuta la risposta della Corte. Ma sarà ovviamente del tutto irrilevante dal punto di vista del diritto comunitario, in assenza di una qualsiasi norma in tal senso, che egli (giudice nazionale) soprasseda dal provvedere, sospendendo il giudizio in senso proprio ovvero rinviando l'udienza. V. peraltro le osservazioni di BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, Cedam, 1996, p. 305 ss.

Una importante, ulteriore indicazione nel senso indicato, che configura cioè una integrazione del diritto processuale interno in tema di accesso alla giustizia per effetto delle disposizioni materiali del Trattato, proviene da due recenti pronunce della Corte di giustizia. La Corte, con il caso *Hubbard v. Hamburger*⁶³, non ha esitato a ritenere contraria al diritto comunitario, e segnatamente all'art. 60 del Trattato (ora art. 50 CE) che garantisce la libera circolazione dei servizi, la disposizione di cui all'art. 110, Z.P.O., che impone una cauzione ai soli cittadini stranieri che si rendono attori nel processo civile. Si trattava, nel caso di specie, di un *solicitor* inglese, che agiva in Germania come esecutore testamentario, il quale rilevava che al medesimo onere non era assoggettato, in una fattispecie identica, un esecutore testamentario tedesco.

Più recentemente, la stessa Corte non ha esitato a configurare un altro esempio di integrazione del diritto processuale (tedesco) con riguardo alla disciplina del sequestro conservativo ritenendo l'art. 917, c. 2, Z.P.O. (che di fatto pone in essere una sorta di presunzione *ex lege* del *periculum in mora* allorché la residenza del convenuto si trovi all'estero) in contrasto con l'art. 59 del Trattato (ora art. 49 CE). Se, infatti, non può escludersi, ai fini della valutazione del pericolo, che possa prendersi in considerazione la circostanza che il convenuto sia residente all'estero, stabilire una presunzione *ex lege* significa porre in essere una disciplina del processo cautelare che contrasta con il principio di non discriminazione nei termini di cui all'art. 59 del Trattato (ora art. 49 CE)⁶⁴.

Nel medesimo senso, ci limitiamo a ricordare che anche la disciplina di cui all'art. 633 del c.p.c è stata sostanzialmente integrata in virtù del principio di non discriminazione, ritenendosi che, malgrado il suo tenore letterale, sia possibile notificare all'estero, ed a straniero, il decreto ingiuntivo⁶⁵.

c. Un altro significativo esempio dell'influenza che i principi di diritto comunitario producono sul diritto interno (in materia processuale) è costituito dalla relazione intercorrente tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento

⁶³ Corte di giustizia, sentenza del 1° luglio 1993 in causa n. C-20/92, in *Raccolta*, I, 1993, p. 375.

⁶⁴ Corte di giustizia, 19 febbraio 1994 in causa n. C-398/92, in *Raccolta*, 1994, I, p. 474. Sul tema v. WALTHER, *Aspetti internazionali del diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 1159.

⁶⁵ Sul tema v. RADICATI DI BROZOLO, *Diritto comunitario e regole processuali interne: inapplicabilità dell'art. 633 cod. proc. civ.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 6 e 7; CIAMPI, *La notificazione all'estero del decreto ingiuntivo e dell'ordinanza di ingiunzione: una disciplina incoerente*, in *Riv. dir. int.*, 1995, p. 409. In giurisprudenza, si veda Pret. Torino 12 febbraio 1996, in *Giur. it.*, 1996, I, II, c. 821. Ovviamente, altro tema è quello della riconoscibilità all'estero, ai sensi della Convenzione di Bruxelles, di provvedimenti stranieri di ingiunzione, su cui v. Corte di giustizia 13 luglio 1995, in causa n. C-474/93, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 305 e annotata in questa *Rivista*, 1995, p. 676. Sulla natura del procedimento di ingiunzione, confrontato con a quello previsto in Germania (*Zahlungsbefehl*) v. BALBI, *Il procedimento di ingiunzione (dopo la Vereinfachungsnovelle della Z.P.O. Federale del 3 dicembre 1976)*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 348.

interno e dalle modalità della loro reciproca integrazione. È noto che una delle tradizionali formule in base alle quali si tende a sistematizzare il rapporto tra ordinamento comunitario ed ordinamenti nazionali è rappresentato dalla attribuzione della massima rilevanza all'ordinamento comunitario per quanto attiene alla individuazione della disciplina sostanziale applicabile, riservandosi all'ordinamento nazionale la determinazione della modalità e delle condizioni per l'esercizio dei diritti (riconosciuti come tali dal diritto comunitario)⁶⁶.

Tale schema generale di coordinamento (e di reciproca integrazione) dei due ordinamenti non è stato, tuttavia, accolto in modo pieno ed acritico dalla Corte; che, in sostanza, ha precisato in una serie di casi ormai classici che la riserva a favore degli Stati membri per quanto attiene alla attuazione delle situazioni rette dal diritto comunitario in virtù, ad esempio, del diritto processuale, che disciplina il diritto di azione, è subordinata alla condizione che il diritto (processuale) interno *a.* non ponga in essere una disciplina discriminatoria (e cioè tale da non realizzare lo standard della parità di trattamento) e *b.* non consenta - e cioè renda impossibile od estremamente difficile - l'esercizio dei diritti retti dall'ordinamento comunitario. Con la conseguenza che dovranno essere disapplicate quelle norme nazionali che dovessero precludere il diritto di azione in modo irragionevole e discriminatorio o che siano tali da non favorire la attuazione delle situazioni giuridiche comunitarie⁶⁷.

Sotto altro profilo, è noto che all'ordinamento nazionale è normalmente assegnato - e riservato - il compito, ulteriore rispetto al fissare le condizioni e le modalità per consentire l'esercizio dei diritti comunitari, di determinare la sanzione da comminare per il caso della violazione della disciplina comunitaria. E così quella indicata può davvero considerarsi una vera e propria riserva nell'equilibrio costituzionale dei poteri assegnati agli ordinamenti nazionali. Ed è significativo che l'operatività di tale riserva sia stata ancora di recente subordinata, oltre che alle condizioni di cui sopra, alla coerenza e compatibilità dei relativi profili sanzionatori con i principi generali di diritto comunita-

⁶⁶ Quella indicata è probabilmente la distinzione centrale da operare allorché si tratta di distinguere come ordinamento comunitario ed ordinamento interno "cooperano" in funzione della regolazione della medesima situazione. In genere - tradizionalmente - si è distinto tra ruolo dell'ordinamento comunitario siccome regolatore della sostanza e ruolo dell'ordinamento interno come chiamato a predisporre le garanzie di attuazione delle situazioni rette dall'ordinamento comunitario. Ciò che particolarmente si realizza allorché vengono in rilievo norme comunitarie direttamente applicabili (o produttive di effetti diretti). L'esperienza più frequente nel nostro Paese si è avuta, ad esempio

a. con riguardo al tema della ripetizione di somme pagate in contrasto con il diritto comunitario, dal privato allo Stato;

b. con riguardo alla ripetizione di aiuti dello Stato nei confronti dei privati;

c. con riguardo ai profili sanzionatori della disciplina della sicurezza sul lavoro.

Sul tema v. i tradizionali manuali di POCAR, FERRARI BRAVO - MOAVERO MILANESI, BALLARINO, TESAURO E DRAETTA.

⁶⁷ V. l'ormai noto caso *S. Giorgio*, sentenza del 9 novembre 1983 in causa n. 199/82, *cit. supra*, nota 5, per quanto attiene alla restituzione dei tributi, e sentenza del 21 marzo 1990 in causa n. C-142/87, in *Raccolta*, I, 1990, p. 955 per quanto attiene al recupero degli aiuti.

rio e segnatamente con il principio di legalità⁶⁸. Con la conseguenza che, essendo la disciplina giuridica di un determinato fenomeno strutturata su un modello tradizionale che vede una netta distinzione tra l'aspetto sostanziale e quello sanzionatorio in senso proprio, il secondo di essi non potrà operare ove la disciplina sostanziale non sia osservante del principio di certezza del diritto (e di legalità) di cui si è accennato in precedenza⁶⁹.

5. Segue

Da quanto sopra, in conclusione, emerge come il diritto processuale (civile e penale) degli Stati membri della Comunità venga corrispondentemente integrato, per il ruolo che giocano al riguardo, *a.* i principi generali di diritto comune desumibili - come osserva la Corte - dalle loro tradizioni costituzionali dei vari Paesi membri nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e *b.* i principi fondamentali del diritto funzionali alla attuazione del diritto comunitario, risultando così la disciplina interna del tutto subordinata all'operatività di norme estranee ai codici di rito ed alle legislazioni nazionali che gli stessi si propongono di integrare.

Il che significherà, come già si osservava, non solo escludere l'applicazione di norme processuali in contrasto con i principi generali di diritto comunitario o comunque inidonee a garantire l'attuazione di situazioni comunitarie, ma anche giustificare la individuazione (in via provvisoria) di strumenti processuali ignoti all'ordinamento interno (e senza i quali il rispetto dei principi e l'attuazione delle situazioni comunitarie non potrebbero avere luogo). La configurazione, ad esempio, di facoltà di impugnazione di provvedimenti giudiziali anche in casi non previsti dal diritto interno ovvero il ricorso a forme di tutela cautelare anche quanto ciò sia escluso dall'ordinamento del foro hanno segnato il momento di massima (e più incisiva) espansione dei principi di diritti comunitario all'interno del processo (civile e penale).

Inoltre l'evoluzione e l'esperienza indicata conferma come il diritto processuale (civile e penale) oggi non possa più essere considerato alla stregua di un coacervo di regole tecniche e rigide, assunte a sistema, ma isolate dal contesto sostanziale che viene in concreto in rilievo. Proprio le esperienze menzionate dimostrano come il giudice adito è chiamato a risolvere problemi di diritto processuale anche avendo riguardo al modo di essere del diritto sostanziale e delle situazioni dallo stesso costituite, modificate od estinte, ed

⁶⁸ V. Corte di giustizia, sentenza del 12 dicembre 1996, *cit. supra*, nota 22,

⁶⁹ Sul tema ci permettiamo rinviare ancora una volta al nostro *Ambiente di lavoro*, *cit. supra*, nota 41.

in ogni caso ispirandosi ai valori costituzionali ed internazionali indicati (che codificano le relative disposizioni).

II.1.L'integrazione del diritto internazionale privato: l'esaustività delle regole di cui all'art. 64 ss. l. n. 218/1995 e del regolamento Ce n. 44/2001 in funzione del riconoscimento delle sentenze straniere

Una volta che si è indicato - sintetizzando la realtà odierna - il ruolo dei principi generali e la loro incidenza sulla disciplina del processo, ci si propone di verificare il rapporto tra i principi sopra indicati - idonei, come si è visto, ad integrare il diritto processuale interno - e la vigente disciplina in tema di riconoscimento delle sentenze straniere di cui al regolamento n. 44/2001 ed alla Convenzione di Lugano, da un lato, ed alla l. n. 218/95 dall'altro. Si tratta, più in particolare, di verificare se tali principi interagiscano solo con il diritto processuale del foro, allorché si tratti dell'esercizio della giurisdizione civile o penale da parte di tale ordinamento, ovvero se essi siano idonei ad influenzare - o addirittura integrare - anche il diritto processuale che viene in rilievo quando si tratti di riconoscere sentenze straniere.

In linea di principio, non si vede per quale motivo il diritto interno sia limitato nella sua operatività per l'influenza di principi generali o di principi fondamentali del diritto comunitario se il processo è celebrato nel foro, mentre il mancato rispetto di tali principi ad opera del giudice straniero debba essere del tutto irrilevante ai fini del riconoscimento della sua pronuncia.⁷⁰ Anche se, per vero, tale distinzione potrebbe essere pienamente giustificata in un clima di assoluta coesione che giustifichi davvero un sistema giudiziario europeo basato sul principio del c.d. riconoscimento automatico di cui sarebbe corollario il principio della *conclusiveness*. D'altra parte, non trattandosi in questa sede di esaminare - solo - il regime di cui al regolamento n. 44, ammettere il controllo in termini indiscriminati ad opera del giudice del riconoscimento ex art. 64, l. n. 218/1995 della procedura straniera e del comportamento in concreto tenuto dal giudice straniero configurerebbe, almeno in qualche misura, il superamento del principio della c.d. esaustività dei mezzi il ricorso all'estero a cui indubbiamente si ispira sia l'ordinamento comunitario (in base alle menzionate Convenzioni), sia il nostro ordinamento.

Infatti, come si è ricordato in più occasioni nelle pagine che precedono, la violazione di regole di diritto processuale straniero non potrebbe essere, in linea di principio, invocata davanti al giudice del riconoscimento in omaggio, appunto, al principio della esaustività di mezzi di impugnazione, dovendo

⁷⁰ Sull'argomento rinviamo al lavoro ormai classico di CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, III ed., Torino, Giappichelli, 2000, *passim*.

essere tutte le difese concentrate nel giudizio straniero⁷¹. Ed è altrettanto vero che l'art. 64, l. n. 218/95 prevede espressamente, tra le condizioni per il riconoscimento delle decisioni straniere, solo il rispetto dei diritti essenziali della difesa e la coerenza con l'ordine pubblico. Così che sembrerebbe che solo le cause previste all'art. 64 possano essere invocate allo scopo di escludere il riconoscimento delle sentenze straniere e che pertanto, una integrazione ad opera di norma di origine diversa dovrebbe essere esclusa. Tuttavia si nutrono seri dubbi a che il rispetto delle valutazioni e dei comportamenti processuali del giudice straniero ad opera del giudice del riconoscimento sia proprio assolutamente illimitato - ed indiscriminato-. Sembra, infatti, viceversa, che rimanga uno spazio per il controllo allorché l'attività svolta del giudice straniero si appalesi tale da violare regole fondamentali di procedura, vigenti nell'ordinamento del foro ed assumibili al ruolo di veri e propri principi.

2. L'ordine pubblico internazionale nella specie in quanto ordine pubblico processuale: la sua inidoneità a costituire l'unica "valvola di controllo" e di selezione nel caso di violazione dei diritti processuali tutelati dal diritto internazionale e comunitario

Anzitutto, se quelli indicati in precedenza sono principi generali (di diritto interno, internazionale o comunitario) idonei ad integrare la disciplina processualistica italiana non si vede perché di essi non si debba tenere conto anche in funzione preclusiva del riconoscimento di sentenze straniere nell'ordinamento italiano. E ciò probabilmente a prescindere dall'art. 64, lett. b., l. n. 218/95 il quale, nel subordinare il riconoscimento delle sentenze straniere al rispetto dei diritti essenziali della difesa, opera una sorta di rinvio ai principi generali medesimi.

Venendo al controllo della sentenza straniera ad opera del giudice del riconoscimento, sotto il profilo della sua regolarità e della sua conformità ai valori espressi nel foro, fondamentale è il ruolo dell'ordine pubblico: al quale è da assegnare, da un lato, un ruolo sicuramente espansivo dell'ambito del potere di controllo assegnato al giudice del riconoscimento - e quindi in virtù di una lettura estensiva della disposizione di cui all'art. 67, lett. f., (ci riferiamo alla circostanza che l'ordine pubblico consente di prendere in esame, in funzione impeditiva del riconoscimento, anche principi e regole diversi da quelli tradizionalmente riconducibili alle analisi sul tema) - ma, dall'altro la-

⁷¹ Nell'esperienza inglese si ricordino in particolare indicato *Adam v. Cape Industries p.l.c.* (1990) ch. 433, p. 564; *Jet holding v. Patel* (1989) 2 All. E.R., p. 649. Fra la dottrina italiana, per un inequivoco cenno alla rilevanza del processo straniero sotto il profilo della sindacabilità del suo svolgersi, v. MIGLIAZZA, *La delibazione*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 193, *contra v.*, ad esempio, CARELLA, *Sentenza civile straniera*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XLI, p. 1272.

to, un senso ed una portata indubbiamente restrittivi (e ci riferiamo alla limitazione, che pare essere stata operata anche con la riforma, secondo la quale, conformemente, peraltro, ad un orientamento che è andato maturando nel corso degli anni '80, solo gli effetti delle sentenze straniere possono essere presi in considerazione ad opera del giudice del controllo in quanto incompatibili con l'ordinamento del foro e non anche le singole disposizioni applicate nel giudizio)⁷².

2.1. Iniziando dalla determinazione dell'ambito dell'istituto, a ben vedere l'ordine pubblico internazionale, ove inteso in senso tradizionale (e cioè come limite all'inserzione di dati stranieri nell'ordinamento interno in quanto contrastanti con principi fondamentali del foro, come tali irrinunciabili)⁷³, si rivela da tempo inadeguato a svolgere efficacemente il ruolo di esclusivo parametro di selezione della conformità del diritto o delle sentenze straniere all'ordinamento del foro. Infatti, come si osservava in precedenza, in almeno due casi le sentenze straniere non potrebbero essere riconosciute in quanto "disarmoniche" rispetto ai valori a cui si ispira l'ordinamento del foro.

In primo luogo ciò si verifica, ad esempio, nel caso delle sentenze in occasione delle quali il giudice straniero applica il diritto pubblico straniero ovvero disposizioni - di diritto dell'economia - rivolte alla tutela del contraente più debole. In tali casi, il giudice del riconoscimento dovrà operare il controllo della sentenza straniera anche a prescindere dal venire in rilievo dell'ordine pubblico internazionale, avendo riguardo a che i valori ai quali si ispira il diritto (pubblico dell'economia) straniero sia conforme a (o comunque non divergente da) quelli del foro. Infatti, allorché vengano in rilievo valori che lo Stato straniero decide di tutelare attraverso disposizioni *iure imperii*, la collaborazione dello Stato del foro affinché tali valori proseguano i loro effetti nel territorio sottoposto alla sua giurisdizione è possibile solo alla condizione che essi non siano "anomali" rispetto all'ambiente giuridico nel quale tali effetti sono destinati in concreto a prodursi⁷⁴. In sostanza, come

⁷² Sull'ordine pubblico in generale v. MOSCONI, *Exceptions to the operation of choice of law rules*, in *Rec. des Cours*, 1989, I, p. 911; PARISI, *Spunti in tema di ordine pubblico e Convenzione giudiziaria di Bruxelles*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 13; FUMAGALLI, *Considerazioni sull'unità del concetto di ordine pubblico*, in *Comunicazioni e studi*, XVII-XVIII, Milano, Giuffrè, 1985, p. 593. Si v. anche CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento delle sentenze straniere*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 105; BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 12; BADIALI, *Ordine pubblico e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 10; LATTANZI, *Valore assoluto o relativo dei principi di ordine pubblico*, in *Riv. dir. int.*, 1974, p. 295; BARILE, *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XXX, p. 1106.

⁷³ Così espressamente secondo BARILE, *Ordine pubblico*, loc. cit.

⁷⁴ In particolare, ci permettiamo rinviare alla nostra indagine di cui sopra a *Conformità dei valori*, cit. supra, nota 25, p. 177, dalla quale emerge come spesso la disciplina applicabile sia determinata avendo riguardo ai valori stranieri che vengono in rilievo ed alla loro coincidenza con quelli del foro. Ovviamente l'analisi risente delle valutazioni di ZICCARDI, LUZZATTO, PICONE (e delle loro opere) nonché di ZWEIGERT, *Droit international privé et droit public*, in *Rev. crit.*, 1945,

si è dimostrato in altra circostanza⁷⁵, la conformità dei valori estranei tenuti in considerazione ai fini del decidere all'estero rispetto a quelli del foro rappresenta un (ulteriore) strumento di tutela (od una specificazione dell'ordine pubblico), subordinatamente alla cui osservanza il diritto pubblico straniero (sia esso richiamato attraverso la norma di conflitto, sia esso applicato dal giudice straniero la cui decisione deve essere riconosciuta ex art. 67 della legge n. 218) è in grado di produrre i suoi effetti nel foro.

La stessa verifica, peraltro, deve essere compiuta dal giudice del riconoscimento avendo riguardo al diritto internazionale⁷⁶; dovendosi escludere la riconoscibilità di pronunce in occasione delle quali il diritto internazionale pubblico non sia stato applicato ad opera del giudice straniero: evidente (e ricorrente) è il caso di sentenze che abbiano, ad esempio, pronunciato in tema di nazionalizzazione di beni senza il rispetto degli standard previsti dal diritto internazionale generale⁷⁷.

In secondo luogo, l'ordine pubblico internazionale deve essere inteso in chiave estensiva sotto il profilo della sua idoneità ad incorporare anche le norme di applicazione necessaria del foro. Come è noto, la mancata osservanza da parte del giudice straniero delle norme imperative (o di applicazione necessaria) del foro è tale da precludere in radice il riconoscimento in Italia della decisione straniera. È infatti del tutto coerente con le finalità delle norme di diritto internazionale privato (che costituiscono oltretutto strumento di cooperazione e collaborazione interstatale, e quindi rivolgono anche una funzione di segno internazionalistico), particolarmente allorché esse abbiano per oggetto materie dove viene immediatamente in rilievo lo *ius imperii*, il controllo che la situazione affermata dal giudice straniero sia davvero coerente con il modo di essere dell'ordinamento del foro.

E così, ancora, una lettura in chiave estensiva della clausola dell'ordine pubblico si giustifica allorché - in assenza di una espressa previsione al riguardo - non si esita, in genere, ad estendere l'ambito del potere di controllo del giudice del riconoscimento anche alle fasi c.d. procedurali dell'*iter* giudiziario che ha condotto alla pronuncia della quale si tratta di garantire la

p. 645; WENGLER, *Die Anknüpfung des Zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, p. 168 ss.

⁷⁵ V. ancora il nostro *Conformità dei valori*, loc. cit., *passim*.

⁷⁶ Sul punto rinviamo all'opera di LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, Giuffrè, 1972, *passim*; MENGOSI, *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su temi privati*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 121 ss.; LALIVE, *Les demandes fondées par une autorité étrangère ou par un organisme public étranger sur les dispositions de son droit public*, in *Ann. de l'Inst. de dr. int.*, 1977, p. 2 ss. Sul tema v. anche il nostro lavoro in *Atti stranieri di sovranità nel foro e rinuncia all'immunità dalla giurisdizione*, in *Dir. comm. int.*, 1993, p. 803.

⁷⁷ Sulle norme di applicazione necessaria, v. MAYER, *Les lois de police étrangères*, in *Rev. crit.*, 1981, p. 277 ss.; FRANCESCAKIS, *Lois d'application immédiate et droit du travail: l'affaire du Comité d'entreprise de la Compagnie des Wagons lits*, in *Rev. crit.*, 1974, p. 273 ss.

produzione degli effetti nel foro. Sotto tale profilo, non può negarsi che l'analisi sviluppata dalla giurisprudenza francese ha messo in luce che parte essenziale e centrale dell'ordine pubblico è proprio il c.d. ordine pubblico procedurale: con la conseguenza che, ad esempio, allorché dalla sentenza non emerga con chiarezza la motivazione (e cioè l'*iter* logico-deduttivo percorso dal giudice straniero), ovvero allorché siano stati violati diritti procedurali (ad esempio in tema di difesa) considerati fondamentali nel foro, la sentenza straniera non potrà produrre effetti nel foro. Anche in Italia, peraltro, particolarmente a seguito della importante pronuncia della Suprema Corte italiana del 23 febbraio 1977, n. 798 pare difficile sostenere la riconoscibilità della sentenza straniera se non previo controllo della procedura svoltasi nel Paese d'origine. Controllo che, ovviamente, non dovrà compiersi con riguardo alla conformità dell'ordinamento italiano con il diritto processuale straniero (applicabile, ovviamente, quale *lex processus*) - essendo tale valutazione preclusa al giudice del riconoscimento anche in virtù del principio dell'esaurimento dei mezzi di impugnazione all'estero (o, se si preferisce, della concentrazione delle difese nel giudizio straniero) - ma con riguardo al modo in cui si è collocato il processo all'estero - come in concreto si è svolto - alla luce dei valori e delle norme riconosciuti fondamentali ed irrinunciabili nel foro (incluso, quindi, il diritto internazionale) - gli unici idonei a costituire un parametro tale da precludere il riconoscimento - o che comunque tale ordinamento ritiene di applicazione necessaria.

2.3. Sotto il secondo profilo menzionato, anzitutto, la nozione di ordine pubblico internazionale pare debba essere letta e precisata in termini più ristretti (con correlativa compressione degli spazi di controllo del giudice del riconoscimento) se si ha presente la evoluzione giurisprudenziale recepita espressamente dalla legge n. 218/95. Sotto questo profilo, infatti, da un lato occorre ricordare l'orientamento in virtù del quale il principio dell'ordine pubblico andrebbe inteso diversamente rispettivamente nel caso in cui il relativo limite operi in chiave preclusiva al prodursi degli effetti di sentenze straniere come tali e nel caso del riconoscimento (o di applicazione) del diritto straniero sulla base delle ordinarie regole sui conflitti di legge⁷⁸. Così che sulla base di tale orientamento, pur nella identità dei valori di riferimento (recepiti dalla - o attraverso la - clausola in parola), che in ogni caso debbano essere tenuti in conto allorché si tratta di controllare il modo di essere delle sentenze straniere o del diritto straniero e, quindi, nella assoluta identità della

⁷⁸ Si tratta di una tesi apparsa per lungo tempo dominante e che ha imposto una doppia lettura del principio: così che esso va letto in chiave meno rigida allorché si tratti di riconoscere sentenze straniere, ed in chiave di maggiore rigore ove si tratti di applicare il diritto straniero. In tal senso v. gli Autori di cui *supra*.

funzione assegnata all'istituto, lo stesso potrà in concreto incidere in modo diverso e modulare, ben potendosi sostanzialmente ammettere il riconoscimento di sentenze straniere in casi in cui il giudice del foro non potrebbe applicare la norma straniera per l'operare della preclusività di cui all'ordine pubblico. Tale conclusione, che sostanzialmente si giustifica nella prospettiva della configurazione di una nozione di ordine pubblico a contenuto variabile, dipendente dalle occasioni nelle quali essa viene in rilievo ed è in concreto invocata, desta invero alcune perplessità, tanto che la dottrina ancora recentemente ne ha confutato gli stessi presupposti ed il fondamento. Ed in tale contesto condivisibile è il tentativo di ricondurre ad unità l'ordine pubblico⁷⁹. L'unità del diritto internazionale privato (testimoniata, nel caso della materia che ci occupa, dalla identità delle funzioni delle discipline oggetto di esame) nonché la stessa unità del principio - come è noto molti dubbi sono stati sollevati sulla distinzione tra ordine pubblico interno ed ordine pubblico internazionale⁸⁰ -, non consente, in sostanza, a nostro avviso, molto spazio ad operazioni interpretative del tipo indicato.

D'altra parte, che non vi sia spazio per operazioni che tendono ad esasperare i conflitti di significati riconducibili agli istituti del diritto internazionale privato è provato dalla stessa circostanza che l'ordine pubblico sempre più spesso appare istituito dai contenuti variabili e differenziati: tanto che molto spesso se ne può mettere in dubbio l'esclusività ad operare come unico strumento di risoluzione dei conflitti. Infatti, come si osservava, delle due l'una: o l'ordine pubblico va considerato come uno dei possibili limiti all'operare nel foro di dati stranieri, ovvero esso sarà utilizzabile anche per sanzionare fattispecie che un tempo ne erano tradizionalmente escluse^{81 82}.

⁷⁹ FUMAGALLI, *Considerazioni sull'unità del concetto*, cit. *supra*, nota 72; BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 149.

⁸⁰ Sul punto, v. il lavoro di CARBONE - LUZZATTO *Il contratto internazionale*, Torino, Utet, 1992, ove si illustra con molta profondità la sostanziale inadeguatezza delle tradizionali distinzioni (sulle quali si sono formate generazioni di studiosi di diritto internazionale privato) tra nozioni che rilevano per il diritto sostanziale e nozioni che rilevano per il diritto internazionale privato. In particolare, non vi è dubbio che gli istituti dell'ordine pubblico e dell'autonomia privata siano stati per decenni studiati sotto prospettive caratterizzanti logiche antagoniste che hanno sicuramente perso molto della tradizione manciniana, che faceva perno sull'unità degli istituti in considerazione.

⁸¹ Ed, al riguardo, si pensi alla stessa nozione di ordine pubblico procedurale che è via via invalsa nel corso dello scorso secolo e che ha comportato un'estensione dei poteri di controllo del giudice del riconoscimento. Se, come si è già visto, la previsione di cui all'art. 64, lett. f, l. n. 218 (secondo la quale la sentenza straniera deve essere stata pronunciata in esito ad una procedura rispettosa dei diritti essenziali della difesa) è da considerare inclusa nel concetto di ordine pubblico (in quanto appunto esaustiva del c.d. ordine pubblico procedurale), si deve esclusivamente ammettere che sotto il profilo indicato l'ordine pubblico da tenere in considerazione ai fini del riconoscimento delle sentenze straniere è veramente ben più vasto rispetto alla nozione tradizionalmente accreditata. Se, viceversa, la norma di cui all'art. 64 delinea una categoria (di ordine pubblico procedurale o meno) distinta dall'ordine pubblico, è giocoforza ammettere che gli strumenti di esclusione dei conflitti devono sostanzialmente moltiplicarsi allo scopo, in genere, di valutare l'oggettività - ed il livello - del coordinamento tra ordinamento del foro ed ordinamento straniero.

⁸² Sul tema v. anche CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit. *supra*, nota 70, p. 226.

Come si osservava, da tempo si ripropone un orientamento ispirato ad una sorta di favore verso il riconoscimento di sentenze straniere, secondo il quale sarebbe consentito il riconoscimento del diritto straniero incompatibile con l'ordine pubblico allorché, tuttavia, tale non sia la situazione (od il diritto soggettivo) da esso costituito⁸³. Tale conclusione sarebbe poi confermata dallo stesso art. 64 lett. g. l. n. 218/95, che fa appunto espresso riferimento - allorché stabilisce la sanzione dell'omesso riconoscimento della sentenza straniera - ai soli "effetti" del diritto straniero. È ben vero che in varie occasioni la giurisprudenza ha enunciato il principio menzionato così sostanzialmente "riducendo" la portata della disposizione (e quindi comprimendo il potere di controllo del giudice del riconoscimento); tuttavia è altrettanto vero che in tutta una serie di casi, che presentano come minimo comune denominatore una influenza forte e qualificata di valori di segno pubblicistico ovvero la regolazione di *status* personali, il giudice del riconoscimento si è dato carico di verificare la compatibilità con l'ordine pubblico delle norme straniere applicate con i valori irrinunciabili del foro, a prescindere che la situazione affermata dalla sentenza straniera fosse o meno in sé in conflitto con l'ordine pubblico medesimo⁸⁴.

D'altra parte, neppure vi è dubbio che il superamento - che secondo molti sarebbe attuato sia con l. 21 giugno 1971 n. 804 (di esecuzione della Convenzione di Bruxelles del 1968) che con la legge n. 218/95 - del riesame del merito (come è noto originariamente previsto nei limitati casi di cui all'art. 798 c.p.c), inevitabilmente pone il giudice del riconoscimento in una posizione assai delicata; e ciò, sia che egli venga adito nel giudizio di opposizione al decreto di esecutività della decisione straniera ai sensi degli artt. 31 ss. della Convenzione di Bruxelles, sia che egli sia adito ai sensi dell'art. 67, della legge n. 218⁸⁵. È ben vero che deve, in ogni caso, essere operata una netta distinzione tra controllo di conformità (o di regolarità) della sentenza straniera e revisione (o riesame) del merito, presupponendo il primo la verifica della sussistenza delle condizioni subordinatamente alle quali l'ordinamento consente alla decisione straniera di produrre effetti nel foro e la seconda, invece, una valutazione della questione sostanziale come sottoposta al giudice straniero. Ma è altrettanto vero, da un lato, che il controllo di conformità è andato sempre più estendendosi, sino a consentire la valutazione di aspetti sostan-

⁸³ Più precisamente, si tende ad affermare che è del tutto irrilevante, in sede di riconoscimento delle sentenze straniere, che il giudice straniero abbia applicato una norma in contrasto con l'ordine pubblico del foro, dal momento che ciò che rileva è, semmai, che la situazione come regolata dalla decisione straniera, sia coerente con l'ordine pubblico medesimo.

⁸⁴ Nell'analisi compiuta nel primo capitolo è evidente come, allorché vengano in rilievo valori irrinunciabili, è assai difficile che venga dato accesso alle norme straniere pur se la situazione da esse creata non sia in sé in contrasto con l'ordine pubblico.

⁸⁵ Sul riesame del merito, tuttavia, si rinvia a quanto sarà esposto *infra*.

ziali della situazione, come recepita o costituita dalla sentenza straniera, proprio attraverso l'ordine pubblico internazionale (e correlativamente la stessa distinzione tra controllo dell'esistenza delle condizioni per la delibazione e riesame del merito è stata in larga misura svalutata) e, dall'altro, come si è rilevato, che il controllo di conformità (o di regolarità) ha trovato sempre più spazio proprio in relazione alla avvenuta soppressione del riesame del merito, per quanto attiene all'area comunitaria e con riguardo a qualsiasi pronuncia straniera che prevede le caratteristiche di cui all'art. 64. Tanto che, leggendo particolarmente le sentenze britanniche e (specialmente) francesi ricordate in precedenza, proprio l'ordine pubblico ha costituito la chiave di volta per consentire il controllo delle sentenze straniere in una prospettiva che si avvicina al sindacato del merito della decisione. Infatti, si ricorderà che pronunce prive di motivazione sono state costantemente ritenute non riconoscibili a meno che non fossero accompagnate dalla documentazione che ne consentiva una valutazione sotto il profilo della loro coerenza con l'ordine pubblico del foro. Ed ancora, si ricorderà il trattamento delle sentenze straniere nell'ambito delle quali non è menzionata in base a quale ordinamento si è pervenuti alla decisione e che pure configurano la necessità di una loro valutazione alla stregua dell'ordine pubblico.

In breve, anche in presenza di un quadro normativo quantomeno precario e scadente - quale quello precedente alla entrata in vigore della l. n. 218/95 - la giurisprudenza ha utilizzato la clausola generale dell'ordine pubblico proprio allo scopo di selezionare - anche avendo riguardo al merito - i dati stranieri di cui si chiedeva il riconoscimento in Italia.

2.4. Occorre soffermarsi quindi sulla nozione di ordine pubblico processuale: che ha impegnato molto spesso la dottrina e la stessa giurisprudenza.

Si ricorderà, anzitutto, l'orientamento della giurisprudenza francese ed inglese dal quale è scaturita una ingente giurisprudenza comunitaria sull'art. 27, n. 2, della Convenzione di Bruxelles.

Al di là delle prime manifestazioni contenute nei casi *Couchet Frères*⁸⁶ e *Klomps c. Michel*,⁸⁷ non vi è dubbio che la giurisprudenza della Corte con il caso *Magenta Drucks*⁸⁸ induce a molta attenzione allorché si tratti di riconoscere decisioni straniere nell'ambito delle quali non sia stata garantita la massima tutela ai diritti della difesa. Perfino nell'ordinamento comunitario, in breve, siamo di fronte ad una fase - che potremmo definire di riflessione

⁸⁶ Corte di giustizia 21 maggio 1980 in causa n. 125/79 e commento di MARI, *Autorizzazioni e riconoscimento di provvedimenti cautelari*, cit. supra, nota 56.

⁸⁷ Corte di giustizia, sentenza del 16 giugno 1981 in causa n. 166/80, cit. supra, nota 57.

⁸⁸ Corte di giustizia, sentenza del 10 ottobre 1996 in causa n. C-78/95, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4943 e in *Riv. dir. int. priv. proc.* 1997, p. 498.

rispetto a quella che la precedeva (che invece potremmo definire di "entusiasmo" nell'applicazione del principio della libera circolazione dei giudicati) - nella quale l'esigenza di circolazione del dato giudiziario è posta a raffronto con quella *a.* di tutelare i valori fondamentali alla base dell'esperienza giuridica nazionale ed internazionale e, particolarmente, *b.* di attuare nel foro il principio di garanzia (del contraddittorio) che si sostanzia in forma ellittica nella esigenza di attuare i diritti essenziali della difesa⁸⁹. Nessuno stupore, allora, se il diritto interno ha recepito di recente le indicazioni così nettamente emergenti dalla prassi comunitaria, e riferibili ad un ambiente sociale che ha dato luogo davvero ad uno spazio giuridico unitario. Tale sistema prevede la sostanziale equiparazione tra le sentenze pronunciate dai differenti organi giurisdizionali che ne fanno parte e così subordina, come è noto, il riconoscimento delle decisioni straniere e, quindi, il loro operare in Italia (anche, ovviamente, quando non vi sia contestazione od opposizione da parte di alcuno), alla circostanza che siano stati rispettati nel corso della procedura estera i diritti essenziali della difesa⁹⁰.

In breve, come si ricordava in precedenza, l'espresso richiamo all'esigenza del controllo del rispetto dei diritti essenziali della difesa assume una importanza davvero centrale nell'intero sistema sul riconoscimento delle sentenze straniere. Noti sono, infatti, i dubbi in ordine all'ambito di operatività tradizionalmente assegnato all'art. 797 n. 7 c.p.c, particolarmente allorché si è trattato di determinare se, attraverso la clausola ed il principio dell'ordine pubblico, avrebbe potuto operarsi anche il controllo della procedura svoltasi davanti al giudice straniero, non escludendosi affatto, come si è ricordato da parte di taluno, che le uniche norme rilevanti in tema di controllo della procedura estera fossero appunto quelle di cui all'art. 797 nn. 2 e 3, con la conseguenza che non sarebbe (stato) possibile attraverso il principio dell'ordine pubblico operare un controllo della sentenza straniera neppure in presenza di gravi violazioni dei diritti fondamentali della difesa (diverse tuttavia da quelle costituite dalla assegnazione di un congruo termine a comparire e dalla corretta notificazione della domanda)⁹¹. Tanto che recentemente, come si è ricordato in precedenza, - probabilmente allo scopo di garantire una ulteriore apertura dell'ordinamento del foro a valori giuridici estranei -, la Suprema Corte non ha esitato ad affermare che «l'impossibilità della difesa, rilevante agli effetti del rifiuto della delibazione, è unicamente quella relativa alla

⁸⁹ In tal senso v. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit. supra, nota 70, passim.

⁹⁰ Rivalutano l'espressione ora indicata nei loro interventi sulla l. n. 218/95 LUZZATTO, BARIATTI, BOSCHIERO, GAJA ed ATTARDI.

⁹¹ In questo senso è stata letta la ricordata decisione della Corte di giustizia *Hoffmann c. Krieg* sentenza del 4 febbraio 1988 in causa n. 145/86, in *Raccolta*, 1988, p. 642). Sul tema v., in particolare, l'approfondita analisi di SALERNO, *Principio del contraddittorio e riconoscimento di sentenze straniere*, cit. supra, nota 30, p. 66.

rituale instaurazione del contraddittorio nel giudizio innanzi all'autorità che ha adottato la decisione delibanda e non anche quella attinente a situazioni processuali diverse (come l'esercizio del diritto di impugnazione) non contemplato dalla normativa» (si trattava, nel caso indicato, di valutare se il termine a comparire in appello - di dieci giorni - fosse sufficiente a consentire al convenuto il pieno diritto di difesa)⁹².

Considerazioni di ordine sistematico nonché testuale inducono, come si è ricordato, a non condividere nella sua absolutezza l'opinione della Corte. Il problema, in genere, è piuttosto quello di conciliare il principio in virtù del quale il processo è retto dalla legge del luogo dove esso si svolge (e di qui la conseguenza della esaustività degli strumenti processuali di cui a tale ordinamento e della conseguente concentrazione dei mezzi di difesa in detto ambito) con l'esigenza di previo controllo e valutazione del dato giuridico estraneo ad opera dell'ordinamento del foro. Il c.d. ordine pubblico procedurale - che appunto riassume principi che corrispondono a valori irrinunciabili per l'ordinamento del foro - indubbiamente ha consentito costantemente (anche se in alcuni ordinamenti in modo quantitativamente diverso - si pensi solo alla richiamata esperienza francese e britannica -) al giudice del controllo una valutazione del modo di essere della sentenza straniera anche in quei casi nei quali non era specificamente applicabile l'art. 797, nn. 2 e 3 c.p.c senza contemporaneamente derogare al principio della *lex processus*. In particolare, le pronunce ricordate non hanno affatto negato la facoltà per il giudice del riconoscimento di valutare il rispetto da parte del giudice straniero del principio del contraddittorio: che, all'evidenza, connota solo una delle differenze tipiche sotto il profilo funzionale tra il riconoscimento della sentenza in quanto espressione della giurisprudenza ed il riconoscimento delle sentenze in quanto norma concreta applicabile in virtù delle differenti norme di diritto internazionale privato. Proprio il rispetto dei principi generali della difesa, e, quindi, un sindacato sul modo come si è svolto il processo all'estero, rappresenta la caratteristica propria (unitamente alla coincidenza delle regole in materia di competenza tra ordinamento straniero ed ordinamento del foro) della tematica del riconoscimento delle sentenze straniere.

Nel contesto da ultimo menzionato la giurisprudenza comunitaria è stata chiamata a prendere una posizione ai sensi dell'art. 177 (ora 234 CE) del Trattato di Roma con riguardo alla riconoscibilità di procedimenti resi senza un effettivo contraddittorio.

⁹² La Suprema Corte italiana pare abbia subito spesso il "fascino" di un atteggiamento incline al riconoscimento del diritto straniero, rinunciando in qualche occasione a riaffermare la centralità del principio del contraddittorio. Si vedano le pronunce ricordate in precedenza e segnatamente Cass. 23 gennaio 1989 n. 543, in *Giur. it.*, 1989, II, 1, c. 590; Cass. 29 gennaio 1992 n. 606, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1308.

In un primo tempo, ma ancora successivamente con il caso *Hoffman c. Krieg*⁹³, la Corte di giustizia ha adottato un atteggiamento estremamente conservativo in ordine alla potenzialità del controllo della sentenza straniera ad opera del giudice del riconoscimento. Ed ha concluso, al riguardo, che il principio in virtù del quale deve favorirsi la libera circolazione dei giudicati in ambito comunitario impone di interpretare il sistema di cui agli artt. 26 e 27 della Convenzione di Bruxelles nel senso di escludere che fattispecie diverse da quelle specificamente previste all'art. 27 in funzione della regolare instaurazione del contraddittorio potessero condizionare, nel senso di precludere, il riconoscimento delle sentenze straniere. Siffatta lettura della normativa internazionale, allora assai più ispirata all'obiettivo della instaurazione di uno spazio giudiziario europeo che all'esigenza della protezione dei diritti fondamentali, ha di fatto proiettato la giurisprudenza comunitaria, in una prima fase, nel senso di respingere pressoché completamente la prospettiva del controllo di regolarità e di accettare così massivamente il principio dell'esaurimento dei mezzi di difesa nell'ambito del procedimento straniero. L'interpretazione della Corte, peraltro, evidentemente sbilanciata a favore del principio della circolazione dei giudicati – e così tale da sacrificare l'esigenza di una congenialità dei valori –, è parsa tuttavia rapidamente inadeguata ed inidonea a tenere conto dell'esigenza, che in quel periodo si faceva assai pesante, di valorizzare, anche nella prospettiva internazionalprivatistica, i principi fondamentali di diritto internazionale e, conseguentemente, di rilevarne l'influenza nel contesto degli emergenti principi di diritto europeo in materia processuale.

E così, in occasione del ricordato caso *Klomps c. Michel*, da un lato si è ammesso il riconoscimento di uno *Zahlungsbeehl* richiesto da un soggetto domiciliato in Francia nei confronti di una persona fisica domiciliata in Olanda anche prima della pronuncia della *Vollstreckungsbeehl*, in quanto la procedura tedesca in questione prevede comunque la realizzazione del contraddittorio, seppure solo virtuale e differito. Così che si è pronunciato il riconoscimento dell'ordine di ingiunzione tedesco proprio perché al convenuto/intimato era stato assegnato nel caso di specie un congruo termine a comparire⁹⁴.

Ed è proprio sulla base della menzionata opinione che una convincente tesi dottrinale⁹⁵ tende ad escludere dal novero dei provvedimenti riconoscibili

⁹³ Corte di giustizia, sentenza del 4 febbraio 1988 in causa n. 145/86, *cit. supra*, nota 91.

⁹⁴ BALBI, *Il procedimento di ingiunzione*, *cit. supra*, nota 65, *passim*.

⁹⁵ Sul tema v. TARZIA, *Prospettive di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata nella Comunità Economica Europea*, in *Studi Gorla*, II, Milano, Giuffrè, 1994, p. 1519; RADICATI DI BROZOLO, *Diritto comunitario e regole processuali interne: inapplicabilità dell'art. 633 c.p.c.*, in AA.VV., *Studi in ricordo di F. Panzera*, Bari, Cacucci Editore, 1995, p. 701. A conferma di quanto indicato nel testo si consideri l'imposta decisione resa dalla Corte di giustizia nel caso *Hengs Importo BV c. A. M. Campeis*, in occasione della quale non si è esitato ad affermare addirittura che l'art. 27, n. 2, della Convenzione di Bruxelles «non consente al giudice dello Stato richiesto di

il decreto ingiuntivo italiano. Il decreto ingiuntivo, a differenza del *Vollstreckungsbefehl* tedesco, non è affatto pronunciato in contraddittorio (rituale o effettivo), ma è destinato a produrre effetti anche prima che scada il termine per l'opposizione. Così, esso potrà essere riconosciuto, secondo l'orientamento indicato, solo quando il contraddittorio sia stato in concreto instaurato ovvero l'intimato abbia comunque avuto la possibilità di instaurarlo: e cioè sia passato in giudicato in caso di "contraddittorio virtuale", e cioè in caso di mancata opposizione nel termine di quaranta giorni, in caso di "contraddittorio effettivo", quando l'opposizione sia abbandonata (e cioè, ancora, in caso di passaggio in giudicato del decreto) ovvero allorché nel corso del procedimento di opposizione sia concessa l'esecutorietà dal giudice istruttore ai sensi dell'art. 648 c.p.c.

L'importanza di un controllo penetrante della regolarità internazionale della decisione sotto il profilo del rispetto del diritto alla difesa è confermata anche nel noto caso *Denilauler c. Couchet Frères*⁹⁶ fra i casi, ancora una volta, che hanno maggiormente tentato di rendere compatibile le esigenze della circolazione dei giudicati con le esigenze del controllo in funzione, particolarmente, del rispetto dei diritti della difesa. Si trattava, nel caso in parola, di riconoscere in Germania un provvedimento di sequestro in corso di causa autorizzato da un Tribunale francese senza contraddittorio, e cioè senza che fosse stata notificata l'istanza alla parte interessata.

Osservava la *Couchet Frères*, nel procedimento ex art. 177 del Trattato (ora 234 CE) davanti alla Corte di giustizia, che l'art. 27 n. 2 della Convenzione di Bruxelles non può essere considerato applicabile in tutti i casi in cui il provvedimento richiesto, essendo di natura cautelare, è destinato per sua natura ad operare solo "a sorpresa" contro la parte debitrice, essendo viceversa la medesima norma applicabile solo nei casi in cui il contraddittorio sia fisiologico al tipo di processo di cui trattasi. Tesi sostenuta in corso di giudizio dalla Repubblica italiana, oltreché dalla stessa Commissione.

rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione a motivo di un'eventuale violazione di disposizioni di diritto dello Stato di origine diverse da quelle relative alla regolarità della costituzione». In tale occasione la Corte non ha esitato, in applicazione del principio della concentrazione dei mezzi di difesa davanti al giudice straniero, a considerare non rilevante davanti al giudice del riconoscimento l'argomento secondo il quale l'art. 643 del codice di procedura civile italiano non consente la procedura monitoria ove si tratti di notificare il provvedimento all'estero. Affermazione, peraltro, che è risultata attenuata con il caso *Handrikman e Feyer c. Magenta Druck e Verlag Cimble* del 10 ottobre 1996 in causa n. C-78/95, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4987, in occasione del quale si è affermato che l'art. 27, n. 2, precludeva il riconoscimento di una sentenza straniera allorché la notifica della domanda aveva avuto luogo regolarmente secondo il diritto straniero ma il convenuto non era stato posto nelle condizioni di difendersi per tempo, a nulla rilevando che l'ordinamento straniero medesimo prevedesse rimedi di tipo straordinario.

Nel medesimo senso si vedano i recenti casi: *Minalmet*, del 12 novembre 1992 in causa n. C-123/91, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 328 con nota di VASSALLI - DACHENAUSEN; in *Rev. crit.*, 1993, p. 85 con nota di DROZ ed in *CLUNET*, 1993, p. 468; *Isabelle Caneray c. Peters e Sicherst* del 7 marzo 1990 in causa n. 305/88, in *Raccolta*, I, p. 2725.

⁹⁶ Corte di giustizia, sentenza del 21 maggio 1980 in causa n. 125/79, *cit. supra*, nota 86.

La Corte respinge l'impostazione testé succintamente riassunta, con l'occasione ponendo mano ad una riconsiderazione generale del sistema dei provvedimenti cautelari quale disciplinato nella Convenzione. Anzitutto la Corte osserva che in Francia possono essere riconosciuti i provvedimenti cautelari pronunciati all'estero in quanto la richiesta sia stata previamente e regolarmente notificata alla parte resistente. La Corte, peraltro, sul punto conferma quanto già osservato nel caso *Klomps v. Michel*, ammettendo che anche un mero contraddittorio eventuale potrebbe essere sufficiente ad integrare la fattispecie di cui all'art. 27.2. In sostanza, anche nel caso *Denilauler* si ammette, quale forma sufficiente di contraddittorio, quella meramente virtuale.

Ma, a prescindere da quanto sopra, la decisione nel caso *Denilauler* è di estremo interesse perché in buona sostanza la Corte opera una sorta di "collegamento" tra competenza ai fini dell'adozione dei provvedimenti cautelari e competenza indiretta ai fini del riconoscimento. Nel senso che, secondo la Corte, nel sistema della Convenzione il criterio di collegamento giurisprudenziale principale e privilegiato è quello del luogo dove sono situati i beni dal momento che in tale luogo il sequestro può essere eseguito anche senza previa instaurazione del contraddittorio in virtù dello speciale criterio di collegamento adottato all'art. 24⁹⁷. Ed è per tale ragione, e cioè anche per garantire efficacia ed effettività a tale forma di tutela cautelare, che è stato espressamente adottato siffatto criterio di collegamento; ciò muovendosi dal presupposto che il giudice del luogo dove sono situati i beni è quello più adatto a valutare tutti gli aspetti - finanche quelli di carattere esecutivo - collegati alla cautela. Viceversa, ove la forma di tutela sia richiesta in un Paese diverso, viene meno quella immediatezza valutativa: ciò che sconsiglia un'automatica attribuzione di effetti e provvedimenti che non hanno formato oggetto di contraddittorio (almeno virtuale) e che non siano stati adottati (autorizzati) dal giudice del luogo dove i beni sono situati.

Vi è da osservare, peraltro, che fino alla novella del 1992 il sistema non garantiva la loro riconoscibilità all'estero in virtù delle regole della Convenzione in genere adottate prima della instaurazione. Dopo la novella, invece, i provvedimenti potranno essere riconosciuti nell'area comunitaria (ed oggi europea in senso lato) solo a seguito della audizione presso il giudice competente⁹⁸.

Da ultimo, la Corte di giustizia ha inequivocabilmente "ridotto" le più rigorose conclusioni, estremamente favorevoli ad ammettere il riconoscimento automatico di decisioni straniere contumaciali in occasione dell'importante

⁹⁷ Essendo evidente che le condizioni di cui all'art. 27 n. 2 della Convenzione producono effetti unicamente quale criterio per il riconoscimento, ma sicuramente non vengono in rilievo ai fini di determinare la sussistenza della competenza giurisdizionale (in tal senso v. sia il caso *Klomps c. Michel*, sia il caso *Denilauler c. Couchet Frères*).

⁹⁸ Sul punto v. ancora CONSOLO, *La tutela sommaria*, cit. *supra*, nota 32, p. 597.

caso *Henderskman e Feyer c. Magenta Druck*. Si trattava, in quella occasione, di riconoscere una sentenza olandese pronunciata a seguito di un giudizio dove la notificazione aveva avuto luogo regolarmente (e cioè in conformità al diritto locale), anche se in giudizio si era costituito un *falsus procurator* nella assoluta ignoranza dei convenuti.

Malgrado l'art. 27, n. 2 escluda l'obbligo di riconoscimento solo se la notificazione non ha avuto luogo regolarmente e tempestivamente, ovvero in caso di contumacia, la Corte non ha esitato a pronunciare, anche in virtù dell'art. 6 della Convenzione europea sulla protezione dei diritti dell'uomo del 4 ottobre 1950, la non riconoscibilità della sentenza olandese in quanto tale da violare i diritti essenziali della difesa. Sotto questo profilo, la decisione della Corte tende a completare il contesto comunitario in ordine al controllo della sentenza straniera, rilevando la centralità, comunque, dei principi generali in tema di protezione dei diritti dell'uomo, che necessariamente sono da considerare – seppure ancora con molta timidezza nell'occasione indicata – interferenti con la (ed invasivi della) disciplina desumibile dalla Convenzione di Bruxelles prima e dal regolamento n. 44/2001 oggi. La pronuncia *Magenta Druck*, che ancora si pone nel solco del principio di tassatività dei mezzi di contestazione del riconoscimento (in principio ancora automatico), valorizzando strumenti eminentemente internazionalprivatistici come l'ordine pubblico processuale, si pone come un'importante conferma degli orientamenti che via via maturano nel momento in cui si afferma che anche nel vigore della Convenzione di Bruxelles - e, quindi, nel regime della circolazione automatica dei giudicati in un ristretto ambito spaziale - il ruolo del controllo di regolarità ad opera del giudice del riconoscimento non può essere limitato in alcuna misura. Tale pronuncia si pone in un certo modo come anticipatrice di un prossimo sviluppo, ad oggi prefigurato solo attraverso gli strumenti offerti dal diritto internazionale umanitario, ma, per tale specifico motivo rapidamente destinati ad influire sugli assetti del diritto comunitario e specificamente sulla lettura del regolamento n. 44/2001. Non si può dimenticare, infatti, che la Convenzione europea sulla Protezione dei Diritti dell'Uomo incide direttamente e specificamente sulle norme comunitarie primarie o derivate, che pertanto devono risultare conseguentemente automaticamente modificate⁹⁹.

⁹⁹ Rinviamo, per ora, alla sentenza della Corte europea del 20 luglio 2001 nell'affare *Pellegrini c. Italia*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 1117, con commento di C. FOCARELLI, *Equo processo e riconoscimento di sentenze straniere: il caso Pellegrini*, *ibidem*, p. 955. L'importante pronuncia, resa ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, non si limita a dichiarare contrario all'ordinamento internazionale la specifica forma processuale adottata dal Tribunale Ecclesiastico in quanto in contrasto con le regole dell'equo processo (nel caso di specie non risultava essere stata offerta la possibilità alla convenuta di difendersi nominando un avvocato e fruendo del tempo necessario per il coordinamento della difesa), ma conclude nel senso che siffatta censura si riproduce automaticamente sulla decisione straniera che l'indicata sentenza abbia riconosciuto senza sollevare le eccezioni idonee a precludere la prosecuzione dei suoi effetti in via extraterritoriale. Anticipando quanto osserveremo in prosieguo, la Corte, nell'inutilità di rilevare il contrasto fra il modello processuale ammesso e

Una recente importante decisione della Corte di giustizia merita una specifica e separata valutazione. La decisione resa nel caso *Krombach*¹⁰⁰ offre infatti un'occasione molto utile per delineare i limiti dell'ordine pubblico processuale alla luce dei principi di diritto comunitario umanitario. Va peraltro subito osservato che tale decisione pare assai poco coraggiosa nella parte in cui il rapporto in tale occasione delineato tra norme contenute nella Convenzione di Bruxelles ed i principi generali riconducibili all'equo processo si evidenzia molto debole.

Si trattava, nel caso di specie, di valutare la riconoscibilità di una sentenza civile resa in un processo penale dove veniva in rilievo un reato gravissimo la cui sussistenza è stata riconosciuta in capo all'imputato, una di quelle occasioni particolarmente favorevoli - proprio per la gravità dei profili penalistici - per "testare" il livello di coerenza delle norme civilistiche e processual-civilistiche in tema di equo processo. In di riconoscimento il convenuto - condannato in Francia a quindici anni di reclusione - ha contestato il riconoscimento della decisione in sede civile ed ha a tal fine eccepito la violazione dell'ordine pubblico procedurale per *i.* il difetto di giurisdizione del giudice a quo per l'inadeguatezza del solo criterio della nazionalità dell'attore in un contesto dove la competenza sotto il profilo penale sicuramente sussisteva e *ii.* l'impossibilità sostanziale per il convenuto/imputato di difendersi a mezzo di un avvocato senza apparire personalmente in giudizio.

Così, la Corte ha preso in considerazione le due possibili eccezioni ritenendo in un caso (quello che riguarda la valutazione dei profili di competenza) che l'ordine pubblico non fosse invocabile (essendo di fatto insindacabile la competenza giurisdizionale del giudice d'origine ai sensi dell'art. 28 n. 3, e quindi irrilevante ai fini del riconoscimento della sentenza straniera la violazione delle norme della Convenzione di Bruxelles) e, nell'altro caso, che la clausola dell'ordine pubblico (processuale) fosse invece tale da precludere il riconoscimento (poiché al convenuto/imputato in un procedimento penale

quello imposto dal diritto internazionale umanitario (non essendo la S. Sede contraente la Convenzione del 1950), non ha esitato tuttavia a considerare parimenti illecito il comportamento di quello Stato che acriticamente, magari in nome di un'esigenza di circolazione automatica dei giudicati, favorisca che il prodotto di un processo in contrasto con il principio del contraddittorio prosegua i suoi effetti nell'area dove la garanzia di cui alla Convenzione si realizza. Ed è di tutta evidenza che, ove i contenuti del regolamento n. 44/2001 non fossero sufficienti a scongiurare la violazione del diritto internazionale umanitario - nel senso di non imporre il controllo sulla osservanza dei diritti fondamentali della difesa secondo l'accezione e nel livello stabilito dalla Convenzione del 1950 -, essi andrebbero immediatamente ed "automaticamente" integrati, non essendovi dubbio che il regolamento comunitario in parola dovrà essere interpretato ed applicato nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario.

¹⁰⁰ Corte di giustizia, sentenza del 28 marzo 2000 in causa n. 7/98, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1935 e in *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2000, p. 491. V. anche la recente decisione dell'11 maggio 2000 in causa n. C-38/98, *Régie Nationales des Usines Renault SA c. Maxicar S.p.A.*, *ibidem*, p. 505 e in *Raccolta*, 2000, I, p.2973. V., sul punto il recente commento di NASCIBENE, *Riconoscimento di sentenze straniere e ordine pubblico comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 658.

non era stata offerta la possibilità di difendersi a mezzo di un avvocato se non rinunciando al diritto di non comparire).

Da un lato, tale decisione pare rilevare la necessità di configurare un sistema "autonomo e completo" di valutazione della decisione straniera della quale si invoca il riconoscimento in Italia; ciò che conferma il tradizionale e più antico orientamento di cui al caso *Hoffman c. Krieg*, in forza del quale vi sarebbe un limitatissimo spazio per l'ordine pubblico procedurale dovendo essere ogni elemento riguardante al contraddittorio posto in relazione esclusivamente con le specifiche previsioni di cui all'art. 27, Convenzione di Bruxelles (e cioè, congruità del termine a comparire e effettività della *vocatio in ius* del convenuto). Dall'altro lato, tuttavia, la decisione espressamente afferma che «il rispetto dei diritti della difesa ... deve essere garantito anche in mancanza di qualsiasi norma riguardante il procedimento di cui trattasi ...» dal momento che «se lo scopo della Convenzione è quello di garantire la semplificazione delle formalità cui sono sottoposte il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie, questo obiettivo non potrebbe essere tuttavia raggiunto indebolendo i diritti della difesa».

La sintesi della Corte è quindi nel senso della eccezionalità dell'uso dei principi generali in funzione della esclusione del riconoscimento delle sentenze straniere e comunque solo *i.* attraverso la clausola dell'ordine pubblico (che, come si vedrà in prosieguo, dovrebbe costituire un veicolo permanente di selezione) e *ii.* quando l'obiettivo del riconoscimento comporti una «violazione manifesta del diritto [del convenuto, *n.d.r.*] a difendersi dinanzi al giudice d'origine».

Sotto il primo profilo la decisione desta, come si osservava, talune perplessità. E ben vero che l'art. 28 della Convenzione pare escludere l'operatività dell'ordine pubblico quando si tratti di contestare la violazione delle disposizioni in materia di competenza (che all'evidenza, nel caso di specie, sussisteva, non essendo certo rilevante ai sensi della Convenzione di Bruxelles il criterio costituito dalla nazionalità dell'attore). Nessun dubbio, sotto questo profilo, che il principio di conclusività – in base al quale il processo è regolato dalla legge di celebrazione – nonché specificamente il disposto dell'art. 128, n. 3, richiamato, impongono che tutte le esecuzioni e censure siano sottoposte e valutate dall'ordinamento dove il processo è celebrato. Nel caso di specie, tuttavia il criterio in parola, diverso rispetto a quelli previsti dalla Convenzione di Bruxelles, può dubitarsi sia incompatibile con gli stessi principi di diritto internazionale ai sensi dei quali, come è noto, gli Stati possono esercitare la *national jurisdiction* solo in presenza di un *genuine link*¹⁰¹. Ed è da dubitare che tale collegamento possa essere integrato, in

¹⁰¹ Sul punto, sia permesso ancora il rinvio al nostro *Conformità dei valori*, cit. *supra*, nota 25.

materia civile, dalla nazionalità dell'attore, così da ritenere tuttavia che un criterio di competenza chiaramente esorbitante (quale la nazionalità dell'attore) possa fondare il riconoscimento di una decisione straniera senza che si evidenzino un'alterazione dei principi fondamentali.

Ciò tantopiù che, nel caso di specie, l'assenza di una qualsiasi valutazione in ordine alla sussistenza della competenza giurisdizionale ha avuto luogo, in concreto, nel contesto di un processo penale – rispetto al quale non era contestabile il profilo della giurisdizione – nell'ambito del quale i presidi di tutela sotto il profilo civilistico sono in genere assai attenuati. Più precisamente, una valutazione del giudice d'origine sulla sussistenza del collegamento imposto dalla Convenzione è insindacabile ad opera del giudice richiesto. Viceversa, deve ritenersi sindacabile quando essa non sia stata compiuta affatto, ovvero quando le circostanze di fatto, male interpretate, abbiano condotto ad affermare la giurisdizione in una situazione nella quale i principi generali di diritto internazionale escludono la sussistenza del collegamento minimo voluto dal diritto internazionale spontaneo. Inoltre, se *nulla quaestio* sulla riconoscibilità di sentenze in materia civile rese nell'ambito del processo penale, non vi è dubbio che in tal caso – come quello in esame – il giudice del riconoscimento dovrà porre in essere assai maggiore attenzione. L'esperienza conferma, infatti, che nei casi indicati il giudice penale porta assai maggiore attenzione ai profili strettamente di ... criminale essendo sottovalutati in concreto gli aspetti internazionalprivatistici e processualcivilistici. In tali casi, quindi, ferma restando la riconoscibilità della sentenza, proprio il giudice del riconoscimento sarà chiamato a verificare in concreto come si sia atteggiato il processo all'estero e se siano stati tutelati i diritti essenziali in materia civilistica (l'onere della prova, la competenza, ecc.)

In breve, se anche l'ordine pubblico non possa essere tenuto in considerazione alla stregua dei criteri di collegamento voluti dalla Convenzione, esso nondimeno sarebbe dovuto essere preso in considerazione almeno alla luce dei principi generali di diritto internazionale.

Sotto il secondo profilo, la sentenza *Krombach* conferma invece il ruolo dell'ordine pubblico procedurale o, se si preferisce, l'influenza dei principi generali della difesa anche in quanto strumento di controllo delle sentenze straniere. Non pare dubbio che subordinare la difesa tecnica in un procedimento giudiziale alla comparizione della parte, allorché si tratti di un processo penale, significa sostanzialmente precluderla.

Di fatto, l'imputato sarebbe così posto davanti all'alternativa di potersi difendersi solo a prezzo di non sottrarsi alla conseguenze sanzionatorie penali: ciò che pare all'evidenza in conflitto, sia con il diritto di difendersi in sede penale finanche sottraendosi alla giustizia, sia, ai fini che ci occupano, con il diritto di difesa in sede civile. In tale sede, la celebrazione del processo in

congiunzione con il processo penale non deve mai indurre il giudice a spostare l'angolo visuale della propria azione, essendo egli chiamato, come giudice civile, a pronunciare a prescindere dalla conseguenze di ordine penalistico.

E così, a ben vedere, non può negarsi che se è in genere indifferente la natura e tipologia del processo che viene in rilievo ai fini del riconoscimento delle sentenze civili straniere, essendo pertanto riconoscibili anche decisioni in materie civile rese in esito ad un processo penale, nondimeno in tali casi il potere-dovere di controllo della sentenza straniera da parte del giudice del riconoscimento sarà particolarmente incisivo. È noto, infatti, che il clima del processo penale pone sovente sullo sfondo le caratteristiche e conseguenze civilistiche, anche sotto il profilo probatorio. Inoltre, proprio la circostanza che in genere il giudice penale si limita a pronunciare sull'*an*, rinviando al giudice civile per la determinazione del *quantum*, introduce il rischio che conseguenze civilistiche importanti si producano in un clima di minore rigore e sicuramente con una minore attenzione agli aspetti d'ordine civilistico.

3. L'art. 64 lett. b. della l. n. 218/1995: strumento di garanzia nell'ambito che gli è proprio (e cioè in funzione della protezione ad ampio raggio dei diritti delle opere)

Conclusivamente, pare debba pure ritenersi che l'esigenza dell'ordine pubblico, anche quale desumibile dalle più recenti pronunce della Corte europea, costituisce un importante strumento di controllo della sentenza straniera. Tuttavia, tale clausola sconta una lettura selettiva – accreditata anche dalla sua evoluzione e dal suo tenore – che la rende idonea a rappresentare l'unico strumento per garantire l'applicazione del diritto processuale comunitario (diretto o derivato). Ed è per tale motivo che, limitatamente alle tematiche relative ai diritti essenziali della difesa, l'art. 64 l. n. 218/95 si pone come reale strumento alternativo e residuale.

Trattandosi di riconoscimento di sentenze straniere nel vigore della *ius commune*, infatti, il riferimento ai principi generali ad opera dell'interprete pare d'obbligo, essendo probabilmente ozioso ed inutile indagare in quale misura la presenza dell'art. 64, lett. b., sia decisiva. Certo è che tale disposizione deve essere letta esattamente in funzione di recepire l'intera esperienza, nulla escluso, che va maturando nel nostro Paese e nel diritto internazionale, dovendosi così propendere, nel caso dei diritti essenziali della difesa (almeno di quelli ricordati in precedenza), per una lettura "forte" del diritto costituzionale, internazionale e comunitario in tema di protezione dei diritti dell'uomo. In breve, non solo il contraddittorio nel significato sopra indicato (come regola che caratterizza e connota l'intero divenire procedimentale) va ricom-

preso nella nozione di "diritti essenziali della difesa", ma anche il diritto a che il proprio giudice sia indipendente ed imparziale (quantomeno sotto il profilo della organizzazione delle regole del processo vigente nel Paese dove la pronuncia è resa), il diritto alla impugnazione e, a talune condizioni, il diritto alla motivazione.

Il che non significa che il diritto comunitario non imponga anche una serie di regole interne allo svolgimento del processo e diverse da quelle rivolte alla attuazione dei principi fondamentali¹⁰². Tuttavia queste regole processuali di origine comunitaria non possono certo essere considerate racchiuse nell'ambito dell'art. 64, lett. *b.*, non escludendosi peraltro che esse vengano in rilievo direttamente. Ma in tal caso la loro operatività in sede di riconoscimento di una sentenza straniera che ha violato si pone in modo del tutto diverso dal caso dell'art. 64, lett. *b.*¹⁰³.

Così nel caso, appunto, di violazione di principi generali sulla protezione dei diritti della difesa, che si assume siano racchiusi nell'art. 64, lett. *b.*, l. n. 218/95, il giudice del controllo non potrà che respingere l'istanza di riconoscimento e promuovere così una sentenza di accertamento negativo della sussistenza delle condizioni per il riconoscimento straniero. Il che non significa che ogni situazione di violazione dei diritti di difesa in senso proprio comporti la reiezione della domanda di riconoscimento: occorrerà che il giudice straniero abbia violato una norma importante e centrale, così da contravvenire ad una di quelle regole che, nell'esperienza internazionale, comunitaria ed interna, sia assimilabile ad un vero e proprio principio.

Del pari il giudice del controllo, nella precisa prospettiva introdotta dal diritto internazionale e comunitario, dovrà accuratamente verificare se il giudice straniero che ha pronunciato la sentenza oggetto di valutazione abbia operato nel contesto di un ordinamento che garantiva la indipendenza ed imparzialità. Infatti, se la violazione di altri principi nel caso concreto è assistita dai rimedi di tutela previsti nell'ordinamento *a quo*, operando in modo pieno ed esaustivo il principio di concentrazione della difesa davanti al

¹⁰² E ci riferiamo, in particolare, a quelle regole di diritto processuale comunitario, cui si è fatto cenno in precedenza, in genere rivolte a garantire la regolazione di situazioni di sostanza rette dal diritto comunitario e che l'ordinamento di ciascuno Stato membro è tenuto ad attuare.

¹⁰³ Infatti, limitatamente a queste situazioni, non si tratta affatto di lasciar operare l'art. 64, lett. *b.*, e cioè i principi generali rivolti alla protezione dei diritti della difesa, ma di valutare se una sentenza straniera che abbia violato una disposizione di procedura finalizzata all'attuazione del diritto comunitario possa essere riconosciuta a meno. Proprio in questo caso si tratta di valutare in concreto come operi il principio della conclusività e della concentrazione dei mezzi di difesa.

Da un lato, infatti, ed in linea generale, sembra essere questa la soluzione da privilegiare; la mancata applicazione da parte del giudice straniero (comunitario ovviamente) delle disposizioni di diritto comunitario non può che essere valutata nel contesto dell'ordinamento straniero e quindi utilizzando tutti i mezzi di ricorso previsti nell'ambito di tale ordinamento. Dall'altro, tuttavia, si ricordi come a determinate condizioni il principio di conclusività (e di esaustività di mezzi di ricorso) sia vacillato così consentendo al giudice del riconoscimento il controllo della stessa correttezza della sentenza straniera e, quindi, una indagine che si avvicina molto al merito.

giudice straniero, quando il giudice straniero medesimo operi in un contesto organizzativo che non ne garantisce l'indipendenza e l'imparzialità (come se egli fosse assoggettato al potere esecutivo ovvero se fosse organicamente legato ad una delle parti), non potrà negarsi che l'art. 64, lett. b., giochi in pieno il suo ruolo precludendo il riconoscimento del prodotto dell'attività giurisdizionale così reso all'estero. Sotto questo profilo si ricorda che è assai delicato il problema rappresentato dal riconoscimento di sentenze straniere in materia penale limitatamente agli effetti prodotti dalle statuizioni in materia civile dal momento che, come si osservava in precedenza, non può escludersi la violazione di un diritto essenziale della difesa (costituito - ad esempio - dal diritto ad un giudice indipendente ed imparziale) quando si tratti di sentenze rese nell'ambito di processi a struttura accusatoria e dove il giudice appartiene allo stesso ordine di una delle parti. In breve il giudice del riconoscimento dovrà in tal caso - e più in genere in tutti i casi in cui vi sia dubbio sulla indipendenza ed imparzialità (esterna) del giudice che ha pronunciato la sentenza straniera - verificare in concreto il modo di essere dell'ordinamento straniero allo scopo di valutarne la conformità al modello minimo previsto nell'ordinamento italiano.

La valutazione cui è chiamato il giudice del controllo sui casi indicati in precedenza, in cui vengono in rilievo il principio della indipendenza ed imparzialità, riguarda solo fattispecie sulle quali l'ordinamento straniero sia costruito in modo tale da configurare una violazione di detti principi e non anche casi in cui di detti principi il giudice straniero abbia fatto cattiva applicazione. In quest'ultimo caso, infatti, dovrà considerarsi operante il principio della concentrazione dei mezzi di difesa nel giudizio *a quo*, restando confinato il controllo della correttezza del giudicato straniero ai soli casi ritenuti necessari in base al sopra ricordato controllo e del principio del controllo da operare secondo il modulo di cui all'esperienza *Adam v. Cape Industries*¹⁰⁴.

Da ultimo, nella prospettiva di una rivalutazione del diritto alla prova in quanto garanzia piena conseguente al contraddittorio, si deve segnalare l'importante conferma proveniente sia dalla giurisprudenza tedesca che dalla giurisprudenza britannica. Se, infatti, sin dal caso *Jet Holding*¹⁰⁵ non si è esitato a dichiarare la rilevanza delle modalità di acquisizione della prova in funzione della determinazione del danno (essendosi, come si ricorderà, in quella occasione ritenuta contraria alla *public policy* una pronuncia nell'ambito della quale il danno era stato determinato in virtù di un procedimento probatorio estremamente generico), di recente la Corte costituzionale tedesca non ha esitato a confermare, in nome dei principi generali, la non riconoscibi-

¹⁰⁴ *Adam v. Cape Industries p.l.c.* (1990) ch. 433, cit. *supra*, nota 71.

¹⁰⁵ *Jet holding v. Patel* (1989), cit. *supra*, nota 71.

lità di una disciplina nell'ambito della quale era stata disposta ed attuata una *pre-trial-discovery* ed erano stati pronunciati i *punitive damages*. Quelle indicate sono manifestazioni inequivocche della reazione, non solo dei principi di ordine pubblico (la valenza dei quali, anzi, per quanto sopra si è osservato, parrebbe compressa con la riforma del '95 e per effetto dello stesso prevalente orientamento della Corte di giustizia sull'art. 27 n. 1 della Convenzione di Bruxelles)¹⁰⁶, ma anche dei principi generali ed inderogabili all'interno degli ordinamenti nazionali (che contemporaneamente rappresentano un parametro obbligato ai fini della valutazione della sentenza straniera provenienti dall'area extracomunitaria).

L'attenzione del giudice del controllo alla sentenza straniera, ed al procedimento a conclusione del quale è pronunciata, è del tutto spiegabile particolarmente nella logica del riconoscimento delle sentenze provenienti da Paesi che non sono membri della Comunità. Infatti, se i principi generali di cui sopra devono essere rispettati (e le relative norme impiegate) da tutti i giudici della Comunità, è del tutto logico che, nella prospettiva di una effettiva circolazione dei giudicati in uno spazio giudiziario unico, come quello costituito in forza della Convenzione di Bruxelles e di Lugano, il giudice del riconoscimento non sia chiamato a controllare - più di tanto - l'operato del giudice straniero. Ciò tanto più che il diritto comunitario si ispira, anche nella materia che ci occupa, al principio del mutuo riconoscimento e dello standard del trattamento del paese di origine.

A diversa conclusione, viceversa, pare debba pervenirsi nel caso di pronunce provenienti da ordinamenti i cui giudici non sono affatto tenuti all'applicazione di quei principi e che, anzi, nella logica della competizione internazionale, potrebbero essere indotti a negarli. In tal caso, infatti, sicuramente si giustifica un ruolo penetrante del giudice del controllo; al quale è in concreto affidata la verifica che il giudice extracomunitario abbia applicato i principi generali ed inderogabili dell'ordinamento (tanto più che tale controllo consentirebbe anche di evitare forme di frode alla legge del tipo di quelle che si realizzano quando le parti intendono sottoporre al giudice straniero una controversia allo scopo di evitare l'applicazione di regole imperative)¹⁰⁷.

E così, avuto riguardo all'importanza che ai principi generali di diritto comunitario deve essere assegnata per quanto sopra, non sembra dubbio che il principio che impone il controllo della sentenza straniera ex art. 64, lett. b debba essere letto ed applicato in senso assai ampio affinché possa nella

¹⁰⁶ Vedi, sul punto, WALTHER, *Aspetti internazionali*, cit. *supra*, nota 64.

¹⁰⁷ Sulla territorialità delle norme di applicazione necessaria richiamiamo le nostre valutazioni in *Conformità dei valori*, cit. *supra*, nota 25, p. 115 ss. Sulla frode alla legge si veda la sentenza della Suprema Corte francese del 6 febbraio 1985, cit., nonché AUDIT, *La fraude à la loi*, Parigi, Dalloz, 1974, *passim*.

massima misura possibile essere verificata la compatibilità della pronuncia stessa con i principi comunitari.

Peraltro, al di là dell'indubbia influenza che i principi generali di diritto comunitario producono ai fini dell'interpretazione degli artt. 26 e 27 della Convenzione di Bruxelles, non può affatto escludersi a priori che all'art. 64 lett. *b.* della l. n. 218 quale norma che garantisce il costante adattamento del diritto interno ai principi generali di diritto in tema di garanzie della difesa debba essere assegnato un ruolo tale da rendere la disposizione potenzialmente idonea a interagire anche con le disposizioni internazionali in deroga al principio di specialità¹⁰⁸. Trattandosi, in sostanza, di una norma recettiva di un principio generale (di diritto comunitario) la misura della sua importanza è da parametrare proprio al livello di generalità che la caratterizza, a nulla rilevando che una disposizione settoriale o speciale si proponga di disciplinare la medesima materia. In breve, non può affatto escludersi che la previsione di cui all'art. 64, lett. *b.*, l. n. 218/95 si espanda in modo sensibile integrando a tutti gli effetti la disciplina altrimenti applicabile e che regge lo spazio giudiziario comune costituito in forza della Convenzione di Bruxelles e di Lugano ed oggi dei nuovi Regolamenti. Ciò tanto più che, trattandosi di un rinvio ai principi di diritto comunitario, non può nemmeno obbiectarsi *a contrariis* che siffatta lettura precluderebbe l'uniformità di interpretazione ed applicazione degli strumenti di esigenza comunitaria.

4. I principi generali e fondamentali di diritto comunitario ed i loro effetti integrativi della disciplina applicabile al riconoscimento delle sentenze straniere

Rimane, tuttavia, la possibilità che, malgrado ogni sforzo interpretativo, i principi generali menzionati non trovino un veicolo idoneo nella l. n. 218/95 e contemporaneamente la mancata applicazione del diritto comunitario di cui trattasi non sia tale da integrare la violazione dell'ordine pubblico. In tali casi, vi è da domandarsi se non si realizzi una forma di vera e propria integrazione della disciplina internazionalprivatistica applicabile in virtù dei medesimi principi generali e fondamentali.

L'importanza dei principi generali nel contesto comunitario e la loro diretta rilevanza anche dal punto di vista del diritto positivo confermano che da essi non si può prescindere, nemmeno allorché, pur non essendo incorporati nella disciplina di diritto positivo applicabile, con gli stessi confligga la procedura seguita dal giudice straniero la cui sentenza si tratta di riconoscere.

¹⁰⁸ Sul tema ricordiamo le lucide analisi di GUASTINI, in *Principi di diritto* (voce in *Digesto*), Torino, Utet.

E ciò sia che essi integrino una fattispecie espressamente ed implicitamente considerata (come attraverso la clausola dell'ordine pubblico), sia che essi non siano affatto recepiti.

Allorché la violazione da parte del giudice straniero di regole di procedura coincida con la trasgressione di principi generali sanciti dal diritto internazionale e/o dal diritto comunitario (come avviene quando, ad esempio, la sentenza straniera sia stata pronunciata da un giudice non indipendente e precostituito per legge, oppure violandosi il principio del contraddittorio, oppure negandosi il doppio grado di giudizio od ancora precludendosi il diritto alla prova) lo stato del foro non potrà che negare la propria collaborazione con lo Stato straniero che "domanda" di estendere la propria *jurisdiction* nel foro medesimo, e così il giudice del riconoscimento non potrà che negare effetti alla sentenza straniera siccome formata in violazione di un principio generale: e cioè senza neanche sia necessario provare che la situazione integra una fattispecie di violazione dell'ordine pubblico (processuale)¹⁰⁹.

Lo stesso, d'altra parte, deve ritenersi quando il giudice straniero non abbia applicato principi generali e regole di ordine materiale costituenti principi fondamentali dell'ordine comunitario ed il cui mancato rispetto nell'area comunitaria mette a rischio l'attuazione dell'ordinamento (si pensi alla disciplina degli aiuti e della concorrenza, alla libertà di accesso al mercato, ecc.).

Infatti, al di là della considerazione secondo la quale pare inopportuno ammettere nel foro la rilevanza di singoli atti processuali posti in essere nell'ambito di giudizi estranei relativamente ai quali sia lecito dubitare del rispetto dei principi minimi comuni a tutti i giudici degli Stati membri della Comunità, non vi è dubbio che quelli indicati in precedenza rappresentano principi di civiltà comuni a tutti i Paesi o regole che integrano l'ordinamento europeo che, indipendentemente dal fatto che configurino anche principi di ordine pubblico processuale (come invero si verifica), non possono non essere tenuti in considerazione come norme processuali di applicazione necessaria ad opera del giudice chiamato al controllo della sentenza straniera.

Tra tali principi, occorre senz'altro includere anche quelli - non propriamente classificabili alla stregua di principi generali in senso proprio ma - fondamentali dell'ordinamento comunitario, come, ad esempio, i principi in tema di libertà fondamentali, dai quali la Corte ha in più occasioni desunto -

¹⁰⁹ Occorre infatti recuperare la prospettiva internazionalpublicistica in qualche misura sacrificata con le riforme di inizio secolo. Come si è osservato, le regole nei conflitti di legge da un lato e quelli in tema di esecuzione di sentenza straniera, evocano un tipo di riconoscimento in senso lato del diritto straniero che comporta (automaticamente spesso) che la giurisdizione straniera ("*legislative*" o "*judicial*") prosegua nel foro producendo effetti extraterritoriali. Ma è anche evidente che, una volta abbandonate le più rigide conseguenze di un approccio marcatamente positivista, il giudice del foro dovrà valutare se l'obbligo di cooperazione (o collaborazione) sussista ed a quali condizioni (ci limitiamo e permettiamo rinviare al nostro ricordato commento all'art. 64 della l. n. 218/95, in *Le nuove leggi civili commentate*, cit. *supra*, nota 43, p. 1464).

come si è accennato - regole di diritto processuale da essere rispettate - anche in deroga ai singoli diritti nazionali e quindi all'interno degli Stati membri. Tale conclusione sembra del tutto giustificata al fine di evitare che penetrino nel sistema giudiziario europeo dati giuridici non ispirati ai - e maturati nel rispetto dei - medesimi valori fondamentali tali da addirittura precludere il formarsi di giudicati europei contrastanti.

Ed a provare il contrario non pare sufficiente osservare che le norme processuali comunitarie che così si formano in funzione dell'attuazione dei diritti riconosciuti ai singoli dal Trattato - e di cui si tratta ex art. 5 di garantire l'attuazione - non possono essere considerate alla stregua di veri e propri principi generali (di civiltà), trovando piuttosto la loro ragione d'essere in esigenze di carattere economico o commerciale, essendo rivolte alla attuazione di precise opzioni socio-politiche comunitarie. Tali norme, in sostanza, al pari delle norme costituzionali, non parrebbero tali da integrare i principi generali di diritto comunitario nella prospettiva sopra indicata (della esclusione del riconoscimento appunto), costituendo solo regole integrative del diritto processuale interno ma di contenuto strettamente territoriale.

Infatti proprio la circostanza che le norme processuali in parola siano strettamente ancorate alle disposizioni - *rectius*: alle situazioni - sostanziali che si prefiggono di attuare nell'ordinamento degli Stati membri, induce a ritenere che le stesse rappresentino comunque un parametro indispensabile ai fini del controllo che è tenuto a porre in essere il giudice del riconoscimento pienamente giustificato dall'art. 64 lett. g. della l. n. 218 e dall'art. 27 n. 1 delle Convenzioni di Bruxelles e di Lugano. Se è vero che è precluso al giudice del riconoscimento la valutazione del merito ed il controllo del diritto applicato, le norme comunitarie in tema di non discriminazione e di accesso al mercato, nonché quelle in tema di aiuti pubblici alle imprese e di fiscalità, sono da ritenersi di ordine pubblico (o di applicazione necessaria) e la loro disapplicazione ad opera di un giudice straniero (attraverso disposizioni di procedura che non consentono di attuare le relative situazioni), pertanto, rende non riconoscibile il suo giudizio. Esattamente come avviene allorché si tratti di sentenze in tema di triplice danno o pronunciate sulla base delle c.d. *fishing expeditions* che, come si accennava, secondo la prevalenza degli ordinamenti europei, non sono riconoscibili.

In breve la valenza "processuale" delle situazioni sostanziali indicate, nei termini sopra evocati, induce a ricondurre a tali situazioni la valutazione dello spazio di collaborazione da garantire alle Autorità straniere: così che, allorché tali situazioni diano luogo a fattispecie di conflitto con l'ordine pubblico (ovvero le relative norme comunitarie siano di applicazione necessaria), anche la violazione delle norme di procedura posta in essere dal giudice straniero dovrà comportare la non riconoscibilità della decisione straniera.

D'altra parte la pronuncia *Krombach*, seppure salomonicamente riconduca tali principi all'ordine pubblico, pare confermare come gli stessi diano luogo ad una sottospecie di ordine pubblico (ordine pubblico europeo). Al di là della definizione - forse eccessivamente sbrigativa - la sentenza in parola conferma come una serie di regole fondamentali e fondanti l'ordinamento comunitario devono comunque essere tenute presenti, non operando in caso di loro violazione il principio di riconoscimento quale enunciato in termini assai ampi dal regolamento n. 44/2001, ed imponendosi così un penetrante controllo del giudice in funzione della valutazione ed eventualmente integrazione della sentenza straniera.

Maurizio Maresca

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

IL POTERE DI VIGILANZA DELLA COMMISSIONE NON DEVE LEDERE IL DIRITO AD UNA BUONA AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA*

Tribunale di primo grado

Sentenza del 30 gennaio 2002 in causa n. T-54/99

max.mobil Telekommunikation Service GmbH c. Commissione delle Comunità europee

Art. 90, n. 3, Trattato CE (divenuto ora art. 86, n. 3, CE) - Diritto della concorrenza - Telefonia mobile - Rilascio della concessione GSM - Fissazione dell'importo dei canoni - Abuso di posizione dominante - Rigetto della denuncia - Obbligo della Commissione di procedere ad un esame diligente e imparziale - Violazione.

L'obbligo generale di vigilanza della Commissione, ed il suo corollario, cioè l'obbligo di esaminare con diligenza ed imparzialità le denunce ad essa sottoposte, si applicano indifferentemente, quanto al principio in essi contenuto, nell'ambito degli artt. 85, 86, 90, 92 e 93 del Trattato CE, anche qualora le modalità per l'esercizio di tali obblighi varino in funzione dei loro settori specifici di applicazione, ed in particolare, dei diritti procedurali conferiti esplicitamente agli interessati dal Trattato o dal diritto comunitario derivato in questi stessi settori.

Nei limiti in cui alla Commissione incombe siffatto obbligo di esame, il rispetto di quest'ultimo non può essere sottratto ad ogni forma di sindacato giurisdizionale. Tale sindacato giurisdizionale rientra altresì nei principi generali dello Stato di diritto comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati

* In argomento v. *infra*, p. 281 ss., il commento di MATTEO MICHELETTI.

membri, come è confermato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, il quale prevede che ogni individuo i cui diritti garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice.

(Omissis) **In diritto**

Giudizio del Tribunale

Osservazioni preliminari

47. Prima di esaminare i motivi dedotti da entrambe le parti, occorre precisare l'ambito nel quale devono essere valutate le questioni concernenti la ricevibilità ed il merito del presente ricorso, relativo all'applicazione dell'art. 90, n. 3, del Trattato CE.

48. Poiché nel caso di specie si tratta di un ricorso contro un atto di rigetto di una denuncia, si deve sottolineare, in via preliminare, che il trattamento diligente ed imparziale di una denuncia trova espressione nel diritto ad una buona amministrazione, che rientra tra i principi generali dello Stato di diritto comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Infatti, l'art. 41, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (*Guce* n. C 364, p. 1; in prosieguo: la «Carta dei diritti fondamentali») conferma che «[o]gni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione». Occorre esaminare prima di tutto la natura e la portata di tale diritto e del concomitante obbligo dell'amministrazione, nel particolare contesto dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza ad un caso individuato, come fa valere la ricorrente nel caso di specie.

49. Al riguardo, occorre rilevare innanzitutto che un obbligo di procedere ad un esame diligente ed imparziale è stato già espressamente imposto alla Commissione dalla giurisprudenza del Tribunale, quanto agli artt. 85 e 86 del Trattato CE (divenuti artt. 81 CE e 82 CE), da un lato, e con riferimento all'art. 92 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, artt. 87 CE), ed all'art. 93 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 88 CE), d'altro lato (v., in particolare, sentenze del Tribunale 18 settembre 1992 in causa n. T-24/90, *Automec c. Commissione*, in *Raccolta*, II, p. 2223, punto 79, e 15 settembre 1998 in causa n. T-95/96, *Gestevisión Telecinco c. Commissione*, in *Raccolta*, II, p. 3407, punto 53). Peraltro, nelle sentenze 17 novembre 1987 in cause riunite n. 142/84 e n. 156/84, *BAT e Reynolds c. Commissione* (in *Raccolta*, p. 4487, punto 20), e 17 maggio 2001 in causa n. C-449/98 P, *IECC c. Commissione* (in *Raccolta*, I, p. 3875, punto 45), anche la Corte ha considerato che la Commissione è tenuta ad esaminare il complesso degli elementi di fatto e di diritto che sono portati alla sua conoscenza dai denunciati. Nessun testo normativo esplicito né altri elementi consentono di considerare che ciò non varrebbe nell'ambito del potere discrezionale di cui dispone la Commissione in presenza di una denuncia volta a sollecitare il suo intervento a norma dell'art. 90, n. 3, del Trattato.

(*Omissis*)

52. In secondo luogo, la sussistenza di tale obbligo di procedere ad un esame diligente ed imparziale si giustifica altresì in base all'obbligo generale di vigilanza incombente alla Commissione, anche se quest'ultimo viene fatto valere, nell'ambito dell'art. 90, n. 3, del Trattato CE, nei confronti degli Stati membri. Infatti, il Tribunale ha considerato che la portata degli obblighi incombenti alla Commissione nell'ambito del diritto della concorrenza va esaminata alla luce dell'art. 89, n. 1, del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 85, n. 1, CE), che, in questo settore, costituisce l'espressione specifica del compito generale di vigilanza assegnato alla Commissione dall'art. 155 del Trattato CE (divenuto art. 211 CE) (v., segnatamente, sentenza del Tribunale 14 luglio 1994 in causa n. T-77/92, *Parker Pen c. Commissione*, in *Raccolta*, II, p. 549, punto 63). Orbene, l'art. 90 del Trattato CE, al pari dell'art. 89 dello stesso, esprime l'obiettivo generale affidato dall'art. 3, lett. g. del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 3, lett. g., CE] all'azione della Comunità, vale a dire, l'instaurazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno (v., in tal senso, sentenza della Corte 13 febbraio 1979 in causa n. 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, in *Raccolta*, p. 461, punto 38).

53. In tale prospettiva, si deve considerare che l'obbligo generale di vigilanza della Commissione, ed il suo corollario, cioè l'obbligo di esaminare con diligenza ed imparzialità le denunce ad essa sottoposte, si applicano indifferentemente, quanto al principio in essi contenuto, nell'ambito degli artt. 85, 86, 90, 92 e 93 del Trattato CE, anche qualora le modalità per l'esercizio di tali obblighi varino in funzione dei loro settori specifici di applicazione, ed in particolare, dei diritti procedurali conferiti esplicitamente agli interessati dal Trattato o dal diritto comunitario derivato in questi stessi settori. Di conseguenza, sono irrilevanti gli argomenti dedotti dalla Commissione, secondo i quali, da una parte, l'art. 90, n. 3, del Trattato CE non attribuisce alcuna posizione ai privati e, d'altra parte, la tutela di questi ultimi sarebbe garantita dagli obblighi che incombono direttamente agli Stati membri.

(*Omissis*)

55. Il detto obbligo di effettuare un esame diligente ed imparziale non implica tuttavia, per questo, che la Commissione protragga tale esame fino ad adottare una decisione finale o una direttiva destinata ad uno o più Stati membri. Infatti, conformemente ad una giurisprudenza costante, l'art. 90, n. 3, del Trattato CE e l'economia del complesso delle disposizioni di questo articolo implicano che il potere di vigilanza attribuito alla Commissione nei confronti degli Stati membri responsabili di aver infranto le norme del Trattato, in particolare in materia di concorrenza, comporta l'esercizio di un ampio potere discrezionale con riguardo sia all'intervento che la Commissione reputi necessario, sia ai mezzi idonei a tal fine (v., segnatamente, la sentenza *Bilanzbuchhalter*, punto 27, e la sentenza *Vlaamse Televisie Maatschappij c. Commissione*, cit., punto 75). La giurisprudenza precisa inoltre che «l'esercizio del potere di valutare la compatibilità dei provvedimenti statali con le norme del Trattato, conferito dall'art. 90, n. 3, del Trattato, non è accompagnato da un obbligo di inter-

vento della Commissione, invocabile al fine di far accertare un'eventuale carenza da parte di questa» (v., in particolare, la sentenza *Ladbroke Racing Commissione*, cit., punto 38). Pur rilevando l'inesistenza di un obbligo a carico della Commissione di intervenire nei confronti degli Stati membri, questa giurisprudenza non implica tuttavia che la detta istituzione sia esente dall'obbligo di procedere all'esame diligente ed imparziale delle denunce.

56. Occorre poi osservare che, nei limiti in cui alla Commissione incombe siffatto obbligo di esame, il rispetto di quest'ultimo non può essere sottratto ad ogni forma di sindacato giurisdizionale. Infatti, è nell'interesse, sia di una buona amministrazione della giustizia, sia di una corretta applicazione delle regole sulla concorrenza, che le persone fisiche o giuridiche, le quali chiedono alla Commissione di accertare un'infrazione delle dette regole, qualora il loro reclamo non venga accolto *in toto* o in parte, possano disporre di un mezzo di ricorso idoneo a tutelare i loro interessi legittimi. Del resto, la Corte ha già applicato ripetutamente questo principio in materia di infrazioni degli artt. 85 e 86 del Trattato CE (v., in particolare, sentenza della Corte 25 ottobre 1977 in causa n. 26/76, *Metro c. Commissione*, in *Raccolta*, p. 1875, punto 13). Lo stesso vale in caso di violazione dell'art. 90, n. 3, del Trattato CE (v., in tal senso, le conclusioni dell'Avvocato Generale Mischo per la sentenza *Commissione e Francia c. TFI*, cit., punto 97).

57. Peraltro, tale sindacato giurisdizionale rientra altresì nei principi generali dello Stato di diritto comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, come è confermato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, il quale prevede che ogni individuo i cui diritti garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice.

(*Omissis*)

CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA, INTERPRETAZIONE PER PRINCIPI GENERALI E PLURALISMO GIURIDICO

Sommario: *Premessa - 1. Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - 2. Carta dei diritti fondamentali e principi generali come criterio di interpretazione del diritto comunitario - 3. Carta dei diritti fondamentali e pluralismo giuridico - 4. Conclusioni.*

Premessa

Il Tribunale di primo grado, con la sentenza che qui si annota, per la prima volta si occupa esplicitamente del problema del valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, risolvendolo in senso positivo.

Il procedimento da cui origina la decisione è un ricorso per annullamento, ai sensi dell'art. 230 (già art. 173) CE¹, proposto dalla società di diritto austriaco Max.mobil Telekommunikation Service GmbH, avverso una comunicazione di archiviazione della Commissione in relazione alla denuncia per violazione degli artt. 86 e 90, n. 1, del Trattato istitutivo della Comunità eu-

¹ Sul ricorso per annullamento, ex art. 230 TCE, si vedano P. BIAVATI - F. CARPI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000, *passim*; M. CONDINANZI, *Art. 230*, in AA. VV. *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, a cura di F. POCAR, Padova, Cedam, 2001, p. 775; L. NEVILLE BROWN - T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, Londra, Brown & Jacobs, 1995, p. 123; F. POCAR, *Diritto dell'Unione e della Comunità europee*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 192; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 269.

Sul Tribunale di primo grado, si veda diffusamente M. CONDINANZI, *Il Tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1996.

ropea (ora, rispettivamente 82 e 86, n. 1)², da parte della Repubblica d'Austria, a cagione della mancata differenziazione dei canoni imposti alla ricorrente (secondo gestore della rete GSM) ed alla società Mobilkom Austria AG (*ex-monopolista* controllata dall'Amministrazione). La Commissione, per quanto qui interessa, resistendo in giudizio alla pretesa della ricorrente, eccepisce che il par. 3 dell'art. 90 del Trattato istitutivo (ora art. 86, par. 3³) sarebbe norma intesa ad assicurare l'interesse pubblico, e non invece costitutiva di una tutela della pretesa del privato all'emissione di un provvedimento in materia.

Il Tribunale di primo grado, facendo leva sull'art. 41, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (a tenore del quale: «Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione»⁴), interpretato sistematicamente alla luce delle disposizioni del Trattato e del diritto derivato, giunge ad affermare il diritto della ricorrente ad un esame diligente ed imparziale della denuncia da essa presentata⁵. Il richiamo all'art. 47, par. 1, della Carta, che sancisce il diritto di ogni soggetto – le cui posizioni sostanziali garantite dal diritto dell'Unione siano state violate – al ricorso effettivo ad un Giudice⁶, contribuisce poi a suffragare la conclusione della ricevibilità del ricorso. Nel merito, tuttavia, lo stesso viene respinto, non ravvisandosi la sussistenza delle violazioni lamentate.

Rilevante, ai fini dell'analisi che si intende condurre, è la circostanza che il Tribunale abbia affermato – in linea di principio – la giuridicità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, invocando, al fine di decidere la causa, gli artt. 41 e 47 di tale documento. Le motivazioni sulla base delle quali tale giuridicità è stata affermata, e la loro validità, verranno quindi esaminate nei paragrafi che seguono.

² In argomento, si vedano M. C. BARUFFI, *La tutela dei singoli nei procedimenti amministrativi comunitari*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 75; L. DANIELE, *Il diritto materiale della Comunità europea. Introduzione allo studio del mercato interno e delle politiche comunitarie*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 211; E. CANNIZZARO, *Le politiche della concorrenza*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 260; E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, NIS, 1996, p. 123 e p. 376; M. T. D'ALESSIO, Art. 82, AA. VV., *Commentario breve*, cit. *supra*, nota 1, p. 394; M. C. BARUFFI, Art. 86, in AA. VV., *Commentario breve*, cit. *supra*, nota 1, p. 448.

³ Su di esso, si veda in particolare M. C. BARUFFI, Art. 86, cit. *supra*, nota 2, p. 453.

⁴ Su tale disposizione si veda R. BIFULCO, Art. 41, in AA. VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 284.

⁵ Sulla posizione del denunciante si veda M. C. BARUFFI, *I procedimenti*, cit. *supra*, nota 2, p. 124 e p. 161.

⁶ In argomento, si veda M. D'AMICO, Art. 47, in AA. VV., *L'Europa dei diritti*, cit. *supra*, nota 4, p. 319.

1. Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

È fin troppo nota la vicenda che ha portato all'emanazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il Consiglio europeo di Colonia, del 3 e 4 giugno 1999 istituiva una commissione mista, denominata *Convenzione*, composta da membri delle Istituzioni europee (Consiglio, Commissione e Parlamento) e da parlamentari degli Stati membri, cui era conferito mandato di redigere una Carta dei diritti fondamentali, al fine di sancirne in modo visibile l'importanza e la portata per i cittadini dell'Unione.

La Convenzione si costituiva nel dicembre 1999 e approvava il progetto il 2 ottobre 2000.

Il Consiglio europeo di Biarritz del 13 e 14 ottobre 2000, conveniva all'unanimità sul progetto e lo trasmetteva al Parlamento europeo ed alla Commissione. Il Parlamento lo approvava il 14 novembre 2000, e la Commissione il 6 dicembre 2000.

Infine, il 7 dicembre 2000, a Nizza, i Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione – a nome delle rispettive istituzioni – sottoscrivevano e proclamavano la Carta⁷.

Il documento si compone di un preambolo e sette capi, per un totale di 54 articoli. I diritti sono raggruppati in blocchi omogenei intitolati rispettivamente: *a. Dignità; b. Libertà; c. Uguaglianza; d. Solidarietà; e. Cittadinanza; f. Giustizia*. Nella Carta si rinviene il riconoscimento sia di libertà che possono essere inquadrate nelle classiche categorie dei diritti civili e politici, sia dei diritti sociali, sino all'affermazione positiva dei c.d. diritti di nuova generazione della società dell'informazione e tecnologica⁸.

⁷ Sulle vicende dell'elaborazione della Carta, si vedano, tra gli altri, F. POCAR - C. SECCHI, *Il Trattato di Nizza e l'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 55; G. TELESE, *Dal Trattato di Amsterdam alla proclamazione della Carta dei diritti dell'Unione Europea: recenti sviluppi nella codificazione dei diritti fondamentali in ambito comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 105; A. BARLETTA, *Una nota sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritto & Diritti* rivista internet, reperibile all'indirizzo www.diritto.it/articoli/europa/barletta.html; E. PACIOTTI, *La Carta: i contenuti e gli autori*, in A. MANZELLA - P. MELOGRANI - E. PACIOTTI - S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 9.

⁸ L'economia e l'oggetto di questo breve lavoro non consentono una partita espositiva e disamina dei diritti contenuti nella Carta, sia quindi consentito rinviare ai contributi sopraindicati, oltre che a AA. VV., *L'Europa dei diritti*, cit. supra, nota 4, passim; M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle Alte Corti Europee e della Corte Costituzionale italiana*, Milano, Giuffrè, 2001; Q. C. GOLDSMITH, *A Charter of rights, freedoms and principles*, CMLR, 2001, p. 1201; L. M. DIEZ-PICAZO, *Notes sur la nouvelle Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, p. 668; K. LENAERTS - E. DE SMIJTHER, *A Bill of rights for the European Union*, in CMLR, 2001, p. 273; F. POCAR, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in AA. VV., *Commentario breve*, cit. supra, nota 1, p. 1169; M. A. CABIDDU, *Costituzione europea e Carta dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *Profili della Costituzione economica europea*, a cura di A. QUADRIO CURZIO, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 177.

Si deve, tuttavia, ricordare che il Consiglio europeo di Nizza ha deciso di rinviare la risoluzione delle questioni del valore giuridicamente vincolante della Carta, e del suo eventuale inserimento nel sistema dei Trattati, all'esito della discussione più generale sul futuro dell'Unione europea. A Nizza, il Presidente del Parlamento europeo ha tuttavia affermato che «(...) la Carta sarà legge per il Parlamento (...). D'ora in poi sarà il nostro riferimento per tutti gli atti del Parlamento europeo che riguarderanno direttamente o indirettamente i cittadini di tutta l'Unione», ed a sua volta, quello della Commissione ha sostenuto che «la proclamazione sottolinea l'impegno delle Istituzioni a rispettare la Carta in tutte le azioni e politiche dell'Unione (...). I cittadini possono contare sulla Commissione per farla rispettare». Si è quindi aperto tra gli interpreti un vasto dibattito sul reale valore giuridico da attribuire alla Carta.

Da una parte vi sono gli Autori che inclinano per l'immediata attribuzione di valore obbligante alla Carta⁹, dall'altra coloro che negano invece sia legittimo – ed opportuno – riconoscere ad essa una tale efficacia¹⁰; le posizioni assunte sembrano, peraltro, essere in larga parte tributarie delle scelte assiologiche¹¹ di fondo dei loro sostenitori.

Nell'ambito del primo gruppo, una prima opinione – che potrebbe essere definita di tipo «*minimale*» – ritiene che l'attribuzione di efficacia obbligante possa essere operata dalla giurisprudenza interna e comunitaria, considerando la Carta quale «precipitato» delle tradizioni costituzionali degli Stati membri¹². Una seconda corrente interpretativa, più articolata, riconduce invece la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla categoria degli atti «atipici»: con tale *nomen iuris* si farebbe riferimento a quei provvedimenti che pur non essendo riconducibili ad alcuno dei tipi del sistema, avrebbero tutta-

⁹ Sembra a chi scrive che debbano essere inseriti in questo gruppo, pur nella varietà di argomentazioni, tra gli altri L. AZZENA, *Il giudice comunitario e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, p. 613; M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 1009; V. ATRIPALDI, *La Carta dei diritti fondamentali: un processo verso una Carta d'identità europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 160; F. POCAR, *Carta dei diritti*, cit. *supra*, nota 8, p. 1180. Cfr. anche R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO, *Introduzione*, in AA. VV., *L'Europa dei diritti*, cit. *supra*, nota 4, p. 23.

¹⁰ Si vedano U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 153; A. GIOVANNELLI, *Dalla Carta dei diritti alla Costituzione europea*, *ivi*, p. 169; M. LUCIANI, *Riflessioni minime sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, *ivi*, p. 172; Q. C. GOLDSMITH, *A Charter of Rights*, cit. *supra*, nota 8, p. 1214; M. A. CABIDDU, *Costituzione europea*, cit. *supra*, nota 8, p. 198.

¹¹ Cfr. anche A. RUGGIERI, *La "forza" della Carta europea dei diritti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 172. Sul ruolo dei «valori» nell'attività di interpretazione giuridica, si veda L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1981, p. 209.

¹² Cfr. L. AZZENA, *Il giudice comunitario*, cit. *supra*, nota 9, p. 613 - 614; L. M. DIEZ-PICAZO, *Notes*, cit. *supra*, nota 8, p. 678; G. TELESE, *Dal Trattato di Amsterdam*, cit. *supra*, nota 7, p. 116; F. POCAR - C. SECCHI, *Il Trattato di Nizza*, cit. *supra*, nota 7, p. 57; K. LENAERTS - E. DE SMIJTER, *A Bill of rights*, cit. *supra*, nota 8, p. 298. Si veda anche A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 249.

via un qualche carattere di «ufficialità», ed ai quali la giurisprudenza riconosce valore giuridico sulla base del loro contenuto¹³. Nel caso di specie, la base giuridica della Carta dei diritti fondamentali andrebbe rinvenuta nell'art. 6, par. 2, del Trattato UE – che riconoscerebbe alle Istituzioni il potere di intraprendere azioni positive a tutela dei diritti umani – e per questa via essa assumerebbe carattere obbligante¹⁴.

La giurisprudenza, dopo due tentativi andati a vuoto¹⁵, ha finalmente preso posizione con la sentenza che qui si annota. Il Tribunale di primo grado, come si è già anticipato, ha accolto la prima delle due posizioni illustrate, leggendo la Carta come positivizzazione delle tradizioni costituzionali degli Stati membri¹⁶. E tuttavia, ad un'attenta lettura della decisione, sembra da escludersi che la Carta sia utilizzata come fonte di mera *ricognizione* di un diritto già vigente all'interno dell'Unione e dei suoi Stati.

In primo luogo, il Tribunale non ha condotto (o, quantomeno, non mostra di aver condotto) alcuna analisi su alcun campione rappresentativo di norme e pratiche costituzionali degli Stati membri¹⁷, ma è ricorso *tout court* alla Carta al fine di affermare il diritto ad una buona amministrazione (art. 41), e

¹³ Si veda, ad es., la sentenza della Corte di giustizia del 19 marzo 1996 in causa n. C-25/94, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1497, con la quale è stato riconosciuto valore giuridico ad un accordo interistituzionale tra Consiglio e Commissione, annullando un provvedimento del primo, che con tale atto si poneva in contrasto.

¹⁴ Cfr. M. LUGATO, *La rilevanza giuridica*, cit. supra, nota 9, p. 1016; F. POCAR, *Carta dei diritti*, cit. supra, nota 8, p. 54, che qualifica la Carta come accordo interistituzionale tra Commissione, Consiglio e Parlamento europeo; si veda anche A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in A. MANZELLA - P. MELOGRANI - E. PACIOTTI - S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti*, cit. supra, nota 7, p. 38.

¹⁵ La prima occasione mancata è stata quella della sentenza del Tribunale di primo grado del 20 febbraio 2001 in causa n. T-112/98, *Mannesmanroeren - Werke AG c. Commissione*, in *Raccolta*, 2001, II, p. 729 (reperibile all'indirizzo www.curia.eu.int), nella quale il giudice ha affermato di non potere fare riferimento alla Carta dei diritti, in quanto proclamata dopo che le situazioni giuridiche soggettive che venivano in considerazione si erano ormai perfezionate: in argomento, si vedano R. BIFULCO - M. CARTABIA - A. CELOTTO, *Introduzione*, cit. supra, nota 4, p. 25; A. BARBERA, *La Carta europea*, cit. supra, nota 12, p. 250, ove si fa riferimento anche alle opinioni degli Avvocati Generali, ad una decisione del Mediatore europeo, nonché ad una comunicazione della Commissione.

La seconda occasione mancata si è verificata con la sentenza della Corte di giustizia, VI sez., del 26 giugno 2001 in causa n. C-173/99, *The Queen Secretary c. Secretary of State for Trade and Industry*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, p. 594. L'Avvocato Generale TIZZANO, nelle sue conclusioni, ha posto il problema della portata della Carta (*ivi*, p. 603, spec. p. 605), ma la Corte ha totalmente pretermesso qualsiasi argomentazione sul punto: si veda la nota di L. AZZENA, *Il giudice comunitario*, cit. supra, nota 9, p. 615.

¹⁶ Cfr., in particolare, par. 48 e par. 57.

¹⁷ Non è necessario che vengano prese in considerazione tutte le esperienze degli Stati membri, ma il campione preso in considerazione deve comunque essere rappresentativo: cfr. K. LENAERTS - E. DE SMUTHER, *A Bill of Rights*, cit. supra, nota 8, p. 299 e nota 232; L. NEVILLE BROWN - T. KENNEDY, *The Court of Justice*, cit. supra, nota 1, p. 323 e p. 333; si veda, con riferimento al principio di proporzionalità G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 291. Cfr. anche M. CARTABIA - J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 222. In giurisprudenza si veda la sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1979 in causa n. 44/79, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, in *Raccolta*, 1979, p. 3727, punto 13 ss.

quello ad un ricorso giurisdizionale effettivo (art. 47). In secondo luogo, non tutte le libertà riconosciute dalla Carta possono dirsi comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, come è il caso, ad es., dei c.d. diritti di terza e quarta generazione¹⁸. Si può quindi concludere che, in buona sostanza, con la sentenza che si annota, il Tribunale di primo grado abbia riconosciuto una *giuridicità* della Carta dei diritti fondamentali (e cioè il suo carattere obbligante), che si giustifica *ex se*¹⁹.

¹⁸ Nega, ad es., con specifico riferimento al diritto ad una buona amministrazione, che esso sia principio comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri A. BARBERA, ne *La Carta europea*, cit. *supra*, nota 12, p. 252 (cfr. anche p. 246), ove si contesta la decisione del Mediatore europeo del 30 gennaio 2001 in caso 995/98/OV, la quale si era invece espressa in tal senso. Si vedano anche G. TELESE, *Dal Trattato di Amsterdam*, cit. *supra*, nota 7, p. 114; F. POCAR - C. SECCHI, *Il Trattato di Nizza*, cit. *supra*, nota 7, p. 57; PACIOTTI, *La Carta*, cit. *supra*, nota 7, p. 14; K. LE-NAERTS - E. DE SMIJTER, *A Bill of rights*, cit. *supra*, nota 8, p. 280.

In passato, risulta che la Corte di giustizia abbia riconosciuto il diritto alla dignità umana (sentenza del 3 luglio 1974 in causa n. 9/74, *Casagrande c. Landeshauptstadt Muenchen*, in *Raccolta*, 1974, p. 773), la libertà di associazione (sentenza dell'8 ottobre 1974 in causa n. 18/74, *S.G.P.O.E. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1974, p. 933), la libertà religiosa (sentenza del 27 ottobre 1976 in causa n. 130/75, *Prais c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1976, p. 1589), la libertà di espressione (sentenza del 17 gennaio 1984 in cause riunite n. 43 e n. 63/82, *VBVB-VBBB c. Commissione*, in *Raccolta*, 1984, p. 19), il rispetto della vita privata (sentenza del 26 giugno 1980 in causa n. 136/79, *National Panasonic c. Commissione*, in *Raccolta*, 1980, p. 2033) e familiare (sentenza del 18 maggio 1989 in causa n. 249/86, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, in *Raccolta*, 1989, p. 1263), il segreto medico (sentenza dell'8 aprile 1992 in causa n. C-62/90, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta* 1992, I, p. 2575), il diritto di soggiorno (sentenza del 28 ottobre 1975 in causa n. 36/75, *Rutili c. Ministre de l'Interieur*, in *Raccolta*, 1975, p. 1219), il diritto all'inviolabilità del domicilio (sentenza del 21 settembre 1989 in cause riunite n. 46/87 e n. 227/88, *Hoechst c. Commissione*, in *Raccolta*, 1989, p. 2859), il diritto ad una tutela giudiziaria effettiva e ad un processo giusto (sentenza del 1° aprile 1987 in causa n. 257/85, *Dufay c. Parlamento*, in *Raccolta*, 1987, p. 1561), il controllo giurisdizionale degli atti amministrativi (sentenza del 14 maggio 1986 in causa n. 222/84, *Johnston c. Chief Constable of The Royal Ulster Constabulary*, in *Raccolta*, 1986, p. 1651), il diritto di difesa e del contraddittorio (sentenza del 23 ottobre 1974 in causa n. 17/74, *Transocean Marine Paints Association c. Commissione*, in *Raccolta*, 1974, p. 1063), il diritto all'assistenza legale (sentenza del 18 maggio 1992 in causa n. 155/79, *A.M. & S. c. Commissione*, in *Raccolta*, 1982, p. 1575), l'irretroattività delle norme penali (sentenza del 10 luglio 1984 in causa n. 63/83, *Kirk*, in *Raccolta*, 1984, p. 2689), il diritto di proprietà e la libertà professionale (sentenza del 13 dicembre 1979, *Hauer*, cit. *supra*, nota 17), la libertà di commercio (sentenza del 17 dicembre 1970 in causa n. 11/70, *International Handelsgesellschaft c. Einfuhrund Vorratsstelle fuer Getreide und Futtermittel*, in *Raccolta*, 1970, p. 1125), la libertà di concorrenza (sentenza del 7 febbraio 1985 in causa n. 240/83, *Association de defense des Bruleurs d'huiles usages*, in *Raccolta*, 1985, p. 531), il divieto di discriminazione fra produttori e acquirenti (sentenza del 19 ottobre 1977 in cause riunite n. 117/76 e n. 16/77, *Ruckdeshe e altri*, in *Raccolta*, 1977, p. 1753), il principio di parità fra lavoratori e lavoratrici (sentenza del 7 giugno 1972 in causa n. 20/71, *Sabbatini Bertoni c. Parlamento*, in *Raccolta*, 1972, p. 345), il diritto alla ricongiunzione del nucleo familiare (sentenza del 15 febbraio 1985 in causa n. 267/83, *Diatta c. Land Berlino*, in *Raccolta*, 1985, p. 567), l'estensione dei vantaggi sociali ai figli dei lavoratori migranti (sentenza del 3 luglio 1974, *Casagrande*, loc. cit.), il divieto di discriminazione in tema di prestazioni sociali in favore dei lavoratori immigrati (sentenza del 15 gennaio 1986 in causa n. 41/84, *Pinna c. Caisse d'Allocations Familiales de la Savoie*, in *Raccolta*, 1986, p. 1); in argomento, si veda E. PAGANO, *Sui rapporti tra la Carta e i principi fondamentali elaborati dalla Corte di giustizia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 179.

¹⁹ Un problema diverso è se tutte le disposizioni contenute nella Carta abbiano carattere giuridico-obbligante, oppure se questo sia proprio solo di alcune di esse. Sembra, a questo proposito, rinvenirsi in dottrina una distinzione tra quelle che potrebbero definirsi disposizioni immediatamente *precettive* del documento, e quelle che vengono invece considerate disposizioni *programmatiche*: le prime sarebbero costitutive di posizioni soggettive azionabili, mentre le seconde sarebbero dirette solo nei confronti delle istituzioni e degli organismi dell'Unione (e degli Stati membri): cfr., ad es., L. M. DIEZ - PICAZO, *Notes*, cit. *supra*, nota 8, p. 669; Q. C. GOLDSMITH, *A Charter of*

2. Carta dei diritti fondamentali e interpretazione per principi generali del diritto comunitario

La decisione che si annota, oltre che per il fatto di avere affermato la giuridicità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, appare significativa anche perché sembra aver avallato definitivamente l'*interpretazione per principi generali del diritto comunitario*.

Con tale espressione si vuole fare riferimento alla versione «europea» di una particolare tecnica, diffusa largamente nelle democrazie occidentali, che viene normalmente utilizzata ai fini dell'interpretazione delle disposizioni di rango costituzionale²⁰.

Per comprendere il procedimento di cui si parla, si deve osservare che le norme giuridiche paiono classificabili in due categorie: le *regole* e i *principi*. Le prime offrirebbero solo l'alternativa tra integrale applicazione o integrale disapplicazione (forma del «tutto-o-niente»), i secondi – all'opposto – non si presterebbero ad un'applicazione altrettanto lineare, poiché ne andrebbero considerati il «peso», o la «dimensione», con l'effetto di aprire la via ad operazioni di bilanciamento quando si tratti di comporre il conflitto tra principi potenzialmente antagonisti (poiché intersecantisi in relazione a fattispecie parzialmente coincidenti)²¹. Da un punto di vista in certo senso naturalistico, le *regole* andrebbero identificate con le norme a fattispecie di applicazione più determinata, mentre *principi* sarebbero le disposizioni che possiedono un maggior contenuto assiologico, e quindi una fattispecie di applicazione più ampia.

Il vero è che le dottrine dell'interpretazione per principi e del bilanciamento dei valori concorrenti (che alle prime è sotteso) si pongono come strumento globale di lettura dei testi fondamentali degli ordinamenti. Sorge quindi il problema di trasformare le regole in principi: un tale risultato viene di

Rights, cit. *supra*, nota 8, p. 1212.

In generale, sull'invalidità della distinzione tra norme precettive e norme programmatiche, si veda però B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1997, p. 288.

²⁰ Si parla, ad es., di *Güterabwägung* in Germania, di *bilanciamento degli interessi* in Italia, di *balancing test* negli Stati Uniti, ma la tecnica è utilizzata anche in Spagna e Francia: si vedano G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit. *supra*, nota 17, *passim*, anche per gli opportuni richiami di dottrina e giurisprudenza; A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2002. Non si può poi non fare menzione dell'esperienza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: su cui si veda, in particolare, M. DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Trieste, Proxima Scientific Press, 1994, p. 43. Cfr. anche C. CATTABRIGA, *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 123.

²¹ Si vedano R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 9; M. DI BENEDETTO, *Dworkin come interprete della giurisprudenza costituzionale statunitense*, in *Nomos*, 1990, p. 15; J. LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Dir. e Soc.*, 1993, p. 313; R. S. SUMMERS, *Lo strumentalismo pragmatico e la teoria americana del diritto. Una sintesi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, p. 1083; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit. *supra*, nota 17, p. 309; A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento*, loc. cit., p. 6.

solito raggiunto mediante un'interpretazione sistematica delle norme costituzionali tra loro stesse, o con la legislazione sott'ordinata, onde ricavarne la *ratio*²².

Non stupisce poi che, per effetto delle operazioni di cui si è detto, le disposizioni di garanzia delle posizioni del singolo possano – e ciò accade frequentemente – venire in conflitto con quelle che tutelano le ragioni della collettività: tale contrasto viene allora composto mediante le tecniche di bilanciamento dei valori o degli interessi, che hanno il compito di stabilire quale dei principi che vengono in considerazione deve prevalere nel caso concreto.

Vari sono i criteri con i quali la composizione viene effettuata, anche se poi essi vengono sostanzialmente a coincidere negli ordinamenti democratici. In primo luogo, non si può non fare menzione del principio di proporzionalità tedesco (*Verhältnismäßigkeit*)²³, che coincide tendenzialmente con il principio di ragionevolezza utilizzato dalla giurisprudenza costituzionale italiana²⁴ (oltre che alla *reasonableness* inglese²⁵, ed alle *equal protection of the law clause* e *due process of law clause* americane²⁶).

La misura utilizzata dal legislatore per comporre il conflitto deve essere idonea: vi deve cioè essere un nesso di ragionevole strumentalità del mezzo prescelto rispetto al fine che esso si prefigura di raggiungere (*Geeignetheit*, *Tauglichkeit* tedesche²⁷; *congruità* italiana²⁸; si veda anche il *compelling test*

²² In argomento, si vedano R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit. supra, nota 21, p. 15; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit. supra, nota 17, p. 318; R. S. SUMMERS, *Lo strumentalismo pragmatico*, cit. supra, nota 21, p. 1085; M. DI BENEDETTO, *Dworkin come interprete*, cit. supra, nota 21, p. 19; J. LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit*, cit. supra, nota 21, p. 313; A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento*, cit. supra, nota 20, p. 126. Sia consentito rinviare anche a M. MICHELETTI, *Istituzioni e persona. Appunti a margine dell'ordinamento di supremazia speciale*, in *Studi Urbinati*, 1999/2000, p. 373.

²³ In argomento, si vedano G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit. supra, nota 17, p. 264 e p. 271; J. LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit*, cit. supra, nota 21, p. 307; C. CATTABRIGA, *La Corte di giustizia*, cit. supra, nota 20, p. 123.

²⁴ In realtà, i due principi sembrano coincidere solo parzialmente. Il principio di proporzionalità impone alle Autorità di impiegare strumenti limitativi della libertà degli individui in misura non superiore a quanto strettamente necessario al conseguimento di una specifica finalità pubblica, mentre il principio di ragionevolezza vieta alle stesse di trattare in maniera diversa situazioni eguali, nonché in maniera eguale situazioni diverse (anche se poi, nei fatti, capita che il giudizio di ragionevolezza si atteggi a giudizio sulla proporzionalità): in argomento, si vedano tra gli altri, G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1994, p. 400; R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit. supra, nota 21, p. 44, p. 63 e p. 161; R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 466; V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, Cedam, 1992, p. 63; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit. supra, nota 17, p. 294; C. CATTABRIGA, *La Corte di giustizia*, cit. supra, nota 20, p. 125; A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, vol. XXV, p. 1.

²⁵ Cfr. J. LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit*, cit. supra, nota 21, p. 310; C. CATTABRIGA, *La Corte di giustizia*, cit. supra, nota 20, p. 127.

²⁶ Cfr. G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit. supra, nota 17, p. 29.

²⁷ Si veda G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit. supra, nota 17, p. 192.

²⁸ Cfr. G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit. supra, nota 17, p. 220.

americano²⁹). Essa deve risultare altresì necessaria per il raggiungimento del fine pubblico che si persegue secondo la regola del mezzo più mite (*mildestes mittel* tedesco³⁰, *minimo mezzo* italiano³¹; si pensi anche alla *overinclusiveness* ed alla *underinclusiveness* americane³²). Si ritiene, infine, tendenzialmente che il bilanciamento non possa intaccare il contenuto essenziale (*Wesengehalt* tedesco³³, *inviolabilità* italiana³⁴) dei diritti costituzionalmente garantiti.

L'utilizzo dell'interpretazione per principi e della tecnica del bilanciamento degli interessi o dei valori appare invalso ormai da lungo tempo nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali, e di limitazioni ad essi opponibili per ragioni di interesse generale³⁵: anche qui si afferma infatti la limitabilità delle libertà individuali per ragioni di interesse generale³⁶; i principi concorrenti vengono composti tramite gli usuali criteri utilizzati dai giudici nazionali (proporzionalità, idoneità e necessità degli strumenti impiegati, minimo mezzo, rispetto del contenuto essenziale)³⁷. Pure

²⁹ Su cui G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit. supra, nota 17, p. 324, nota 44.

³⁰ Si vedano G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit. supra, nota 17, p. 277; J. LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit*, cit. supra, nota 21, p. 318.

³¹ Cfr. G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit. supra, nota 17, p. 351.

³² In argomento, G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit. supra, nota 17, p. 99; cfr. anche E. KAPLAN, *Tra Croson e Metro Broadcasting: una fase di transizione nella giurisprudenza della Corte Suprema relativa alle affirmative actions*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 786.

³³ Cfr. J. LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit*, cit. supra, nota 21, p. 312; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit. supra, nota 17, p. 372.

³⁴ Si vedano G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 288 e nota 387; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit. supra, nota 17, p. 354; M. MICHELETTI, *Istituzioni e persona*, cit. supra, nota 22, p. 374.

³⁵ In argomento, sia pure in un'ottica di lettura basata sul principio di proporzionalità, si veda diffusamente C. CATTABRIGA, *La Corte di giustizia*, cit. supra, nota 20, p. 113, spec. p. 166.

³⁶ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 1980 in causa n. 136/79, *National Panasonic c. Commissione*, in *Raccolta*, 1980, p. 2033.

³⁷ Consolidato è infatti il riconoscimento dell'utilizzo del principio di proporzionalità al fine di sindacare la legittimità delle limitazioni apposte ai diritti fondamentali, e i mezzi impiegati devono essere appropriati e necessari (si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 24 settembre 1985 in causa n. 181/84, *Man c. IBAP*, in *Raccolta*, 1985, p. 2889; del 1° ottobre 1985 in causa n. 125/83, *OBEA c. Corman*, in *Raccolta*, 1985, p. 3039; del 22 gennaio 1986 in causa n. 266/84, *Denkavit France c. FORMA*, in *Raccolta*, 1986, p. 149; del 18 settembre 1986 in causa n. 116/82, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, in *Raccolta*, 1986, p. 2519; del 14 gennaio 1987 in causa n. 281/84, *Zuckerfabrik Bedburg c. Consiglio e Commissione*, in *Raccolta*, 1987, p. 49; del 30 giugno 1987 in causa n. 47/86, *Roquette Freres c. ONIC*, in *Raccolta*, 1987, p. 2889; dell'11 luglio 1989 in causa n. 265/87, *Schröder c. Hauptzollamt Gronau*, in *Raccolta*, 1989, p. 2237; del Tribunale di primo grado del 5 giugno 1996 in causa n. T-162/94, *NMB e altri c. Commissione*, in *Raccolta*, 1996, II, p. 427; della Corte di giustizia del 30 luglio 1996 in causa n. C-84/95, *Bosphorus c. Minister for Transport, Energy and Communications e altri*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3953; del 19 novembre 1998 in causa n. C-150/94, *Regno Unito c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 7235). La giurisprudenza afferma inoltre che deve essere scelto lo strumento meno restrittivo (sentenza dell'11 luglio 1989, *Schröder c. Hauptzollamt Gronau*, loc. cit.; del 13 novembre 1990 in causa n. C-331/88, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte FEDESA e altri*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4023; del Tribunale di primo grado del 5 giugno 1996, *NMB e altri c. Commissione*, loc. cit.).

Si rinviene anche qualche (non rassicurante) decisione, dalla quale sembrerebbe evincersi un'affermazione di funzionalizzazione dei diritti fondamentali (sentenze del 17 ottobre 1995 in

per l'ordinamento comunitario, il legislatore (*id est* il Consiglio e il Parlamento europeo) è chiamato *in primis* a compiere il contemperamento dei valori, ma le sue valutazioni sono poi soggette al sindacato giudiziale³⁸.

Il ricorso agli strumenti di cui si discute da parte del giudice comunitario è stato probabilmente favorito anche dal riconoscimento dei *principi generali*, quale mezzo di integrazione di un ordinamento altrimenti incompleto³⁹. Come è noto, il richiamo ai principi generali⁴⁰ è contemplato esplicitamente solo nell'art. 288 CE⁴¹, con riferimento alla responsabilità extracontrattuale della Comunità; ma la Corte di giustizia ha affermato che il loro utilizzo generalizzato – quale strumento per la formulazione del proprio giudizio – è espressione della funzione ad essa attribuita dall'art. 220 CE⁴². All'interno degli stessi, si distingue poi tra principi generali dell'ordinamento comunitario, principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri e principi generali relativi ai singoli settori normativi⁴³.

Alla luce di quanto illustrato, non sarebbe allora privo di una qualche giustificazione parlare di «interpretazione per principi generali», al fine di identificare la versione delle tecniche oggetto di disamina (e del conseguente bilanciamento degli interessi), che è stata fatta propria dall'ordinamento co-

causa n. C-44/94, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Fishermen's Organizations e altri*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3115; del 30 luglio 1989 in causa n. 5/88, *Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, in *Raccolta*, 1989, p. 2609, le quali riconoscono tuttavia la garanzia del contenuto essenziale delle libertà; su tale garanzia si vedano anche le sentenze dell'8 aprile 1992, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, *cit. supra*, nota 18; del 5 ottobre 1994 in causa n. C-404/92, *X c. Commissione*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4737).

La giurisprudenza richiamata è riportata anche in M. PANEBIANCO, *Repertorio della Carta*, *cit. supra*, nota 8, p. 496.

³⁸ Cfr. sentenza del 19 novembre 1998, *Regno Unito c. Consiglio*, *cit. supra*, nota 37. Si registrano anche decisioni che, almeno con riferimento ad alcuni settori, consentono il sindacato giudiziale solo nella misura in cui lo strumento scelto dal legislatore comunitario sia *manifestamente* inidoneo (sentenze del 9 luglio 1985 in causa n. 179/84, *Bozzetti c. Invernizzi e altro*, in *Raccolta*, 1985, p. 2301; dell'11 luglio 1989 in causa n. 265/87, *Schröder c. Hauptzollamt Gronau*, *cit. supra*, nota 37; del 5 ottobre 1994 in causa n. C-280/93, *Repubblica federale di Germania c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4973; del Tribunale di primo grado del 5 giugno 1996, *NMB e altri c. Commissione*, *cit. supra*, nota 37).

³⁹ Cfr. P. BIAVATI - F. CARPI, *Diritto processuale*, *cit. supra*, nota 1, p. 12.

⁴⁰ Nella specie, «comuni ai diritti degli Stati membri».

⁴¹ In argomento, si veda G. VENTURINI, *Art. 288*, in AA. VV., *Commentario breve*, *cit. supra*, nota 1, p. 974.

⁴² Si vedano L. NEVILLE BROWN - T. KENNEDY, *The Court of Justice*, *cit. supra*, nota 1, p. 146 e p. 323; L. FUMAGALLI, *Art. 220*, in AA. VV., *Commentario breve*, *cit. supra*, nota 1, p. 733; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 14; P. BIAVATI - F. CARPI, *Diritto processuale*, *cit. supra*, nota 1, p. 12; F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità Europee*, *cit. supra*, nota 1, p. 178; S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 118. Cfr. anche G. GAJA, *Principi generali del diritto (diritto internazionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, Giuffrè, p. 533.

⁴³ Cfr. L. FUMAGALLI, *Art. 220*, *cit. supra*, nota 42, p. 733; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, *cit. supra*, nota 42, p. 20; ID., *Il diritto pubblico dell'economia*, *cit. supra*, nota 2, p. 72.

munitario: ed in tale senso, in effetti, l'espressione viene utilizzata in questo breve lavoro⁴⁴.

L'interpretazione per principi generali del diritto comunitario⁴⁵ è avallata anche dalla normazione più recente in materia di Trattati, che mostra una crescente tendenza all'utilizzo di disposizioni a fattispecie molto ampia, abbandonando progressivamente i caratteri di normativa stringente e dettagliata che in precedenza l'avevano caratterizzata⁴⁶.

In questo senso, particolarmente esemplificativa è l'evoluzione che ha conosciuto la tutela delle pari opportunità in materia di lavoro. Con sentenza del 17 ottobre 1995 in causa n. C-450/93, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*⁴⁷, la Corte di giustizia aveva negato che le misure positive previste dall'ordinamento comunitario per promuovere l'uguaglianza di trattamento tra i sessi potessero essere utilizzate per raggiungere una parità dei risultati, avendo come unico scopo il riequilibrio delle posizioni di partenza. Con sentenza dell'11 novembre 1997 in causa n. C-409/95, *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*⁴⁸, la Corte ha tuttavia mutato la propria precedente giurisprudenza, affermando che un'azione diretta a promuovere di preferenza i candidati di sesso femminile nei settori del pubblico impiego in cui le donne siano sottorappresentate, è compatibile con la normativa comunitaria, a condizione che la preferenza non sia automatica, ma le candidature siano oggetto di un esame obiettivo (che tenga conto della situazione particolare di tutti i concorrenti). Anche il Trattato di Amsterdam ha modificato il testo del già art. 119 TCE, avallando la citata decisione della Corte con il nuovo par. 4 dell'art. 141 CE⁴⁹, il quale stabilisce ora che uno Stato membro può adottare misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato, ovvero ad evitare o compensare svantaggi nella carriera professionali: il giudice comunitario ha così potuto facilmente ribadire la propria giurisprudenza, confermando la legittimità delle clausole di preferenza a favore delle donne, con la decisione 28 marzo 2000 in causa n. C-158/97, *Badeck e altri*⁵⁰. Si vede chiara-

⁴⁴ Si veda anche C. CATTABRIGA, *La Corte di giustizia*, cit. supra, nota 20, p. 1.

⁴⁵ Sull'interpretazione del diritto comunitario si vedano anche L. NEVILLE BROWN - T. KENNEDY, *The Court of Justice*, cit. supra, nota 1, p. 299; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit. supra, nota 42, p. 62.

⁴⁶ Cfr. A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam. Con i testi coordinati del Trattato di Maastricht e del Trattato della Comunità Europea*, Padova, Cedam, 1998, p. 34; si veda anche A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, cit. supra, nota 14, p. 38.

⁴⁷ In *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1995, p. 461; si veda anche E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia*, cit. supra, nota 2, p. 322.

⁴⁸ Pubblicata in *Giur. It.*, 1999, I, c. 3, con nota di M. CAIELLI, *L'ammissibilità delle azioni positive finalizzate alla realizzazione della parità- uomo donna*.

⁴⁹ Su di esso, si veda S. ARBIA, *Art. 141*, in AA. VV., *Commentario breve*, cit. supra, nota 1, p. 592.

⁵⁰ Pubblicata in *Guida al diritto*, 2000, n. 16, p. 96, con nota di A. CORRADO, *La scelta deve*

mente come il principio di parità di trattamento (ormai dilatato e fuoriuscito dall'originaria dimensione di riequilibrio delle posizioni di partenza) è stato chiamato a bilanciarsi con quello di parità tra uomini e donne nella vita lavorativa; e come il contemperamento sia affidato già dai Trattati al legislatore (in questo caso interno)⁵¹. Il sindacato su tale bilanciamento (oltre che alle Corti costituzionali nazionali) è poi rimesso alla Corte di giustizia, la quale – si è visto – opera con le tecniche sopra descritte⁵².

La definitiva consacrazione del bilanciamento degli interessi e dell'interpretazione per principi generali, come strumenti di composizione dei conflitti tra diritti del singolo e ragioni di interesse generale, è avvenuta poi con l'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a tenore del quale: «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere *previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale* di detti diritti e libertà. Nel *rispetto del principio di proporzionalità*, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano *necessarie* e rispondano effettivamente a *finalità di interesse generale* riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»⁵³. La Carta, come si è visto, è stata considerata giuridicamente vincolante dalla sentenza che si annota.

Il recepimento del bilanciamento degli interessi e dell'interpretazione per principi porta naturalmente con sé tutte le critiche logiche e metodologiche che sono state avanzate – nei vari sistemi nazionali – nei confronti della tecnica di cui si discute⁵⁴. In questa sede si vuole tuttavia appuntare l'attenzione sui riflessi che tutto ciò implica in relazione alla democraticità dell'ordinamento europeo.

essere la conseguenza di un esame obiettivo di tutti i candidati, p. 105 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 627. Sia consentito rinviare anche a M. MICHELETTI, *Istituzioni e persona*, cit. *supra*, nota 22, p. 412.

⁵¹ Si veda ora anche l'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, su cui G. BRUNELLI, *Art. 23*, in AA. VV., *L'Europa dei diritti*, cit. *supra*, nota 4, p. 178.

⁵² Sulla parità tra uomo e donna nel diritto comunitario si vedano anche L. WADDINGTON - M. BELL, *More equal than others: distinguishing European Union equality directives*, in *CMLR*, 2001, p. 587 (spec. 601); C. BARNARD, *Gender Equality in the EU: A Balance Sheet*, in AA. VV. *The EU and Human Rights*, a cura di P. ALSTON - M. BUSTELO - J. HEENAN, New York, Oxford University Press, 1999, p. 215.

⁵³ I corsivi sono di chi scrive. Sulla disposizione da ultimo citata si vedano: T. GROPPI, *Art. 52*, in *L'Europa dei diritti*, cit. *supra*, nota 4, p. 351; L. M. DIEZ-PICAZO, *Notes*, cit. *supra*, nota 8, p. 676; U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei*, cit. *supra*, nota 10, p. 158; Q. C. GOLDSMITH, *A Charter of rights*, cit. *supra*, nota 8, p. 1214; A. BARBERA, *La Carta europea*, cit. *supra*, nota 12, p. 247.

⁵⁴ Ad esempio, si è rilevato che il concetto di contenuto essenziale dei diritti fondamentali è particolarmente sfuggente, che il minimo mezzo è di difficile individuazione, che il bilanciamento degli interessi finisce per sostituire le valutazioni dell'interprete a quelle del testo che viene in considerazione, e soprattutto che la gerarchia tra i valori non viene fissata una volta per tutte, ma è continuamente ridefinita a seconda del caso concreto: in argomento si veda G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit. *supra*, nota 17, *passim*, ma spec. p. 362, anche per gli opportuni richiami di bibliografia e giurisprudenza.

Si è rilevato, in particolare, in dottrina che il bilanciamento degli interessi può essere definito come «una tecnica di giudizio di natura *non interpretativa* che ricava la regola di decisione dalla ponderazione di principi costituzionali concorrenti, disponendoli in una relazione gerarchica»⁵⁵.

Essa pare riposare quindi su una concezione "debole" delle Costituzioni, e più in generale degli atti fondanti degli ordinamenti giuridici⁵⁶, secondo cui il rispetto del patto sociale originario avverrebbe mediante l'attuazione delle decisioni che si formano col consenso delle forze politiche⁵⁷: l'intervento delle Corti costituzionali (e, *mutatis mutandis*, della Corte di giustizia) verrebbe così in considerazione solo per censurare gli eccessi che si producono nel formazione degli accordi tra le dette forze. Anche qui, il giudice opererebbe senza riferirsi al *testo*, bensì cercando il *consenso* delle forze politiche e della comunità dei giuristi, attraverso il bilanciamento degli interessi. Il *testo* delle Carte fondanti riprenderebbe il suo ruolo – arginando l'attività creativa dell'interprete – solo nei momenti di crisi (*id est* mancanza del consenso/accordo), quando sarebbe infatti necessario un riferimento forte⁵⁸.

Non ci si vuole soffermare in questa sede sulle aporie interne della dottrina che si sta esaminando, pure da altri ben evidenziate⁵⁹, ma si vuole piuttosto focalizzare l'analisi sulla sua applicabilità (o, quantomeno, sull'opportunità della sua applicazione) all'ordinamento europeo. Come si è visto, essa fa leva sul *consenso* tra le forze politiche, al fine di scavalcare il *testo* delle Carte fondamentali (fatto salvo il riconoscimento di una funzione nei momenti più critici) e di consentire il massimo possibile di integrazione sociale. Nel caso dell'Unione europea, sembra tuttavia a chi scrive dubitabile che il consenso e l'integrazione, che la teoria richiede per funzionare, esistano nei

⁵⁵ Il corsivo è di chi scrive, mentre la definizione è tratta da G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit. *supra*, nota 17, p. 310.

⁵⁶ Sull'ordinamento europeo come *ordinamento giuridico* si veda E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit. *supra*, nota 42, p. 4; sentenze della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, *Van Gend & Loos c. Amministrazione Olandese delle imposte*, in *Raccolta*, 1963, p. 7; del 15 luglio 1964 in causa n. 6/64, *Costa c. ENEL*, in *Raccolta*, 1964, p. 1129; del 23 aprile 1986 in causa n. 294/83, *Le Verts c. Parlamento*, in *Raccolta*, 1986, p. 1339; parere della Corte di giustizia n. 1/91 del 14 dicembre 1991, *progetto di accordo tra la Comunità ed i Paesi dell'Associazione europea di libero scambio (EFTA), relativo alla creazione dello Spazio economico europeo (SEE)*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 6079.

⁵⁷ La dottrina di cui si discute sembra essere tributaria di una concezione dello Stato (e degli ordinamenti giuridici) in cui gli organi di decisione sono «di teatro», nel senso che in essi si scontrerebbero le forze politiche le cui deliberazioni – ove si trovi un accordo – sarebbero poi attuati dagli organi di esecuzione. Le istituzioni pubbliche, in questo quadro, non sarebbero allora che strumenti al servizio dei centri di potere politico e lo Stato (nonché – potremmo dire – nel caso di specie, l'Unione) si caratterizzerebbe per il suo essere «procedurale», cioè uno strumento per la scelta di altri strumenti: cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 317.

⁵⁸ Per la lucida teorizzazione di questa dottrina, si veda R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit. *supra*, nota 21, p. 133. Cfr. anche A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento*, cit. *supra*, nota 20, p. 130.

⁵⁹ Sulle quali si veda V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995, p. 209 e p. 255.

fatti⁶⁰. Significativo è in questo senso il dibattito che si è aperto sul problema dell'esistenza di una Costituzione europea, che si tende complessivamente a negare⁶¹, e che anzi alcuni Autori vorrebbero risolto in senso positivo proprio dopo l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁶². In questo quadro, l'affermazione della giuridicità della Carta rischia di essere, anziché un fattore di integrazione come si vorrebbe, un elemento di disgregazione, per via della prospettiva «totalizzante» (e senza spazi per il dissenso) che informa le dottrine dell'interpretazione per principi e del bilanciamento degli interessi.

Da altro punto di vista, si può dubitare che la natura fondamentalmente creativa della tecnica di cui si discute sia di ausilio nel perseguimento degli obiettivi che si pone l'ordinamento europeo.

L'art. 2 CE, nella prospettiva più generale di sviluppo della persona, individua gli scopi dell'ordinamento comunitario nel perseguimento di obiettivi che si identificano sostanzialmente con la crescita economica, nel rispetto delle altre dimensioni fondamentali dell'uomo⁶³. Tali obiettivi, oltre che della Comunità, sono propri anche dell'Unione (art. 2, primo alinea, UE⁶⁴), sia pure inseriti in un contesto che ripete più il modello statuale dell'ordinamento con fini generali⁶⁵.

⁶⁰ Si veda, ad esempio, M. LUCIANI, *Riflessioni minime*, cit. supra, nota 10, p. 173. Cfr. anche, sul problema dell'esistenza di un consenso generalizzato, J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 324; A. BENAZZO, *Diritti fondamentali, giudici costituzionali e integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, p. 835. Si veda pure M. A. CABIDDU, *Costituzione europea*, cit. supra, nota 8, p. 183.

⁶¹ Sui termini del dibattito, si veda riassuntivamente A. ANZON, *La Costituzione europea come problema*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 629; nonché, diffusamente J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe*, cit. supra, nota 60, p. 324. Cfr. anche E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit. supra, nota 42, p. 11; N. PARISI, *L'attuale organizzazione dei pubblici poteri nell'Unione europea*, in AA. VV., *Profili della Costituzione economica europea*, cit. supra, nota 8, p. 161.

⁶² O comunque, in via di risoluzione: cfr., ad es., V. ATRIPALDI, *La Carta dei diritti fondamentali*, cit. supra, nota 9, p. 161; G. G. FLORIDIA, «Nell'intenzion dell'artista, e agli occhi degli abitanti» (osservazioni sulla «Dichiarazione dei diritti» di Nizza), in *Dir. Pubblico comparato ed Europeo*, 2001, p. 166; A. GIOVANNELLI, *Dalla Carta dei diritti alla Costituzione europea*, cit. supra, nota 10, p. 171.

⁶³ In argomento, si vedano M. PEDRAZZI, *Art. 2*, in AA. VV., *Commentario breve*, cit. supra, nota 1, p. 88; L. DANIELE, *Il diritto materiale*, cit. supra, nota 2, p. 9.

⁶⁴ Cfr. M. FRANCHI FIOCCHI, *Art. 2*, in AA. VV., *Commentario breve*, cit. supra, nota 1, p. 6; F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, cit. supra, nota 1, p. 96.

⁶⁵ Sulla valenza in senso lato «politica» dell'Unione, si veda G. P. ORSELLO, *Ordinamento comunitario e Unione europea*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 459.

Peraltro, la qualificazione dei fini degli ordinamenti giuridici come «generali» oppure «particolari» non pare dotata di una reale capacità epistemologica: essa sembra basata su una concezione della sovranità come potere assoluto e illimitato (cfr. E. CORTESI, voce *Sovranità (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, p. 205), ed in base alla quale – in ultima analisi – organizzazione con fini generali rimane sempre e solo lo Stato (sulla relatività della distinzione si veda anche G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica. Parte prima*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 108). Le conclusioni cui tale teorizzazione conduce non sono tuttavia condivisibili, poiché nella realtà tutti gli ordinamenti statali democratici perseguono il fine di sviluppo della persona (sul modello di cui si parla si veda G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2001) e quindi la loro attività rimane

Si deve a questo proposito rilevare come l'elaborazione scientifica abbia mostrato che, condizione imprescindibile al fine di rendere possibile la crescita, è la presenza di un quadro stabile di diritti individuali, ed in particolare la garanzia effettiva dei diritti di proprietà e della tutela dei contratti⁶⁶. L'applicazione dell'interpretazione per principi generali dei Trattati e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, accompagnata all'utilizzo della tecnica del bilanciamento degli interessi, sembra invece condurre in tutt'altra direzione. Come si è visto, ciò che caratterizza le dottrine del contemperamento è la definizione casistica dei diritti fondamentali (in specie, per usare le categorie costituzionalistiche, diritto di proprietà e di iniziativa economica), la quale conduce ad una non generalizzabilità e conoscibilità a priori del loro contenuto⁶⁷. Diviene, quindi, difficoltoso per i soggetti che nell'ordinamento operano avere un quadro di regole chiaro e durevole nel tempo, cui essi possano ispirare il loro comportamento non a breve termine: e tuttavia l'affidabilità degli investimenti sul medio e lungo periodo è condizione imprescindibile per una crescita reale e per lo sviluppo di un sistema produttivo sano⁶⁸.

Infine, la logica fortemente integratrice e redistributiva delle tecniche di bilanciamento sembra – in ultima analisi – essere di incentivo per i *free rider*, minando così la complessiva effettività dell'ordinamento⁶⁹.

funzionalizzata; da altro punto di vista, anche organizzazioni diverse dallo Stato, come l'ordinamento europeo e quello comunitario, tendono poi a ripetere il modello di cui si parla (cfr. G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, loc. cit., p. 153; si veda anche E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, cit. supra, nota 42, p. 4, che definisce l'Unione europea «ordinamento giuridico autonomo, dotato di finalità generali»).

⁶⁶ Si veda diffusamente M. OLSON, *Potere e mercati*, Milano, Egea, 2001; cfr. anche R. DORNBUSCH, *Un secolo di prosperità senza eguali*, in ID., *Le chiavi della prosperità*, Milano, Egea, 2001, p. 1; ID., *Il va e vieni dello Stato*, ibidem, p. 24; ID., *I liberi mercati sono meglio (ma hanno bisogno di qualche spintarella)*, ivi, p. 53; ID., *Crescita senza fine*, ivi, p. 58. In generale, sulla teoria della crescita, si veda R. DORNBUSCH - S. FISHER - R. STARTZ, *Macroeconomia*, Milano, McGraw-Hill, 1998, p. 45. Cfr. anche A. QUADRIO CURZIO, *Introduzione: riflessioni per una Costituzione economica europea*, in AA. VV., *Profili della Costituzione economica europea*, cit. supra, nota 8, p. 19.

⁶⁷ Esso varia infatti a seconda del peso che è attribuito all'interesse pubblico che viene, di volta in volta, in questione.

⁶⁸ In argomento, per una partita dimostrazione della necessità di tutela dell'affidamento sugli investimenti a lungo termine, ai fini della creazione di un ambiente economico prospero (in quanto tale prospettiva temporale appare indispensabile per lo sviluppo di formule giuridiche quali le società e le assicurazioni), si veda M. OLSON, *Potere e mercati*, cit. supra, nota 66, p. 143; cfr. anche R. DORNBUSCH, *Controllate le leggi, prima di investire all'estero*, in ID., *Le chiavi della prosperità*, cit. supra, nota 66, p. 77. Peraltro, non mancano le posizioni di coloro che affermano che la progressiva perdita di certezza del diritto sarebbe carattere comune agli ordinamenti contemporanei: si veda G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, cit. supra, nota 65, p. 156; cfr. anche i richiami contenuti in A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento*, cit. supra, nota 20, *passim*.

⁶⁹ Sull'incremento degli incentivi al *free riding* (cioè all'inadempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza di un gruppo), in corrispondenza della crescita del numero degli appartenenti all'organizzazione e dei doveri che su di essi ricadono, si veda M. OLSON, *Potere e mercati*, cit. supra, nota 66, p. 62. Sull'effettività come condizione di esistenza degli ordinamenti giuridici, concretantesi nella necessità che la maggior parte degli atti dei membri dell'organizzazione persegua gli obiettivi della stessa, si veda G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale compara-*

A margine di quanto osservato, converrebbe quindi riflettere sulle conseguenze derivanti dall'asserita giuridicità della Carta dei diritti fondamentali, poiché, come si è visto, essa – al di là del positivo riconoscimento di un catalogo di libertà della persona anche nell'ordinamento europeo –, dal punto di vista applicativo, rischia di condurre ad effetti non del tutto desiderabili sul piano della costruzione di un sistema europeo che sia espressione di un principio di democrazia sostanziale.

3. Carta dei diritti fondamentali e pluralismo giuridico

L'affermazione del valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali pone anche un ulteriore problema dal punto di vista della complessiva configurazione dell'ordinamento europeo, e delle concezioni del diritto (e quindi della democrazia) ad esso sottostanti.

Si vuole in particolare appuntare l'attenzione sulla natura pluralista o monista – dal punto di vista giuridico – dell'Unione europea, con tali termini facendosi riferimento al riconoscimento da parte di tale organizzazione della pluralità degli ordinamenti giuridici, oppure alla sua negazione.

Tipica esperienza monista, in questo senso è stata quella dello Stato, quantomeno sino al principio del secolo XX e con particolare riferimento alle esperienze continentali. In tale quadro, lo Stato si identifica con il diritto, ed il diritto con la norma⁷⁰: lo Stato assoluto prima e quello liberale poi, sia pure con diverse motivazioni, tentano infatti di ridurre il pluralismo giuridico (considerato *particolarismo*) al fine porre il suddito (o l'individuo) di fronte al sovrano (o allo Stato stesso)⁷¹.

A partire almeno dagli inizi del Novecento⁷², la dottrina si avvede però progressivamente del fatto che tutti i gruppi sociali tendono a produrre le proprie norme, con cui tentano di autogovernarsi. Particolarmente raffinata, sotto questo aspetto, risulta l'esperienza sviluppata dalla teoria della *pluralità degli ordinamenti giuridici*, le cui basi sono state gettate da Santi Romano. Essa ha posto in luce l'esistenza di *istituzioni*, ossia di gruppi di soggetti organizzati che si danno norme, i quali devono essere considerati a tutti gli ef-

to, Torino, Giappichelli, 1994, p. 76.

⁷⁰ Si veda, ad es. V. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 25.

⁷¹ Si vedano N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 68; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1982, vol. I, p. 296; ID., *Dal diritto comune alla codificazione*, Milano, I.S.U. – Università Cattolica, 1995, p. 3.

⁷² Per la precisione, sembrerebbe che l'affermazione che i gruppi sociali producono il loro proprio diritto risalga a VAN VOLLENHOVEN, nel 1901: cfr. N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit. *supra*, nota 70, p. 72.

fetti ordinamenti giuridici⁷³.

Affinché si possa parlare di istituzione nel senso ora detto, devono essere presenti quattro elementi: *a.* plurisoggettività, cioè un insieme di soggetti che compongono il corpo sociale; *b.* organizzazione, consistente nelle strutture e nell'attività degli uffici creati dall'ordinamento per il perseguimento dei propri scopi; *c.* presenza di fini determinati, per il cui conseguimento si costituisce la formazione; *d.* normazione, sul presente e sui precedenti elementi⁷⁴.

Peraltro, esistono anche prospettazioni alternative alla pluralità degli ordinamenti giuridici, le quali pure convengono sul presupposto di fondo per cui ogni gruppo sociale produce il proprio diritto (con cui tende ad autoregolarsi)⁷⁵, ma che molto spesso si spingono oltre, sino alla dottrina dei campi sociali semi-autonomi di S. Falk Moore⁷⁶, ed all'elaborazione dei *diritti ufficiali e non ufficiali* di M. Chiba⁷⁷.

I vari diritti prodotti dai diversi gruppi sociali vengono ad intrecciarsi nel momento dell'applicazione, per cui si pone il problema della definizione dei loro rapporti. Tre sono in particolare le posizioni che un gruppo pare poter assumere nei confronti degli altri, e del loro diritto: *a.* riconoscimento: un ordinamento riconosce l'altro, per cui le norme di quest'ultimo possono essere invocate avanti gli organi del primo, affinché trovino applicazione⁷⁸; *b.* irrilevanza: un ordinamento non attribuisce alcuna efficacia giuridica alle norme dell'altro, il quale vive essenzialmente nell'ordine del «fatto», nella misura in cui la sua organizzazione sia in grado di far rispettare le norme che esso stesso si dà; *c.* disconoscimento: un ordinamento viene considerato

⁷³ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, Mariotti, 1917, p. 26. Si vedano anche F. MODUGNO, voce *Istituzione*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, p. 69; G. LANDI, voce *Disciplina (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, p. 24.

⁷⁴ Cfr. M. S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 219; ID., *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, II, p. 997; ID., *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, p. 96; G. LANDI, voce *Disciplina*, cit. *supra*, nota 73, p. 24; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, Padova, Cedam, 1962, p. 9.

⁷⁵ Si possono così ricordare le teorie sociologiche del pluralismo di EHRLICH e GURVITCH (che distingue tra *diritto statuale*, *diritto interindividuale* e *intergrupuale*, *diritto sociale*), le teorie antropologiche di LÉVY-BRUHL, VANDERLINDEN, VAN DEN BERGHE e GRIFFITHS, nonché la dottrina dei *livelli giuridici* di POSPISIL (per cui ogni società è costituita da sottogruppi ordinati gerarchicamente, ciascuno dei quali possiede un proprio sistema giuridico): per un'esposizione delle elaborazioni citate e gli opportuni richiami bibliografici si veda N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit. *supra*, nota 71, p. 74.

⁷⁶ La teoria appunta la sua attenzione sullo spazio nel quale un certo numero di associazioni (*corporate groups*) sono in relazione le une con le altre, il quale sostituisce per l'appunto un *campo sociale semi-autonomo*, e che dà vita a norme: si veda in argomento N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit. *supra*, nota 71, p. 80.

⁷⁷ Essa contrappone il *diritto ufficiale*, e cioè il sistema giuridico sanzionato dall'autorità legittima di un Paese, a quello *non ufficiale*, applicato di fatto da un gruppo sociale all'interno del quale regna consenso su di esso. Riassuntivamente, si veda N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit. *supra*, nota 71, p. 87.

⁷⁸ Cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, Giuffrè, 1963 (ma 1929), p. 33.

illecito dall'altro, per cui è represso. Le tre posizioni fondamentali possono essere tenute dal gruppo sociale di riferimento nei confronti di altro gruppo come tale, oppure solo in relazione ad una parte del suo diritto. In questo secondo caso, si possono verificare contemporaneamente tutti i tre di tipi di presa di posizione, a seconda delle norme che vengono in considerazione⁷⁹.

Maggiore è il riconoscimento che un ordinamento accorda al diritto prodotto da altri gruppi sociali, maggiore è la sua natura pluralista – dal punto di vista giuridico –⁸⁰. Lo strumento attraverso il quale il diritto prodotto da un dato gruppo sociale diventa concretamente rilevante per un altro ordinamento è normalmente rappresentato dall'entificazione⁸¹: si ha cioè la creazione di enti esponenziali dei corpi sociali, che possono così divenire titolari di rapporti giuridici. Al fine di verificare, quindi, la misura della natura pluralista di un ordinamento sembra utile fare riferimento alla disciplina delle associazioni, e più in generale delle formazioni sociali⁸²: verranno pertanto in considerazione, *in primis*, il riconoscimento della libertà di associazione, nonché la rilevanza attribuita al diritto da esse prodotto.

Se si guarda alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che è oggetto della presente disamina, sembra doversi affermare che il riconoscimento del pluralismo in essa contenuto è piuttosto modesto.

Da questo punto di vista, l'impostazione del documento risulta poco più che ottocentesca, in quanto manca il riconoscimento generale dei gruppi sociali quale elemento di edificazione dell'ordinamento europeo⁸³. La libertà di associazione trova infatti una disciplina piuttosto stringata nell'art. 12, insie-

⁷⁹ Per una distinzione più articolata di quella fornita nel testo, si veda F. MODUGNO, voce *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. XXXIV, Giuffrè, p. 34.

⁸⁰ Non va sottaciuto che, secondo alcuni Autori, le valutazioni normative di ciascun ordinamento sarebbero esclusive (la valutazione normativa operata dal diritto di un gruppo sociale sui medesimi fatti, non consentirebbe cioè contemporaneamente quella di un altro: in argomento, si vedano M. S. GIANNINI, *Gli elementi*, cit. supra, nota 74, p. 222 e p. 235; F. MODUGNO, voce *Pluralità*, cit. supra, nota 79, p. 34 (spec. p. 44); V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit. supra, nota 74, p. 87; N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit. supra, nota 71, p. 82). Il riconoscimento comporterebbe quindi l'assorbimento dell'ordinamento riconosciuto da parte di quello riconoscente (cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto*, cit. supra, nota 78, p. 33).

Una tale prospettiva – per quanto affascinante – non pare condivisibile, poiché è basata su una concezione statica degli ordinamenti giuridici. Si riconosce infatti, a titolo di merito, alla teoria istituzionista di avere posto l'accento sull'*effettività* del diritto (cfr. F. MODUGNO, voce *Istituzione*, cit. supra, nota 73, p. 95): nella ricostruzione giuridica non si può allora avere riguardo solo al *dover essere*, ma si deve porre attenzione anche all'*essere*. Da quest'ultimo punto di vista, si rileva che gli ordinamenti interagiscono, componendosi ed integrandosi tra loro (cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, p. 191), anche perché interagiscono – a monte – i soggetti che fanno parte dei vari gruppi sociali che vengono in considerazione.

È, peraltro, questione di diritto positivo la misura in cui il detto riconoscimento avvenga.

⁸¹ Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit. supra, nota 74, vol. I, p. 104.

⁸² Si veda anche M. BASILE, *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, Giuffrè, 1975.

⁸³ Come avviene, ad esempio, nell'ordinamento italiano, con l'art. 2 della Costituzione, su cui si veda A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna, Zanichelli, art. 1 - 12, p. 50.

me alla libertà di riunione: essa è riconosciuta a tutti i livelli, ma è chiaro che l'interesse precipuo della norma è rivolto alla formazione di sindacati e partiti politici⁸⁴.

Le formazioni sociali pubbliche, a loro volta, difettano del riconoscimento di uno specifico ruolo. Esse, ed il loro diritto, nell'ottica della Carta si pongono unicamente come limite alla *vis expansiva* quest'ultima: così è nel preambolo, ove si afferma che l'Unione contribuisce la mantenimento ed allo sviluppo dei valori comuni, «nel rispetto (...) dell'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale⁸⁵». Una situazione non dissimile si verifica poi con riferimento alle disposizioni relative alle singole libertà, nelle quali l'attribuzione di ruolo alla legislazione ed alla prassi nazionali si pone come limite al riconoscimento di principio del diritto (cfr. artt. 16⁸⁶, 27⁸⁷, 28⁸⁸, 30⁸⁹, 34⁹⁰, 35⁹¹, 36⁹²).

L'unico reale riconoscimento di una legittimazione dei soggetti infrastatali, poi, sta nel richiamo al principio di sussidiarietà, contenuto nel quinto paragrafo del preambolo⁹³ e nell'art. 51 della Carta⁹⁴.

Si deve tuttavia osservare che tale principio, nell'esperienza sinora sviluppata, non è apparso in grado di assicurare un ruolo effettivo agli enti regionali e locali, in quanto – nonostante la sua affermazione – arbitri della po-

⁸⁴ In argomento, si veda G. BRUNELLI, *Art. 12*, in AA. VV., *l'Europa dei diritti*, cit. supra, nota 4, p. 106; U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei*, cit. supra, nota 10, p. 157, il quale mette anche l'accento sulla «mancata considerazione di ruoli specifici delle confessioni religiose».

⁸⁵ Il corsivo è di chi scrive.

⁸⁶ Libertà di impresa, su cui si veda A. LUCARELLI, *Art. 16*, in AA. VV., *l'Europa dei diritti*, cit. supra, nota 4, p. 130.

⁸⁷ Diritto dei lavoratori all'informazione ed alla consultazione nell'ambito dell'impresa: su cui, P. F. LOTITO, *Art. 27*, in AA. VV., *l'Europa dei diritti*, cit. supra, nota 4, p. 109.

⁸⁸ Diritto di negoziazione e di azioni collettive, su cui si veda P. F. LOTITO, *Art. 28*, in AA. VV., *l'Europa dei diritti*, cit. supra, nota 4, p. 215.

⁸⁹ Tutela per il licenziamento ingiustificato, su cui: A. GIORGIS, *Art. 30 - Art. 31*, in AA. VV., *l'Europa dei diritti*, cit. supra, nota 4, p. 222.

⁹⁰ Sicurezza sociale e assistenza sociale, su cui: A. GIORGIS, *Art. 34*, in AA. VV., *l'Europa dei diritti*, cit. supra, nota 4, p. 240.

⁹¹ Protezione della salute, su cui si veda A. LUCARELLI, *Art. 35*, in AA. VV., *l'Europa dei diritti*, cit. supra, nota 4, p. 245.

⁹² Accesso ai servizi di interesse economico generale, su cui: A. LUCARELLI, *Art. 36*, in AA. VV., *l'Europa dei diritti*, cit. supra, nota 4, p. 251.

⁹³ In generale, sul principio di sussidiarietà nel diritto europeo, si vedano anche G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, Padova, Cedam, 1998; M. FRANCHI FIOCCHI, *Art. 2*, cit. supra, nota 64, p. 10; M. PEDRAZZI, *Art. 5*, in AA. VV., *Commentario breve*, cit. supra, nota 1, p. 101; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, cit. supra, nota 1, p. 48; N. PARISI, *L'attuale organizzazione dei pubblici poteri*, cit. supra, nota 61, p. 163; C. CATTABRIGA, *La Corte di giustizia*, cit. supra, nota 20, p. 38.

⁹⁴ Sul quale, si vedano M. CARTABIA, *Art. 51*, in AA. VV., *l'Europa dei diritti*, cit. supra, nota 4, p. 344; U. DE SIERVO, *I diritti fondamentali europei*, cit. supra, nota 4, p. 158; F. POCAR, *Carta dei diritti*, cit. supra, nota 8, p. 1181.

sizione delle citate formazioni comunitarie sono rimasti gli Stati nazionali⁹⁵. Si è infatti osservato che la partecipazione dei rappresentanti delle entità infrastatali degli Stati membri alla composizione del Consiglio, ai sensi dell'art. 203 CE⁹⁶, è rimessa alla volontà di questi ultimi, poiché il diritto istituzionale dell'Unione europea si ispira al principio di «neutralità»⁹⁷. Un ruolo delle collettività regionali e locali è stato invece riconosciuto, a pieno titolo, con l'istituzione del Comitato delle Regioni di cui all'art. 263 CE⁹⁸, ma quest'ultimo è dotato unicamente di funzioni consultive e quindi rischia di avere scarsa efficacia⁹⁹.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, come si è visto, non ha posto in discussione i precedenti orientamenti del diritto europeo, sicché alle formazioni sociali, sia private che pubbliche, non viene affatto riconosciuto un ruolo attivo di costruzione dell'ordinamento, ma il diritto di associazione e la sussidiarietà sembrano configurarsi piuttosto come un limite alla «sovranità» delle Istituzioni¹⁰⁰, in ottica non differente – in ultima analisi – da quella dei vecchi *diritti pubblici subiettivi*¹⁰¹.

Si deve tuttavia osservare che la formazione dei gruppi sociali è espressione insopprimibile della dimensione (per l'appunto) sociale della persona umana¹⁰². Nelle odierne società complesse in cui è sempre più difficile aggre-

⁹⁵ Si veda, diffusamente, A. EVANS, *Regionalist Challenges to the EU Decision - Making System*, in *European Public Law*, 2000, p. 377.

⁹⁶ Su di esso si veda V. SALVATORE, *Art. 203*, in AA. VV., *Commentario breve*, cit. supra, nota 1, p. 712.

⁹⁷ In argomento, si veda A. EVANS, *Regionalist Challenges*, cit. supra, nota 95, p. 377; cfr. anche F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle comunità europee*, cit. supra, nota 1, p. 152.

⁹⁸ Cfr. F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità Europee*, cit. supra, nota 1, p. 163; N. PARISI, *Art. 263*, in AA. VV., *Commentario breve*, cit. supra, nota 1, p. 892.

⁹⁹ Si veda A. EVANS, *Regionalist Challenges*, cit. supra, nota 95, p. 387, ove si sottolinea anche che il metodo utilizzato per procedere alla sua composizione, e nel quale la proposta è rimessa agli Stati membri, non assicura la garanzia per le istituzioni regionali e locali di essere effettivamente rappresentate. Cfr. anche N. PARISI, *Art. 263*, cit. supra, nota 98, p. 895; G. D'AGNOLO, *La sussidiarietà*, cit. supra, nota 93, p. 112; C. CATTABRIGA, *La Corte di giustizia*, cit. supra, nota 20, p. 48.

¹⁰⁰ Si veda anche, in generale, E. CANNIZZARO, *Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, p. 241.

¹⁰¹ In maniera estremamente riassuntiva, ed al mero scopo di ragguagliare il lettore di questa breve nota, si deve osservare che i *diritti pubblici subiettivi* (la cui dogmatica è stata sviluppata in Germania da LABAND e JELLINEK) consistono sostanzialmente nella pretesa alla legalità dell'azione amministrativa, cioè a che lo Stato rispetti le regole disciplinanti il suo agire che esso stesso si è imposto (*autolimitandosi*): per approfondimenti si veda A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 313.

Ad avviso di chi scrive, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si muove in una logica fondamentalmente non diversa, poiché le libertà si pongono come limite al potere delle Istituzioni (in certo senso assimilato alla sovranità), mentre la dimensione sociale della persona umana (con la conseguente formazione dei gruppi sociali) non appare affatto un *building block* dell'ordinamento europeo.

¹⁰² Si vedano anche N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, cit. supra, nota 71, p. 69; R. PINI, *Persona Comunità Istituzioni*, Padova, Cedam, 1997, p. 10 e p. 157; G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit. supra, nota 24, p. 41 e p. 393.

gare la totalità dei componenti intorno a grandi valori condivisi, anzi, il ruolo delle formazioni sociali nella composizione degli ordinamenti generali (siano essi statuali, o sovrastatali come l'Unione europea) non può essere ignorato, e sembra anzi assurgere ad elemento base delle nuove dottrine della democrazia¹⁰³. Da altro punto di vista, l'elaborazione scientifica ormai ha messo in luce da tempo che la dimensione infrastatale, legata alle collettività intermedie, è elemento determinante per lo sviluppo economico, in quanto a tali livelli si formano complessi produttivi capaci di determinare la crescita¹⁰⁴.

È quindi opinione di chi scrive che l'affermazione di giuridicità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea contenuta nella sentenza che si annota, al di là del dato positivo di fondo della costituzione di un catalogo espresso di libertà della persona, pone dei gravi problemi in relazione al tipo di ordinamento europeo che si sta venendo, in questa maniera, ad edificare. Il mancato riconoscimento di un ruolo positivo di costruzione di tale ordinamento alle formazioni sociali (pubbliche e private) rischia infatti di condurre all'affermazione di un sistema che nasce già «vecchio» – poiché risulta basato su di una concezione fondamentalmente ottocentesca delle esigenze della persona umana –, e che pertanto potrebbe rivelarsi incapace di far fronte alle necessità della società contemporanea.

Non si può infine non rilevare che la Carta costituirà lo *standard* sul quale valutare la sussistenza della pre-condizione di cui all'art. 49 del Trattato sull'Unione europea, ai fini dell'ingresso di nuovi Stati¹⁰⁵. Tale documento, in altre parole, sarà il metro in base al quale il Consiglio dovrà decidere sulle domande di adesione: sono tuttavia di immediata evidenza, alla luce di quanto osservato nel presente e nel precedente paragrafo, le conseguenze che una tale scelta avrà sul complessivo carattere democratico dell'Unione¹⁰⁶.

¹⁰³ Cfr., in argomento, A. MASTROPAOLO, *Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, p. 1630.

¹⁰⁴ Si vedano in argomento, i contributi pubblicati in AA. VV., *Neoregionalismo. L'economia arcipelago*, Torino, Bollati Boringhieri, 1998. Cfr. anche A. EVANS, *Regionalist Challenges*, cit. *supra*, nota 95, p. 388, ove parimenti si sottolinea che lo sviluppo economico procede da un'ideale struttura organizzativa «regionale», costituita sia da istituzioni pubbliche che private, le quali per funzionare necessitano di adeguata autonomia.

¹⁰⁵ In argomento, si veda S. ANTONINI, *Art. 49*, in AA. VV., *Commentario breve*, cit. *supra*, nota 1, p. 79.

¹⁰⁶ Tanto più che l'attività del Consiglio in materia non appare giustiziabile, in considerazione del fatto che l'art. 46, par. 1, lett. d., UE non sottopone al sindacato della Corte di giustizia l'applicazione dell'art. 6, par. 1 (ed anche alla luce della modesta competenza giurisdizionale sull'applicazione dell'art. 7 TUE dopo il Trattato di Nizza: cfr. F. POCAR - C. SECCHI, *Il Trattato di Nizza e l'Unione Europea*, cit. *supra*, nota 7, p. 45; M. PEDRAZZI, *Art. 46*, in AA. VV., *Commentario breve*, cit. *supra*, nota 1, p. 1110).

4. Conclusioni

Si possono ora avanzare alcune considerazioni conclusive sulla sentenza del Tribunale di primo grado, del 30 gennaio 2002, *max.mobil Telekommunikation Service GmbH c. Commissione delle Comunità europee*.

Con tale decisione è stata ufficialmente sancita l'efficacia obbligatoria della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000. Nel commento sopra sviluppato, si è cercato di mostrare che tale efficacia non deriva al documento tanto dal fatto che esso deve considerarsi una ri-cognizione delle tradizioni costituzionali degli Stati membri (con riferimento alla materia delle libertà della persona), quanto piuttosto per la ragione che allo stesso viene attribuito vero e proprio carattere *giuridico ex se*.

Da una parte la sentenza non può che essere guardata con favore, poiché l'ordinamento dell'Unione ha finalmente un catalogo scritto dei diritti fondamentali dell'individuo, con ciò ponendo le basi per l'affermazione dell'esistenza di una Costituzione europea. L'Unione e le Comunità infatti trovano ora le loro norme fondanti, dal punto di vista organizzativo, nei Trattati, e dal punto di vista della tutela del singolo nei confronti delle Istituzioni (e degli Stati membri¹⁰⁷), nella Carta.

Da altro angolo visuale, si è tuttavia cercato di sostenere – in questa breve nota – che l'affermazione del valore giuridico della Carta avrebbe dovuto essere operata con maggiore cautela.

Con essa si è data infatti definitiva sanzione all'interpretazione per principi generali del diritto comunitario ed al correlativo bilanciamento degli interessi: in un ordinamento come quello europeo che è in via di edificazione, e che sembra risentire di un sempre maggiore problema di consenso (la stessa «malattia», peraltro, pare affliggere – *mutatis mutandis* – anche gli ordinamenti nazionali), sarebbe stato forse più opportuno optare per tecniche di risoluzione dei conflitti tra ragioni della libertà e dell'interesse generale più «liberali», le quali postulassero un quadro più stabile di diritti e obblighi.

Si è infine tentato di mostrare che la Carta, quantomeno sotto alcuni aspetti, nasce già «vecchia». Fors'anche per la decisione della Convenzione di procedere alla sua elaborazione alla luce delle Carte dei diritti emanate dall'Illuminismo ad oggi, il documento risulta improntato ad una logica ottocentesca che contrappone l'individuo da una parte, alle Istituzioni dall'altra. Spazio modesto nella sua economia occupano invece i gruppi sociali, sia pubblici che privati, ed il diritto da essi prodotto: questi ultimi, tuttavia, si sono

¹⁰⁷ Si è infatti esattamente sottolineato che la Carta, una volta affermata la sua giuridicità, entra a far parte a pieno titolo del diritto dell'Unione, e spiega quindi effetti anche negli ordinamenti degli Stati aderenti: cfr. U. De SIERVO, *I diritti fondamentali europei*, cit. *supra*, nota 10, p. 157; si veda anche F. POCAR, *Carta dei diritti fondamentali*, cit. *supra*, nota 8, p. 1181.

dimostrati delle costanti insopprimibili nell'esperienza moderna della persona umana, e la loro importanza (anche ai fini dello sviluppo) sembra essere destinata ad aumentare nei prossimi anni. L'affermazione della giuridicità della Carta rischia quindi di porre l'ordinamento europeo in posizione tale da non essere in grado di affrontare adeguatamente le sfide che verosimilmente gli si porranno nei prossimi anni.

Sarebbe pertanto opportuno che la nuova Convenzione europea, nell'elaborazione di quello che sarà il sistema del futuro, tenga conto dei difetti della Carta e tenti di superarli, per prefigurare così un ordinamento che sia sempre più conforme alle esigenze della persona (la cui tutela è, al fine, lo scopo ultimo di ogni esperienza giuridica).

Matteo Micheletti*

* Dottorando di ricerca in Istituzioni e organizzazioni presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

**L'AZIONE PREVENTIVA DEGLI STATI MEMBRI
A TUTELA DELLA SALUTE NELLA GIURISPRUDENZA
COMUNITARIA ED INTERNAZIONALE***

Corte di giustizia

Sentenza del 24 ottobre 2002 in causa n. C-121/00

Procedimento penale a carico di Walter Hahn

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 28 e 30 CE - Libera circolazione delle merci - Direttiva n. 91/493/Cee - Produzione e commercializzazione dei prodotti ittici - Prodotti destinati al consumo umano - Sicurezza alimentare - Soglie di protezione della salute e della vita umana - Assenza di misure di armonizzazione - Determinazione dello Stato.

*Né la direttiva del Consiglio 22 luglio 1991, n. 91/493/Cee, che stabilisce le norme sanitarie applicabili alla produzione e alla commercializzazione dei prodotti della pesca, né la decisione della Commissione 20 maggio 1994, n. 94/356/Ce, recante modalità d'applicazione della direttiva n. 91/493/Cee del Consiglio, riguardo ai principi che presiedono agli autocontrolli sanitari per i prodotti della pesca, né gli artt. 28 CE e 30 CE ostano all'applicazione di disposizioni nazionali che prevedono una tolleranza zero relativamente alla presenza di *Listeria monocytogenes* nei prodotti ittici non conservati chimicamente.*

* In argomento v. *infra*, p. 309 ss., il commento di VITO RUBINO.

(*Omissis*) **In diritto**

Giudizio della Corte

32. Occorre innanzi tutto constatare che, come giustamente ricorda il Governo austriaco, benché la direttiva n. 91/493 armonizzi in particolare le procedure di manipolazione, trattamento e confezionamento dei prodotti ittici nonché i controlli sanitari da effettuare nella fase della produzione di tali prodotti, essa non attua un'armonizzazione esaustiva in materia di valori limite per la lotta alla contaminazione dei prodotti ittici affumicati per effetto della *Listeria monocytogenes*. Infatti, la direttiva n. 91/493 non stabilisce parametri microbiologici, ma attribuisce al legislatore comunitario la competenza per farlo, in caso di necessità, ai fini della tutela dell'igiene pubblica, secondo la procedura prevista all'art. 15. A tutt'oggi, sono stati stabiliti parametri microbiologici secondo tale procedura unicamente per i crostacei e i molluschi cotti mediante decisione della Commissione 15 dicembre 1992, n. 93/51/Cee, relativa alle norme microbiologiche per la produzione di crostacei e molluschi cotti (*Guce* n. L 13 del 1993, p. 11).

33. Per quanto riguarda i termini «livello inammissibile», «proporzioni inammissibili» e «livello accettabile» di cui al capitolo I, punto 6, lett. *a.* e *b.*, dell'allegato alla decisione n. 94/356, basti constatare, come fa l'Avvocato Generale al par. 30 delle conclusioni, che tali disposizioni non impediscono agli Stati membri di giudicare come livello accettabile per determinati rischi solamente la tolleranza zero.

34. Tuttavia, sebbene in mancanza di un'armonizzazione esaustiva in materia gli Stati membri abbiano il potere di stabilire le norme alle quali i prodotti destinati al consumo umano devono essere conformi nel loro territorio, le norme interne di cui trattasi non possono ritenersi sottratte alla sfera d'applicazione degli artt. 28 CE e 30 CE (v. sentenza *Melkunie*, *cit.*, punti 9 e 10).

35. Occorre pertanto esaminare se gli artt. 28 CE e 30 CE ostino all'applicazione della norme interne che stabiliscono una tolleranza zero relativamente alla presenza di *Listeria monocytogenes* nei prodotti ittici non conservati chimicamente.

36. A tale proposito è pacifico che, per quanto riguarda i prodotti provenienti da un altro Stato membro, l'applicazione di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale, la quale effettivamente vieta la commercializzazione di un prodotto ittico qualora la presenza di *Listeria monocytogenes* sia rilevabile in un campione di g 25 di tale prodotto, può ostacolare il commercio intracomunitario e pertanto costituisce una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa ai sensi dell'art. 28 CE.

37. Occorre tuttavia esaminare se un tale divieto possa essere giustificato da motivi di tutela della salute e della vita delle persone.

38. Secondo una costante giurisprudenza, fra i motivi che possono giustificare deroghe all'art. 28 CE, la tutela della salute e della vita delle persone occupa il primo posto e, tutte le volte che sussistono incertezze allo stato attuale della ricerca scientifica, spetta agli Stati membri, nei limiti imposti dal Trattato, decidere il livello al quale essi intendono garantire tale tutela e, in particolare, il grado di severità dei controlli da effettuare (v., in particolare, sentenze *Commissione c. Germania*, *cit.*, punto 41, e

16 aprile 1991, causa n. C-347/89, *Eurim-Pharm*, *Raccolta*, I, p. 1747, punto 26).

39. Tuttavia, una normativa o una prassi nazionale avente o tale da avere effetti restrittivi sugli scambi intracomunitari è compatibile con il Trattato solo se necessaria ai fini di una tutela efficace della salute e della vita delle persone. Essa non gode della deroga qualora la salute e la vita delle persone possano venire protette in modo altrettanto efficace con provvedimenti meno restrittivi nei confronti degli scambi intracomunitari (v., in particolare, sentenza *Eurim-Pharm*, *cit.*, punto 27).

40. Occorre parimenti ricordare che l'esistenza di un rischio per l'igiene pubblica deve essere valutata tenendo conto dei risultati della ricerca scientifica internazionale, in particolare dei lavori dei comitati scientifici comunitari, nonché alla luce delle abitudini alimentari dello Stato membro interessato (v., in tal senso, citate sentenze *Bellon*, punto 17, e *Commissione c. Francia*, punto 13).

41. Occorre segnatamente tener conto dei lavori del comitato scientifico per le misure veterinarie in relazione con la salute pubblica (in prosieguo: il «CSMVSP») concernenti la *Listeria monocytogenes*, sfociati nel parere 23 settembre 1999 di quest'ultimo, richiamato dalla Commissione. Risulta da tale parere, con il quale il comitato scientifico per l'alimentazione umana si è dichiarato d'accordo attraverso il parere 22 giugno 2000, che la *Listeria monocytogenes* è un batterio patogeno in grado di provocare nell'uomo malattie gravi. Essa potrebbe causare varie infezioni, ma la *Listeria* attaccherebbe principalmente l'utero delle donne incinte, il sistema nervoso centrale e la circolazione sanguigna. Sebbene la *Listeria* possa colpire adulti e bambini in buono stato di salute, le persone colpite più di frequente sarebbero le donne incinte, i neonati, gli anziani e coloro il cui sistema immunitario è indebolito a causa dell'assunzione di farmaci o a seguito di una malattia.

42. Da tale parere risulta parimenti che, benché la diffusione della listeriosi sia relativamente limitata nell'uomo (2-15 casi per milione di abitanti), il tasso di mortalità si attesta tra il 20 ed il 40% e, presso soggetti con immunodeficienze, è addirittura del 75%. Il CSMVSP ne desume che la listeriosi rappresenta un pericolo raro ma serio per l'igiene pubblica, in particolare per i gruppi ad alto rischio elencati al punto precedente.

43. Anche se, come indicato dalla Commissione, il rapporto del CSMVSP afferma che, «[i]n base ai dati epidemiologici disponibili, parrebbe che la presenza di [*Listeria*] *monocytogenes* negli alimenti rappresenti un rischio minimo per tutti i gruppi di popolazione quando la concentrazione di [*Listeria*] *monocytogenes* è inferiore a 100 cfu/g», occorre rilevare, da una parte, che il CSMVSP mostra molta prudenza, utilizzando persino la forma condizionale «parrebbe» («it would seem» in inglese, lingua del parere), e, dall'altra, che esso nomina ripetutamente le notevoli incertezze che persistono in materia e che sono dovute al numero limitato di casi per i quali si dispone di informazioni. Il CSMVSP sottolinea anche che le informazioni circa le abitudini di consumo dei prodotti alimentari interessati non sono direttamente disponibili e quindi non è stato possibile tenerne conto.

44. Inoltre, il CSMVSP constata che, a causa delle incertezze relative alla stima dei rischi per il consumatore e poiché sembra che gli studi indichino un notevole potenziale riproduttivo della *Listeria monocytogenes* negli alimenti, può darsi che valori limite inferiori a 100 cfu/g vadano applicati per i prodotti alimentari nei quali essa

possa riprodursi. Al riguardo, il CSMVSP afferma che può darsi persino che, per prodotti che hanno subito trattamenti particolari, sia necessario imporre la non rilevabilità di *Listeria monocytogenes* in g 25 nella fase della produzione.

45. È dunque evidente che i dati disponibili, allo stato attuale della ricerca scientifica, non consentono di fissare con certezza la concentrazione precisa di agenti patogeni di *Listeria monocytogenes* al di là della quale un prodotto ittico rappresenta un pericolo per la salute umana. Quindi, spetta agli Stati membri, in mancanza di armonizzazione in materia, decidere il livello al quale essi intendono garantire la tutela della salute e della vita delle persone, tenendo conto delle esigenze della libera circolazione delle merci.

46. A tale proposito, una normativa nazionale che impone la non rilevabilità dell'agente patogeno in un campione di g 25 di prodotto ittico, semplicemente perché, per determinati prodotti, persino minimi quantitativi di *Listeria monocytogenes* possono compromettere la salute di alcuni consumatori particolarmente delicati, dev'essere considerata conforme a quanto prescritto dal Trattato (v., in tal senso, sentenze *Melkunie*, cit., punto 18, e 14 luglio 1994, causa n. C-17/93, *Van der Veldt*, Raccolta, I, p. 3537, punto 17).

47. Pertanto, occorre risolvere la questione pregiudiziale dichiarando che né la direttiva n. 91/493, né la decisione n. 94/356, né gli artt. 28 CE e 30 CE ostano all'applicazione di disposizioni nazionali che prevedono una tolleranza zero relativamente alla presenza di *Listeria monocytogenes* nei prodotti ittici non conservati chimicamente.

(Omissis)

COMMENTO ALLA SENTENZA *HAHN*: LIMITI ALLA FISSAZIONE DI UNA TOLLERANZA ZERO NEI PRODOTTI ALIMENTARI CON RIFERIMENTO AL DIRITTO COMUNITARIO E ALLA LUCE DEGLI ACCORDI OMC

Sommario: 1. *La vicenda* - 2. *Il commento* - 2.1 *Considerazioni introduttive* - 2.2. *La posizione della Corte di giustizia espressa nella sentenza* - 2.3 *Il contesto internazionale* - 2.3.1 *Competenza della Corte e diretta applicabilità dell'SPS Agreement* - 2.3.2 *L'SPS Agreement e la "giurisprudenza OMC"* - 3. *Cenni conclusivi*.

1. La vicenda

Nel periodo a cavallo fra il 1998 e i primi mesi del 1999 l'ispettorato per l'igiene e le mercanzie austriaco, nel quadro degli ordinari controlli ufficiali ed in parte a seguito di alcuni reclami relativi a presunte tossinfezioni alimentari, ha effettuato campionamenti di prodotti ittici presso le sedi della società *Nordsee GmbH* ed alcuni supermercati da essa forniti.

Dalle successive analisi di laboratorio i campioni da 25 grammi prelevati sono risultati positivi per presenza di *listeria monocytogenes* in misura non quantificata dagli accertamenti.

Gli alimenti in questione sono quindi stati dichiarati inadatti al consumo umano e, sulla base degli artt. 7, n. 1, lett. a. e 8 del *Lebensmittelgesetz*¹ austriaco del 1975 e della delibera 30 marzo 1988 dell'*Hygieneausschuss*² in ma-

¹ Il *Lebensmittelgesetz* (legge austriaca del 1975 sui prodotti alimentari) negli artt. 7 e 8 vieta la immissione in commercio di prodotti alimentari destinati al consumo umano che possano mettere in pericolo o danneggiare la salute, penalmente sanzionando le violazioni ex art. 6 n. 1 e 57 punto 1.

² L'art. 56 n. 1 del citato *Lebensmittelgesetz* stabilisce che: «(...) spetta al Ministro federale della sanità e dell'ambiente emanare il "codice alimentare austriaco", che fornisce descrizioni tecniche, definisce nozioni, fissa metodi di analisi e criteri di valutazione, nonché stabilisce direttive per l'immissione in consumo delle merci soggette alla legge federale. Nello svolgimento dei suoi compiti in materia il Ministro è coadiuvato da un Comitato permanente per l'igiene». Nell'ambito della sua attività il Comitato ha stabilito che «pur a fronte di studi scientifici attestanti l'infondatezza del criterio "tolleranza zero" della *listeria monocytogenes* esso debba comunque costituire la regola della legislazione austriaca». Con delibera successiva al 30 marzo 1998 l'*Hygieneausschuss* ha parzialmente modificato questa posizione ammettendo una tolleranza fino a 100 bacilli per grammo.

teria di contaminazioni da *Listeria monocytogenes*, è stato avviato un procedimento penale nei confronti del signor *Walter Hahn*, responsabile della società *Nordsee GmbH*.

Ai fini dell'accertamento della penale responsabilità dell'imputato il *Bezirksgericht Innere Stadt Wien* (pretore di Vienna centro) ha reputato di importanza determinante appurare se alla luce della direttiva n. 91/493 Cee una disposizione nazionale possa imporre un parametro di «tolleranza zero» nei confronti di microrganismi patogeni negli alimenti oppure se sia più corretto ridurre i valori di presenza tollerata fino ad un limite ritenuto scientificamente "accettabile".

Con ordinanza 30 marzo 2000 il Giudicante austriaco ha posto alla Corte di giustizia in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE il seguente quesito: «se la direttiva del Consiglio 22 luglio 1991 n. 91/493 Cee debba essere interpretata nel suo insieme nel senso che essa osti all'applicazione di disposizioni nazionali che prevedano nel caso di prodotti ittici non conservati chimicamente una "tolleranza zero" nei confronti della contaminazione da *Listeria Monocytogenes*».

La Corte ha incentrato il proprio giudizio innanzitutto sull'interpretazione corretta della direttiva n. 91/493 che riproduce per il settore ittico la disciplina dell'autocontrollo dettata in generale dalla direttiva n. 93/43 Cee.

A parere della Corte essa «non attua una armonizzazione esaustiva in materia di valori limite per la lotta alla contaminazione dei prodotti ittici affumicati per effetto della *Listeria monocytogenes*. Infatti la direttiva n. 91/493 non stabilisce parametri microbiologici ma attribuisce al legislatore comunitario la competenza per farlo, in caso di necessità, ai fini della tutela della salute pubblica».

Per quanto riguarda l'interpretazione dei termini «livello inammissibile», «proporzioni inammissibili» e «livello accettabile» impiegati nella direttiva la Corte ha stabilito che «tali disposizioni non impediscono agli Stati membri di giudicare come livello accettabile per determinati rischi solo la "tolleranza zero"».

Le norme dettate in proposito, pur essendo a parere della Corte restrizioni ex art. 28 CE, sono «giustificate a motivo della tutela della vita delle persone» per effetto della incertezza scientifica che autorizza gli Stati a decidere il proprio livello di protezione della salute.

A giudizio della Corte tale incertezza è sufficientemente documentata dai lavori del Comitato per le misure veterinarie (CSMVSP)³.

³ Il testo completo del parere del Comitato scientifico delle misure veterinarie per la salute pubblica sulla *Listeria monocytogenes* del 23 settembre 1999 è disponibile on line all'indirizzo http://www.europa.eu.int/comm/food/fs/sc/scv/out25_en.html.

2. Il commento

2.1 Considerazioni introduttive

Con la sentenza 24 ottobre 2002 la Corte di giustizia delle Comunità europee torna a pronunciarsi sul rapporto tra libera circolazione delle merci ed azioni preventive degli Stati membri a tutela della salute dei consumatori, inserendosi nel solco di una consolidata giurisprudenza risalente alla metà degli anni Ottanta e confermandone validità ed attualità.

La pronuncia è oggi tuttavia particolarmente significativa alla luce degli orientamenti del WTO in materia e per il particolare rapporto che la vicenda intrattiene con i principi comunitari di «sicurezza alimentare» di recente elaborazione.

Come è noto, in assenza di una normativa comunitaria di armonizzazione⁴ o di una convenzione internazionale che regoli la materia, gli Stati membri possono dettare con disposizioni indistintamente applicabili ed in piena autonomia le regole di produzione e commercializzazione delle merci necessarie per tutelare la salute dei consumatori, al limite derogando ex art. 30 TCE ai principi che presiedono al funzionamento del mercato interno⁵.

La facoltà descritta è correlata al diritto loro riconosciuto di «mantenere o introdurre misure di protezione (dei consumatori) più rigorose» se pur compatibili con il Trattato, ai sensi dell'art. 153 TCE par. 5 (ex art. 129 A), facoltà per altro riconosciuta anche dai Trattati multilaterali che regolano la materia a livello internazionale⁶, cui in linea di massima la normativa comunitaria dovrebbe ispirarsi.

La giurisprudenza comunitaria ha ben delineato i confini di legittimità dell'azione nazionale nell'esercizio di questa prerogativa individuando già a partire dagli anni Settanta i punti di equilibrio fra la tutela della salute e le libertà economiche fondamentali riconosciute e tutelate dal diritto comunitario⁷.

L'accento è in larga misura posto sulla valutazione di proporzionalità delle norme nazionali pertinenti nelle sue componenti essenziali e nelle diverse accezioni sue proprie.

Negli anni Novanta il criterio delineato è parzialmente mutato per effetto da un lato degli accordi internazionali cui anche la Comunità ha aderito, dal-

⁴ Nel caso di specie la Corte ha accertato che allo stato attuale non esiste a livello comunitario una normativa che armonizzi i parametri di tollerabilità della listeria monocytogenes per l'organismo umano.

⁵ Purché tale deroga «non costituisca un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio intracomunitario» ex art. 30 TCE 2° comma.

⁶ Il riferimento è ovviamente in via principale all'*SPS Agreement* di cui si dirà in seguito.

⁷ In dottrina si veda M. MONTINI, *Commercio e ambiente: bilanciamento tra la tutela ambientale e libertà di circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in questa *Rivista*, 2002, p. 429 ss.

l'altro per l'affermarsi a seguito dell'emergere di numerose emergenze sanitarie connesse all'alimentazione umana, dei principi generali di «sicurezza alimentare» in seno alla Comunità europea ed alla comunità internazionale.

La vicenda che qui si commenta si inquadra perfettamente nello scenario descritto.

I profili di diritto contenuti nella questione posta dal Pretore di Vienna vanno dunque letti al di là della semplice interpretazione della direttiva del Consiglio n. 91/493 Ce e della decisione della Commissione n. 94/356 Ce, rispecchiando più in generale lo stato attuale del rapporto fra azioni preventive a tutela della salute dei cittadini e i diritti economici fondamentali nel diritto nazionale, comunitario e dei trattati multilaterali.

2.2 *La posizione della Corte di giustizia espressa nella sentenza*

La Corte di giustizia, affrontando la questione oggetto della richiesta del Giudice di merito, è rimasta ancorata ad uno schema giuridico-interpretativo dalla prospettiva esclusivamente interna ben noto, e che ha in alcune pronunce della metà degli anni Ottanta illustri precedenti.

Affermando che «in assenza di certezze scientifiche circa la concentrazione precisa di agenti patogeni di listeria monocytogenes al di là della quale un prodotto ittico rappresenta un pericolo per la salute umana spetta agli Stati membri, in mancanza di armonizzazione in materia, decidere il livello al quale essi intendono garantire la tutela della salute e della vita delle persone» la Corte ha circoscritto la propria analisi al profilo dell'equilibrio fra libera circolazione delle merci e tutela della salute così come identificato nel diritto e nella giurisprudenza comunitaria pregressa⁸.

Tanto la Corte di giustizia quanto l'Avvocato Generale Geelhoed nelle sue conclusioni⁹ hanno espressamente richiamato le sentenze *Melkunie*¹⁰ e *Hejin*¹¹.

La sentenza *Melkunie* sotto diversi profili è quella che più si avvicina al caso in esame.

All'epoca la Corte di giustizia era chiamata a valutare la compatibilità con gli artt. 30 - 36 del Trattato CE (attuali 28 - 30 TCE) di una misura na-

⁸ Per una rassegna dei principali orientamenti giurisprudenziali della Corte di giustizia si richiama F. CAPELLI, *Libera circolazione dei prodotti alimentari nel mercato unico europeo*, in questa *Rivista*, 1993, p. 7.

⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale L. A. GEELHOED presentate il 13 dicembre 2001 in causa n. C-121/00, in *Raccolta*, 2002, I, p. 9193 e su <http://www.europa.eu.int>.

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 6 giugno 1984 in causa n. 97/83, Procedimento penale a carico di *CMC Melkunie BV*, in *Raccolta*, 1984, p. 2367 ss.

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 1984 in causa n. 94/83, *Hejin*, in *Raccolta*, 1984, p. 3263 ss.

zionale olandese adottata a tutela degli interessi sanitari dei consumatori che imponeva la «tolleranza zero» nei confronti dei colibatteri coltivabili nei prodotti lattiero-caseari pastorizzati.

La misura costituiva un ostacolo alla libera circolazione intracomunitaria delle merci, atteso che altri Stati membri, ad esempio la Germania, disciplinavano la materia con limiti meno restrittivi e non potevano esportare i propri prodotti in Olanda.

Anche allora come nella sentenza che qui si commenta la Corte si è espressa nel senso più favorevole alla libertà di scelta degli Stati membri della propria soglia di protezione della salute dei consumatori in assenza di evidenze scientifiche certe circa la tollerabilità umana di determinate contaminazioni microbiologiche.

Commentando le obiezioni sollevate dalla *Melkunie* la Corte affermava infatti che la collaborazione fra Stati membri¹² «non può escludere il diritto di ciascuno Stato membro di emanare ed applicare le proprie norme in materia di tutela della sanità pubblica. Queste norme sono compatibili con il Trattato purché sussistano i presupposti stabiliti dall'art. 36 CE. A questo proposito dev'essere provato che esse sono necessarie per la efficace tutela della salute e della vita delle persone residenti nello Stato importatore e non costituiscono né un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata al commercio fra gli Stati membri».

La prudenza della Corte nel procedere in un terreno così delicato quale la tutela della salute dei cittadini è giustificata dalla natura particolare del diritto in gioco, fortemente ancorato ai principi costituzionali comuni a tutti gli Stati membri¹³ nonché alle prerogative di questi ultimi.

Nella sentenza *Hahn* che qui si commenta la Corte ha ripreso questo concetto, che in qualche misura anticipava il «principio di precauzione» di cui oggi molto si discute¹⁴, ribadendo che «una normativa nazionale che impone la non

¹² La *Melkunie* al riguardo aveva richiamato la nota giurisprudenza comunitaria relativa all'onere degli Stati membri di collaborare reciprocamente e di riconoscere in via presuntiva una sostanziale equivalenza delle normative nazionali in materia.

¹³ In Italia art. 32 Cost. L'affermazione è generalmente ripetuta. Per tutti si veda F. CAPELLI, *Libera circolazione*, cit. *supra*, nota 8, *ivi*, p. 13 e nota 18.

¹⁴ In effetti a ben guardare la giurisprudenza comunitaria sul rapporto fra libera circolazione delle merci e tutela preventiva della salute dei cittadini poggia tutta sul presupposto della assenza di evidenze scientifiche circa l'effettiva nocività/pericolosità delle situazioni di fatto alla base del giudizio di merito. È pur vero, come è stato notato, che nella accezione più condivisibile «le misure precauzionali si riferiscono a fattispecie di sostanziale carenza o contraddittorietà di riscontri scientifici relativi soprattutto alla esistenza di un rischio» (R. PAVONI, *Misure unilaterali di precauzione, prove scientifiche e autorizzazioni comunitarie al commercio di organismi geneticamente modificati: riflessioni a margine del caso "Greenpeace"*, in questa *Rivista*, 2000, p. 746). Resta tuttavia valida l'osservazione per cui anche le «azioni preventive a tutela della salute» si fondano su di una simile incertezza sulla esistenza di un rischio, benché collegata ad un fattore noto di cui si ignorano le soglie di tollerabilità. In tal senso anche A. ALEMANNO, *Le principe de precaution en droit communautaire. Strategie de gestion des risques ou risque d'atteinte au marché intérieur?*, *RDUE*, 2001, p. 917.

rilevabilità dell'agente patogeno in un campione di 25 g. di prodotto ittico semplicemente perché per determinati prodotti persino minimi quantitativi di *Listeria Monocytogenes* possono compromettere la salute di alcuni consumatori particolarmente delicati dev'essere considerata conforme a quanto prescritto dal Trattato» (punto 46 della decisione).

Non si pone dunque per la Corte un problema di proporzionalità quando in materia di sicurezza alimentare alla certezza sugli effetti potenzialmente letali di una tossinfezione alimentare si associa la assenza di evidenze scientifiche circa la soglia di tolleranza umana, con particolare riferimento alle categorie di consumatori più deboli.

Il giudizio che pure si conforma alla linea interpretativa tradizionale pare oggi particolarmente severo.

La stessa Corte in narrativa dà atto della esistenza, peraltro già asserita dallo Stato austriaco interveniente, di diversi studi scientifici internazionali che definiscono la «tolleranza zero» come «parametro scientifico infondato». L'indicazione avrebbe forse meritato un approfondimento quantomeno per determinare gli orientamenti di massima delle più rilevanti organizzazioni internazionali fra cui il Codex Alimentarius e l'OMS.

La Corte ha tuttavia fatto esclusivo riferimento al Comitato Scientifico delle Misure Veterinarie (CSMVSP) interpellato nel 1999 dalla Commissione sul progetto di armonizzazione dei parametri di tolleranza della listeria¹⁵ sottolineando i passaggi in cui questo evidenzia la gravità del rischio.

In narrativa infatti viene ribadito che «dal parere del CSMVSP risulta che benché la listeriosi sia relativamente limitata nell'uomo (...) il tasso di mortalità si attesta tra il 20 ed il 40% e, presso soggetti con immunodeficienze è addirittura del 75%. Il CSMVSP ne desume che la listeriosi sia un pericolo raro ma serio per l'igiene pubblica, in particolare per i gruppi ad alto rischio elencati al punto precedente».

Alla identificazione della gravità del rischio seguono le valutazioni circa la sua probabilità: «il rapporto del CSMVSP afferma che in base ai dati epidemiologici disponibili parrebbe che la presenza di *listeria monocytogenes* negli alimenti rappresenti un rischio minimo per tutti i gruppi di popolazione quando la concentrazione di l.m. è inferiore a 100 cfu/g. Occorre rilevare da una parte che il CSMVSP mostra molta prudenza, utilizzando la forma condizionale "parrebbe" (...) e dall'altra che esso nomina ripetutamente le notevoli incertezze che persistono in materia e che sono dovute al numero limitato di casi per i quali si dispone di informazioni».

L'assunto è piuttosto elusivo del vero "nodo" della questione, ovvero se alla base della decisione nazionale vi sia un valido *risk assessment* e se que-

¹⁵ Cfr. nota 3.

sto rilevi la probabilità dell'evento come considerabile o del tutto trascurabile alla luce dei principi comunitari e internazionali che governano la «sicurezza alimentare».

Un primo termine di valutazione in questo senso è costituito dallo stesso parere del CSMVSP che sembra poter essere interpretato nel senso di una possibile esclusione del «parametro tolleranza zero» fra gli obiettivi di sicurezza alimentare.

In proposito il Comitato così si esprime: «l'obiettivo dovrebbe essere quello di mantenere la concentrazione di l.m. nei prodotti alimentari al di sotto dei 100 cloni forming per grammo e di ridurre in maniera significativa la frazione degli alimenti aventi una concentrazione superiore a 100 cfu/g. Tale obiettivo dovrebbe essere dichiarato come un obiettivo di sicurezza alimentare».

L'opinione del Comitato, come osservato dalla stessa Commissione¹⁶, si allontana dalla c.d. «tolleranza zero» e sembrerebbe assecondare le interpretazioni scientifiche internazionali più propense a limiti rigorosi che a divieti assoluti¹⁷.

La questione, oltre che essere rilevante ai sensi del regolamento n. 178/2002 Ce¹⁸ in materia di sicurezza alimentare che ha definito la nozione di "rischio" come funzione della probabilità oltre che della gravità di un effetto nocivo per la salute¹⁹, è determinante ai fini della valutazione di legittimità della norma ai sensi dell'art. 30 TCE.

Questo, come è noto, non conferisce agli Stati membri una discrezionalità assoluta nella valutazione della soglia di tutela della salute che essi intendono accordare ai propri cittadini, ma condiziona la legittimità delle disposizioni in materia ad un "onere probatorio" (che ricade sugli Stati stessi) circa la proporzionalità delle misure che essi intendono adottare.

Gli Stati in sostanza devono poter provare la consistenza e la ragionevolezza del rischio e l'inesistenza di misure alternative idonee comunque a raggiungere la soglia di tutela della salute dei cittadini da loro prescelta con un minor grado di afflittività per la libera circolazione delle merci²⁰.

¹⁶ Si veda in proposito quanto asserito dalla Commissione europea nella risposta del Commissario D. Byrne alla interrogazione parlamentare n. E-2558/01 in materia di contaminazioni da listeria monocytogenes.

¹⁷ In particolare si vedano i risultati di una ricerca effettuata dallo *US Center for Disease Control and Prevention (CDC)*, centro statunitense per il controllo e la prevenzione delle malattie, pubblicati nel febbraio 1996.

¹⁸ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 178/2002 del 28 gennaio 2002 in *Guce* n. L 31 del 1° febbraio 2002.

¹⁹ Il regolamento Ce n. 178/2002 ha posto l'accento su di una valutazione che tenga conto di entrambi i parametri, in parte discostandosi dalla visione tradizionale (direttiva n. 92/59) in materia di sicurezza generale dei prodotti. Sul punto G. COSCIA, *Il Reg. CE 178/2002: le novità per la sicurezza alimentare*, in *Alimenta*, 2002, n. 11-12, p. 223.

²⁰ La giurisprudenza è abbondantissima ed arcinota. Fra le prime e più importanti sentenze in materia si veda la sentenza della Corte di giustizia del 26 maggio 1976 in causa n. 104/75, *De Pei-*

Orbene quanto al primo requisito (sussistenza di un rischio "ragionevole" e documentabile) bisogna prendere atto che la Corte, nonostante i richiami alle valutazioni scientifiche internazionali, ha ritenuto di dover confermare la giurisprudenza degli anni Ottanta ritenendo sufficiente la dimostrazione certa della sua possibilità e della sua gravità.

Così facendo la Corte ha voluto ancora una volta chiarire che il confine dell'onere probatorio sancito dall'art. 30 TCE è ancorato al «se» ma non al *quantum*.

Quanto al secondo aspetto (esistenza di misure meno afflittive altrettanto efficaci) la Corte sembra non aver preso in considerazione la possibilità di un uso combinato della etichettatura (segnalazione in etichetta dell'inidoneità del prodotto al consumo da parte delle categorie di consumatori "a rischio") e della imposizione di limiti di tolleranza comunque sia rigidi (100 cfu/g secondo i suggerimenti del CSMVSP e delle altre Organizzazioni Internazionali).

Che la «tolleranza zero» sia una misura fortemente indiziata di sproporzione è d'altronde desumibile da due "indici" facilmente individuabili: da un lato il comportamento dello stesso Stato membro interessato, dall'altro la linea normativa generale di matrice comunitaria in materia di igiene delle produzioni alimentari.

Sotto il primo profilo si ricava dalla lettura delle conclusioni dell'Avvocato Generale che l'Austria successivamente ai fatti di causa ha modificato il parametro in questione portandolo alla soglia dei 100 cfu/g citata. Dal che si deduce che il livello di tutela dello Stato membro, pur essendo molto elevato, non coincide necessariamente con la formula *zero risk*.

Per altro verso un simile atteggiamento sarebbe stato contrastante con la impossibilità di ridurre a "0" la presenza di l.m. in altri alimenti non trattati termicamente quali insalate, prodotti ortofrutticoli, pesce fresco, etc. ove pure questo batterio si trova diffusamente (c.d. «proporzionalità orizzontale»)²¹.

Sotto il secondo profilo che lo *standard* comunitario per la sicurezza igienica delle produzioni agroalimentari non sia improntato alla «tolleranza zero» lo dimostra il fatto che la direttiva n. 93/43 Ce²², che ha armonizzato le disposizioni nazionali sull'igiene degli alimenti, non ha scelto la «sterilità» come soglia di rischio accettabile bensì il controllo – operato dagli stessi produttori – attraverso il metodo haccp²³ del processo produttivo basato sulle co-

jper, punti 14 - 18, ove si afferma che «è esclusa dalla deroga di cui all'art. 36 CE qualsiasi normativa o prassi nazionale al cui posto si sarebbero potuti adottare con pari efficacia provvedimenti di minor pregiudizio per gli scambi intracomunitari».

²¹ Nel punto 19 della decisione la Corte dà atto che «secondo quanto osservato dal Giudice nazionale risulterebbe impossibile ottenere la totale assenza della l.m. per molte sostanze crude nella fase attuale di produzione e di trattamento degli alimenti nemmeno se la produzione e la fabbricazione si svolgessero in buone condizioni».

²² Direttiva del Consiglio n. 93/43 del 14 giugno 1993, in *Guce* n. L 175 del 19 luglio 1993.

²³ Haccp: Hazard Analysis and Critical Control Points (Traduzione: Analisi dei rischi e dei

noscenze scientifiche in essere al momento della produzione e dello "stato dell'arte" ad esse connesso²⁴.

Vero è che la direttiva in questione consente agli Stati membri di adottare misure più restrittive rispetto a quelle previste dalla direttiva stessa, ma la giurisprudenza comunitaria ha già chiarito che tale circostanza non autorizza lo Stato in questione ad ostacolare le importazioni di merci provenienti da altro Stato membro che si attenga ai contenuti della direttiva di armonizzazione²⁵.

Alla luce di queste sia pur brevi considerazioni in chiave di diritto comunitario possiamo tracciare una prima parziale valutazione della sentenza *Hahn*.

La Corte non ha ritenuto di dover estendere i termini della questione sottoposta ex art. 234 CE e si è limitata ad un giudizio improntato da un lato agli elementi di fatto e di diritto contenuti nella stessa ordinanza di rinvio del giudice di merito, dall'altro ad una consolidata tradizione giurisprudenziale in materia rafforzata da alcuni criteri interpretativi indotti dal nuovo approccio comunitario alle problematiche connesse all'alimentazione umana²⁶.

La scelta desta tuttavia qualche perplessità tanto sotto il profilo strettamente interno, come argomentato, quanto considerando il diritto del commercio internazionale, come meglio si dirà nel prossimo paragrafo.

2.3 Il contesto internazionale

La vicenda in esame acquista valenze particolari se considerata alla luce degli accordi internazionali che regolano la materia e di cui la stessa Comunità è parte contraente.

Il riferimento immediato è all'*SPS Agreement*, l'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie facente parte del c.d. «Pacchetto OMC»²⁷ sottoscritto in forma mista dalla Comunità nel quadro del più ampio Trattato di Marrakech.

punti critici di controllo).

²⁴ La disposizione, che pure non si applicherebbe alla produzione primaria, è contenuta anche nella direttiva n. 91/493 Cee del Consiglio del 22 luglio 1991 oggetto della richiesta di interpretazione da parte del Giudice nazionale nel caso qui in oggetto.

²⁵ Così la sentenza della Corte di giustizia del 19 marzo 1998 in causa n. C-1/96, *Compassion in World Farming*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1251 punti 41 e 62-64. In dottrina G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, Cedam, 2002, p. 385.

²⁶ Si vedano a titolo esemplificativo le sentenze del Tribunale del 9 novembre 2002 in causa n. T-13/99, *Pfizer Animal Health c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 3305 e sentenza del 9 novembre 2002 in causa n. T-70/99 *Alpharma c. Consiglio*, in *Raccolta*, 2002, II, p. 3495. Più in generale le indicazioni contenute nel Libro Verde sulla legislazione alimentare comunitaria (COM 97 176 def.) del 30 aprile 1997 e nel Libro Bianco sulla sicurezza alimentare (COM 1999 719 def.) del 12 gennaio 2000.

²⁷ Con il termine «Pacchetto OMC» si suole identificare l'insieme degli strumenti convenzionali allegati all'accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio di cui l'*SPS Agreement* è parte. Il testo dell'accordo è disponibile on line all'indirizzo <http://www.wto.org>.

2.3.1 Competenza della Corte e diretta applicabilità dell'SPS Agreement

Benché la natura "mista" dell'Accordo richiami la necessità di una distinzione fra le competenze comunitarie e nazionali anche sotto il profilo della giurisdizione interpretativa²⁸ l'orientamento che pare emergere in modo sempre più consistente nella giurisprudenza comunitaria sembra attribuire alla Corte di giustizia Ce una competenza generale in materia.

In effetti in una prima fase la Corte con le sentenze *Haegerman*²⁹, *Bresciani*³⁰, *Razanatsimba*³¹, e più recentemente con le sentenze *Kziber*³² e *Krid*³³ ha interpretato accordi misti senza chiarire da cosa derivasse la sua competenza. Non ha cioè chiarito se avesse titolo ad interpretare tutte le disposizioni in essi contenute³⁴, al di là della loro appartenenza alla sfera di competenza comunitaria o nazionale, ovvero se traesse legittimazione da una sostanziale "comunitarizzazione" della materia, limitandosi per lo più a considerarli parte integrante dell'ordinamento comunitario per il solo fatto di essere stati stipulati ai sensi degli artt. 228 - 238 CE (attuali 300-310).

Con riferimento più specifico agli «Accordi OMC» nella vicenda *Hermès*³⁵ la Corte ha giustificato la sua competenza ad interpretare l'art. 50 TRIPs affermando che «senza che sia necessario determinare la portata degli

²⁸ Sul punto TESAURO, pur sostenendo la tesi della competenza generale della Corte, ammette che la ripartizione di giurisdizione fra la Corte e i giudici nazionali in funzione delle rispettive sfere di competenza sulle norme dell'Accordo «è a prima vista semplice e chiara, e sicuramente la sola corretta dal punto di vista tecnico giuridico in particolare rispetto alla disciplina internazionale della stipulazione dei Trattati e delle sue conseguenze». (G. TESAURO, *I rapporti tra la Comunità europea e l'OMC, Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 970). In dottrina tuttavia si sono registrate posizioni contrastanti. Secondo alcuni autori la conclusione di un accordo misto comporterebbe una modifica implicita al Trattato con la conseguente "comunitarizzazione" di tutta la materia (A. BLECKMANN, citato da G. TESAURO, *I rapporti, loc. cit.*). Altri riterrebbero necessario distinguere le sfere di competenza comunitaria e nazionale ed attribuirne in funzione le rispettive giurisdizioni (C. D. EHLERMANN, *Mixed Agreements: a list of problems*, in *Mixed Agreements*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983, p. 3, citato da G. TESAURO, *I rapporti, loc. ult. cit.*). Infine alcuni autori si sono mostrati in ogni caso contrari a che la Corte interpreti tutte le norme di un accordo misto indipendentemente da una verifica tesa a stabilire la competenza della Comunità ovvero degli Stati membri (H. G. SCHERMERS - D. WAELBROEK, in *Judicial Protection in the European Communities*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, p. 430 e citato da G. TESAURO, *I rapporti, loc. ult. cit.*).

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1974 in causa n. 181/73, in *Raccolta*, 1974, p. 449, sull'Accordo di Associazione CEE - Grecia.

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1976 in causa n. 87/75, in *Raccolta*, 1976, p. 129, sulla Convenzione di Yaoundé.

³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 1977 in causa n. 65/77, in *Raccolta*, 1977, p. 2229, sulla Convenzione di Lomé.

³² Sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 1991 in causa n. C-181/90, in *Raccolta*, 1991, I, p. 199, sull'Accordo di cooperazione con il Marocco.

³³ Sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 1995 in causa n. C-103/94, in *Raccolta*, 1995, I, p. 719, sull'Accordo di cooperazione con l'Algeria.

³⁴ Per una disamina sul punto G. TESAURO, *I rapporti, loc. ult. cit.*, p. 972 e P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, Cedam, 2002, p. 551-557.

³⁵ Sentenza del 16 giugno 1998 in causa n. C-53/96, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3603.

obblighi assunti dalla Comunità stipulando l'accordo occorre rilevare che all'atto della firma il 15 aprile 1994 dell'atto finale e dell'Accordo OMC da parte della Comunità e dei suoi Stati membri il regolamento n. 40/94 era in vigore da un mese».

Come più volte sottolineato dalla dottrina³⁶ si è trattato in sostanza di una pronuncia interlocutoria in cui la Corte non ha voluto prendere una posizione definitiva sulla natura della sua competenza, ancorandosi nuovamente al preventivo esercizio della Comunità delle proprie competenze in materia.

Essa si segnala tuttavia per l'importante contributo portato dall'Avvocato Generale Tesauro, nelle sue conclusioni³⁷, nella elaborazione del principio della competenza generale della Corte per effetto della c.d. «rappresentanza unitaria esterna» della Comunità³⁸.

In quest'ottica, in assenza di una specifica dichiarazione pattizia di ripartizione delle competenze fra Comunità e Stati membri, la responsabilità nei confronti dei Terzi contraenti ricadrebbe infatti sulla Comunità europea non essendo loro opponibile la ripartizione operata con atti ad essa meramente interni.

La competenza della Corte trarrebbe dunque legittimazione dall'esigenza di garantire la coerente applicazione degli accordi misti sottoscritti dalla Comunità al suo interno per evitare che dalla natura essenzialmente bilaterale degli stessi derivi una forma di responsabilità della Comunità anche per la parte in cui la competenza non è sua esclusiva.

L'assunto ha trovato parziale accoglimento nella sentenza *Christian Dior*³⁹ ove la Corte, sia pur mantenendo un certo grado di prudenza derivante dalla natura del rinvio pregiudiziale, ha stabilito che «poiché l'art. 50 TRIPs costituisce una disposizione di procedura che va applicata nello stesso modo in tutte le situazioni che rientrano nel suo campo di applicazione e che può applicarsi sia a situazioni disciplinate dal diritto nazionale sia a situazioni disciplinate dal diritto comunitario tale obbligo impone, per ragioni sia pratiche che giuridiche, che i giudici degli Stati membri e la Comunità ne adottino

³⁶ Fra gli altri si vedano T. M. MOSCHETTA, *Il ruolo dell'interpretazione della Corte per la diretta applicabilità degli accordi OMC in ambito comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 844-861; C. NIZZO, *La decisione Hermès: una sentenza interlocutoria sul nuovo diritto OMC*, in *Gior. dir. amm.*, 1998, n. 12, p. 1131-1135; B. L. BONAFÈ, *Il contributo del caso Hermès alla soluzione dei problemi posti dagli accordi misti*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 109-122; G. BIAGIONI, *Accordo TRIPs, interpretazione uniforme della Corte di giustizia e competenze degli Stati membri*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 356.

³⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale G. TESAURO in causa n. C-53/96 *Hermès*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3606 ss.

³⁸ L'Avvocato Generale ha sostenuto la tesi per cui un accordo misto deve essere inteso come un unico accordo che dà origine ad una relazione sostanzialmente bilaterale fra la Comunità ed i terzi contraenti. Sul vincolo di solidarietà fra Comunità e Stati membri si veda anche P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 34, *ivi*, p. 554.

³⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2000 in cause riunite n. C-300/98 e n. C-392/98, *Christian Dior c. Tuk Consultancy e Assco c. L'Oréal*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 11307.

un'interpretazione uniforme. Ora solo la Corte agendo in cooperazione con i giudici degli Stati membri ai sensi dell'art. 177 del Trattato è in grado di assicurare una siffatta interpretazione uniforme».

Allo stato attuale si può ragionevolmente concludere quindi che, anche in virtù del vincolo solidale fra Comunità e Stati membri al rispetto di tutti gli ACM⁴⁰, la Corte di giustizia Ce goda di una competenza interpretativa piena anche per il caso qui in oggetto.

Risulta ora necessario verificare se, ed in che misura, le norme contenute nell'*SPS Agreement* possano essere ritenute direttamente applicabili almeno sotto il profilo interpretativo⁴¹ all'interno della Comunità e valutare se la Corte avrebbe dovuto allargare l'ambito della propria indagine ai profili di compatibilità fra le disposizioni oggetto di interpretazione e la "normativa OMC" pertinente.

La Corte ha più volte affermato, in conformità all'undicesimo *considerando* della decisione n. 94/800 Ce⁴², che l'accordo OMC e i suoi allegati, tenuto conto della loro natura, non figurano in linea di principio fra le normative alla luce delle quali la Corte controlla gli atti delle istituzioni comunitarie ai sensi dell'art. 230, 1° comma TCE⁴³.

Questa posizione, già presente nei confronti del GATT 47, è stata ribadita nei confronti dell'OMC nonostante da più parti si sottolineasse la sostanziale differenza fra questo e gli accordi precedenti.

L'OMC infatti sarebbe sostanzialmente una organizzazione internazionale con «titolo a pretendere l'applicazione in via diretta all'interno degli ordinamenti dei suoi membri della propria normativa»⁴⁴.

⁴⁰ Accordi Commerciali Multilaterali, al cui rispetto la Comunità e gli Stati membri sono vincolati ai sensi dello stesso accordo OMC «quale che sia la ripartizione sul piano comunitario delle rispettive sfere di competenza» (P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto*, cit. *supra*, nota 34, *ivi*, p. 554).

⁴¹ La diretta applicabilità è concetto assai diverso dalla produzione di effetti giuridici diretti. Nel primo caso infatti la norma internazionale funge da "parametro di legittimità" della normativa comunitaria, mentre nel secondo caso la norma internazionale pattizia può essere invocata direttamente dai privati a tutela dei propri interessi avanti il giudice naturale o quello comunitario. La Corte tuttavia nella giurisprudenza ad oggi maturata non sembra aver tenuto in grande considerazione tale distinzione. Cfr. G. TESAURO, *I rapporti*, cit. *supra*, nota 28, *ivi*, p. 963 ss. e T. M. MOSCHETTA, *Il ruolo*, cit. *supra*, nota 36, *passim*.

⁴² Che testualmente recita: «considerando che l'accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio compresi gli allegati non è di natura tale da essere invocato direttamente dinanzi alle autorità giudiziarie della Comunità e degli Stati membri (...)». La valutazione, non essendo riprodotta nell'articolato, conserva valore di orientamento politico.

⁴³ Sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 1999 in causa n. C-149/96, *Portogallo c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 8395, punto 47.

⁴⁴ T. M. MOSCHETTA, *Il ruolo*, cit. *supra*, nota 36. La questione è tutt'oggi discussa. È noto che accentuando il carattere "contenzioso" del procedimento di risoluzione delle controversie in seno all'OMC si è voluto in parte superare uno degli ostacoli più consistenti alla applicabilità diretta delle normative (diversamente da quanto avveniva per il GATT 1947). Inoltre l'Accordo istitutivo OMC nel par. 4 dell'art. XVI dispone che «ciascun Membro garantisce la conformità delle proprie leggi, dei propri regolamenti e delle proprie procedure amministrative con gli obblighi che gli incombono conformemente a quanto previsto negli Accordi allegati». Sul punto la dottrina così

La Corte nella sentenza *Portogallo c. Consiglio* ha però sottolineato che negli accordi OMC il ruolo del negoziato *inter pares* è ancora fondamentale e che alcuni contraenti fra i principali *partner* commerciali comunitari hanno rifiutato di riconoscere una simile efficacia alla normativa in questione⁴⁵.

Ne conseguirebbe un ingiusto svantaggio per gli operatori commerciali comunitari laddove essi al contrario vi fossero integralmente e direttamente assoggettati.

In linea generale dunque la Corte ha statuito che le normative legate all'OMC e gli allegati non sono idonei a creare in capo ai singoli diritti che questi possano azionare dinanzi al giudice nazionale o comunitario.

Ciò comunque in linea di principio non esclude che essi possano almeno in parte fungere da criterio di orientamento per gli organi chiamati ad interpretare le pertinenti disposizioni nazionali e comunitarie.

Nelle sentenze *Demirel*⁴⁶, *Racke*⁴⁷, *Hermès* (punto 28) e *Christian Dior*⁴⁸ la Corte ha affermato che i giudici sono tenuti nel limite del possibile ad ispirare l'applicazione del proprio diritto interno, alla luce del diritto comunitario, alle vigenti disposizioni internazionali di cui la Comunità è parte quando queste tenuto conto del tenore letterale dell'oggetto e della natura dell'accordo implicino un obbligo chiaro, incondizionato e preciso i cui effetti non siano subordinati all'adozione di alcun atto ulteriore.

commenta: «tale disposizione, prevedendo esplicitamente un obbligo incondizionato di adattamento degli ordinamenti degli Stati membri agli Accordi OMC costituisce il definitivo superamento della clausola "Grandfather"; saranno infatti adesso le norme interne, se in contrasto con le disposizioni di tali accordi, a dover essere modificate in modo da renderle con essi compatibili. La norma in questione tuttavia stabilendo semplicemente un obbligo internazionale di *facere* in capo agli Stati membri non può in alcun modo essere considerata titolo giustificativo ex se della produzione di effetti diretti all'interno degli ordinamenti statali in causa» (P. PICONE - A. LIGUSTRO, *Diritto, cit. supra*, nota 34, *ivi*, p. 551). Sulla necessità di un maggiore coordinamento dei due sistemi (Comunitario / OMC) anche M. VELLANO, *La Comunità Europea e i suoi Stati membri dinanzi al sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio: alcune questioni da risolvere*, in *La Comunità Internazionale*, 1996, p. 499-527.

⁴⁵ Punto 36: «Se è vero che gli accordi OMC (...) comportano notevoli differenze rispetto alle disposizioni del GATT del 1947, segnatamente a causa del rafforzamento del regime di salvaguardia e del meccanismo di composizione delle controversie, non è men vero che il sistema derivante da tali accordi riserva una posizione importante ai negoziati fra le parti». E ancora punto 46: «È inoltre pacifico che alcune parti contraenti, che sono, da un punto di vista commerciale tra le controparti più importanti della Comunità hanno tratto, alla luce dell'oggetto e dello scopo degli accordi OMC la conseguenza che questi ultimi non figurano tra le normative alla luce delle quali i loro organi giurisdizionali controllano la legittimità delle loro norme di diritto interno». Si vedano anche le considerazioni dei punti 44, 45, 46 e 47 della decisione.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 1987 in causa n. 12/86, in *Raccolta*, 1987, p. 3719, punto 14.

⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 1998 in causa n. 162/96, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3655, punto 31.

⁴⁸ Punto 42: «secondo costante giurisprudenza della Corte una disposizione di un accordo stipulato dalla Comunità con i Paesi Terzi va considerata direttamente efficace quando tenuto conto del suo tenore letterale, dell'oggetto e della natura dell'accordo si può concludere che essa implichi un obbligo chiaro, preciso ed incondizionato la cui esecuzione ed i cui effetti non siano subordinati all'adozione di alcun provvedimento ulteriore». Si veda anche il punto 47.

Inoltre, con riferimento ad un settore nel quale la Comunità ha già legiferato, le sentenze *Hermès* (punto 28) e *Christian Dior* (punto 47) indicano che le autorità giudiziarie devono interpretare le pertinenti norme comunitarie alla luce delle disposizioni internazionali sottoscritte dalla Comunità stessa.

Orbene, nel caso qui in esame entrambe le condizioni per l'applicabilità diretta dell'*SPS Agreement*, nell'accezione data⁴⁹, sembrerebbero soddisfatte.

La vicenda infatti, per i suoi contenuti giuridici ed oggettivi, rientra nell'ambito di applicazione dei precetti generali di «sicurezza alimentare» dettati dal recente regolamento Ce n. 178/2002.

Questo, come espressamente indicato nell'art. 13, lett. e., «promuove la coerenza fra gli standard tecnici internazionali e la legislazione in materia alimentare», e racchiude nel proprio articolato diverse disposizioni che riproducono i contenuti dell'*SPS Agreement*⁵⁰.

Analizzando le norme dell'Accordo Sanitario e Fitosanitario allegato al «pacchetto OMC» è possibile rintracciare quali misure possano essere ormai considerate "comunitarizzate" dal regolamento n. 178/2002, ed individuarne la diretta applicabilità quantomeno sotto il profilo interpretativo.

Quanto al primo aspetto, benché l'*SPS Agreement* si caratterizzi per una certa flessibilità di contenuti, tanto più accentuata quanto più la materia incide sul diritto fondamentale alla salute umana, è comunque possibile individuare al suo interno disposizioni la cui chiarezza lascia pochi spazi a forme di mediazione o adattamento interpretativo.

2.3.2 L'*SPS Agreement* e la "giurisprudenza OMC"

L'art. 2 dell'*SPS Agreement* pone diritti ed obblighi generali ai Membri dell'accordo, stabilendo per loro:

1. il diritto di porre in essere misure sanitarie e fitosanitarie a tutela della salute umana, animale e vegetale purché non si tratti di misure contrastanti con l'Accordo stesso (punto 1)

2. l'obbligo di proporzionalità delle stesse e di un loro fondamento scientifico fatta eccezione per quanto previsto dal par. 7, art. 5 (punto 2)

3. il divieto di porre in essere misure che abbiano natura discriminatoria (punto 3)

L'*Appellate Body* dell'OMC tanto nel caso denominato *European Communities - Hormones*⁵¹ quanto nel caso *Australia: Measures Affecting Imports*

⁴⁹ Nota 32.

⁵⁰ Si vedano a titolo esemplificativo l'art. 6 «analisi del rischio» per l'art. 5 *SPS risk assessment*, l'art. 7 «principio di precauzione» per l'art. 5.7 *SPS*, e più in generale il principio di analisi scientifica alla base della assunzione di provvedimenti normativi nel settore alimentare.

⁵¹ Report del 16 febbraio 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, disponibile on line all'indirizzo <http://www.wto.org>.

*tation of Salmon*⁵² ha chiarito che la portata di queste disposizioni generali in relazione alle misure concrete adottate dai Membri può essere valutata solo alla luce degli artt. 5.1, 5.5 e 5.6 dell'Accordo. L'art. 5.1 dell'*SPS Agreement* stabilisce: «Members shall ensure that their sanitary or phytosanitary measures are based on an assessment, as appropriate to the circumstances, of the risks to human, animal or plant life or health, taking into account risk assessment techniques developed by the relevant international organizations». La misura è rispecchiata, sia pure in termini un po' più generici, dall'art. 6 del regolamento n. 178/2002 Ce che prescrive il continuo riferimento della legislazione comunitaria e nazionale all'analisi del rischio (definita nello stesso regolamento) per il raggiungimento di un elevato livello di tutela della vita e della salute umana. Risulta dunque essenziale innanzitutto verificare se lo Stato che ha adottato la misura *SPS* sia o meno dotato di una valutazione del rischio che rispecchi i termini dell'art. 5.1 *SPS* e del regolamento n. 178/2002 Ce. Il par. 4 dell'allegato "A" dell'*SPS Agreement* definisce la valutazione del rischio come «the evaluation of the likelihood of entry, establishment or spread of a pest or disease within the territory of an importing Member according to the sanitary or phytosanitary measures which might be applied, and of the associated potential biological and economic consequences; or the evaluation of the potential for adverse effects on human or animal health arising from the presence of additives, contaminants, toxins or disease-causing organisms in food, beverages or foodstuffs». Per la giurisprudenza citata un *risk assessment* corrispondente ai requisiti richiesti dall'*SPS Agreement* deve necessariamente contenere:

- l'identificazione del rischio
- la sua valutazione qualitativa e quantitativa
- la valutazione del rischio alla luce delle misure *SPS* che potrebbero essere prese per eliminarlo.

I tre elementi insieme garantiscono che il *risk assessment* non si limiti ad individuare un generico rischio, bensì una *probability*, anche alla luce delle misure *SPS* che potrebbero essere adottate per contrastarlo, prima evidenza, come si dirà, della non discriminatorietà delle norme adottate.

L'*SPS Agreement* nell'imporre la valutazione del rischio non pone limiti quantitativi precisi. Tuttavia l'*Appellate Body* e prima ancora il *panel* nel caso *EU - Hormones* hanno stabilito che «We consider that a risk assessment on which to base an import prohibition in accordance with Article 5.1, cannot be premised on the concept of 'zero risk'. Otherwise, all import prohibitions would be based on a risk assessment since there is a risk (i.e. a possibility of

⁵² Report del 20 ottobre 1998, AB / 1998 - 5, disponibile on line all'indirizzo <http://www.wto.org>.

an adverse event occurring) however remote, associated with most (if not all) imports» (punto 125 della decisione).

La Comunità europea aveva contestato questa visione, temendo che essa potesse implicare un sostanziale divieto per i membri dell'*SPS Agreement* di fissare il proprio livello di protezione al c.d. *zero risk*.

L'*Appellate Body* nel caso *Australia: Measures Affecting Importation of Salmon* ha però chiarito che è importante distinguere fra "valutazione del rischio" e determinazione dell'appropriato livello di protezione. Ciò che l'*SPS Agreement* esclude è che la teorica incertezza scientifica possa essere alla base del c.d. *risk assessment*, il che non esclude che di fronte ad un pericolo certo di assoluta gravità il Membro possa adottare la tolleranza zero.

Nella sentenza *Hahn* la Corte di giustizia della Comunità europea, sebbene abbia preso in considerazione il parere del CSVMP per la valutazione della proporzionalità della misura, non ha fatto alcun riferimento ai criteri esposti e contenuti nella giurisprudenza OMC alla luce del regolamento n. 178/2002, mostrando una esclusiva preoccupazione di "verifica" della compatibilità della norma con i noti principi di diritto comunitario.

La perplessità su questo *modus operandi* aumentano prendendo in considerazione gli altri articoli dell'*SPS Agreement*.

Sempre nel caso *EU - Hormones* l'*Appellate Body* ha sottolineato che «Articles 5.1 and 5.2 may be seen to be marking out and elaborating a particular route leading to the same destination set out in Article 2.2. Indeed, in the event a sanitary measure is not based on a risk assessment as required in Articles 5.1 and 5.2, this measure can be presumed, more generally, not to be based on scientific principles or to be maintained without sufficient scientific evidence». La valutazione scientifica è la "chiave portante" della legittimità delle misure in oggetto. Il concetto è ampiamente ripreso anche nel caso *Australia: Measures Affecting Importation of Salmon*⁵³ ove l'orientamento viene chiaramente ripetuto: «We might add that the existence of unknown and uncertain elements does not justify a departure from the requirements of Articles 5.1, 5.2 and 5.3 read together with paragraph 4 of Annex "A", for risk assessment. We recall that Article 5.2 requires that "in the assessment of risk", Members shall take into account available scientific evidence».

Le "incertezze" cui l'*Appellate* si riferisce sono certamente anche incertezze circa la soglia di tollerabilità, come nel caso *Hahn* qui in esame. Alla luce delle indicazioni scientifiche internazionali citate e delle stesse esitazio-

⁵³ La valutazione del rischio in questi termini è requisito richiesto anche dal regolamento n. 178/2002 non solo nel suo articolato, ma anche nei considerando introduttivi che ne spiegano finalità e portata. Si veda a proposito il diciottesimo *considerando* che stabilisce che «Affinché vi sia un clima di fiducia nel fondamento scientifico della legislazione alimentare, le valutazioni del rischio devono essere svolte in modo indipendente, obiettivo e trasparente ed essere basate sulle informazioni e sui dati scientifici disponibili».

ni del CSMVP circa la compatibilità della c.d. «tolleranza zero» nei confronti della *Listeria monocytogenes* con un ragionevole obiettivo di "sicurezza alimentare" si rafforza il dubbio sulla conformità della norma austriaca e della decisione della Corte ai principi dell'*SPS Agreement*.

L'Art. 5.5 dell'Accordo stabilisce che: «With the objective of achieving consistency in the application of a concept of appropriate level of sanitary or phytosanitary protection against risks to human life or health, or to animal and plant life or health, each Member shall avoid arbitrary or unjustifiable distinctions in the levels it considers to be appropriate in different situations, if such distinctions result in discrimination or a disguised restriction on international trade. (...) In developing guidelines the Committee shall take into account all relevant factors, including the exceptional character of human health risks to which people voluntarily expose themselves».

La disposizione si adatta perfettamente al caso qui in esame. È noto che in natura la *Listeria monocytogenes* è batterio assai diffuso, trovandosi nel pesce fresco, nelle insalate, nei prodotti orticoli, sulla frutta etc.

L'atteggiamento «tolleranza zero» per non risultare discriminatorio dovrebbe essere rivolto a tutti questi prodotti celando essi «un pericolo della stessa natura»⁵⁴, a meno di giustificazioni scientifiche consistenti che escludano il rischio di effetti negativi sulla salute di pari entità.

Dalla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee non è tuttavia possibile trarre alcuna valutazione in questo senso, non essendo stato questo aspetto approfondito adeguatamente.

La valutazione della proporzionalità si ferma solo all'aspetto "verticale" di prodotto senza allargare la cerchia al complesso della legislazione alimentare austriaca. La norma indica anche fra gli elementi di valutazione nello sviluppo di linee-guida per le misure sanitarie la necessità di prendere in considerazione il carattere dei rischi «cui volontariamente i consumatori si sottopongono».

L'obiettivo della sicurezza alimentare non può essere la protezione totale da ogni tipologia di rischio; ciò, nell'improbabile ipotesi in cui fosse realizzabile, porterebbe comunque alla paralisi del commercio.

La Sicurezza alimentare ha fra i suoi scopi principali l'informazione del consumatore, che deve essere posto in grado di scegliere dopo aver attentamente valutato le caratteristiche del prodotto.

⁵⁴ Nel caso *European Communities - Hormones* l'*Appellate Body* ha stabilito che le diverse situazioni non sono comparabili se non presentano alcuni elementi comuni. Nel caso *Australia: Measures Affecting Importation of Salmon*, il *panel* ha stabilito che «in the circumstances of this dispute, we can compare situations under Article 5.5 if these situations involve either a risk of "entry, establishment or spread" of the same or similar disease or of the same or similar "associated biological and economic consequences", and this irrespective of whether they arise from the same product or other products» (Panel report, par. 8.117)

L'indicazione è contenuta tanto nell'art. 14 regolamento n. 178/2002 Ce, ove la valutazione della pericolosità di un alimento è condizionata al grado delle informazioni di cui il consumatore dispone a vario titolo, quanto nel più generale principio di «tutela degli interessi dei consumatori» che ex art. 8 del medesimo regolamento, vuole la legislazione alimentare quale base per consentire loro di operare scelte consapevoli in relazione agli alimenti che consumano.

Ritorna dunque in esame, alla luce di quanto detto e delle pertinenti misure *SPS Agreement*, l'ipotesi di una semplice etichettatura che evidenzi in modo chiaro l'inidoneità al consumo per le categorie di consumatori "a rischio", affiancata da un limite di tolleranza a 100 cfu/g quale misura meno restrittiva ed altrettanto efficace per il raggiungimento di un adeguato livello di sicurezza in cui anche il consumatore svolge un ruolo di responsabilità.

Quanto sopra trova puntuale riscontro nella visione OMC dell'art. 5.6 *SPS Agreement*.

In esso si stabilisce che:

«Without prejudice to paragraph 2 of Article 3 when establishing or maintaining sanitary or phytosanitary measures to achieve the appropriate level of sanitary or phytosanitary protection, Members shall ensure that such measures are not more trade-restrictive than required to achieve their appropriate level of sanitary or phytosanitary protection taking into account technical and economic feasibility».

Come evidenziato dall'*Appellate Body* nei casi menzionati e già affermato dalla stessa Corte di giustizia Ce, si hanno misure più restrittive per il commercio di quanto necessario solo se esiste una misura *SPS* alternativa che:

1. è ragionevolmente praticabile prendendo in considerazione le implicazioni tecnico-economiche
2. raggiunga il livello appropriato di protezione fitosanitaria dello Stato membro
3. sia significativamente meno restrittiva della misura contestata.

Orbene, nel caso qui in oggetto, come già affermato, la riduzione della tolleranza di l.m. a 100 cfu/g è scientificamente riconosciuta quale soglia di "sicurezza ragionevole"⁵⁵.

Le residue perplessità circa la particolare sensibilità di alcune categorie di consumatori possono essere superate con l'obbligo di una corretta etichettatura eliminando il divieto assoluto di commercializzazione di prodotti ittici non trattati termicamente con presenza minima di l.m. .

Ci si può peraltro interrogare sulla corrispondenza di una simile impostazione al secondo requisito evidenziato dal *panel*. In effetti la scelta della soglia di protezione della salute umana è prerogativa degli Stati membri che

⁵⁵ Si veda lo stesso rapporto CSVMS che la fissa quale «obiettivo di sicurezza alimentare».

possono valutare in conformità alle disposizioni dell'*SPS Agreement* quale livello di tutela accordare ai propri cittadini-consumatori.

Non bisogna tuttavia desumere dalla misura già in essere il livello prescelto dallo Stato membro. L'*Appellate body* nel caso *Australia: Measures Affecting Importation of Salmon* sul punto, "cassando" le valutazioni del *panel* di primo grado è chiarissimo: «the appropriate level of protection established by a Member and the "SPS measure" have to be clearly distinguished. They are not one and the same thing. The first is an objective, the second an instrument, chosen to attain or implement that objective».

La determinazione di un appropriato livello di tutela dovrebbe logicamente precedere l'adozione di misure sanitarie, come conferma il tenore degli artt. 3.3, 5, 5.4 e 5.6 dell'*SPS Agreement*.

L'Accordo contiene dunque un implicito obbligo per gli Stati membri di determinare il livello di protezione appropriato, benché in esso non vi sia obbligo di una determinazione "quantitativa" della tutela accordata.

La giurisprudenza OMC ha tuttavia chiarito che questo non comporta che un membro sia libero di determinare il suo livello di protezione con tale vaghezza o equivocità da rendere impossibile l'applicazione degli articoli più rilevanti dell'*SPS Agreement*, primo fra tutti il 5.6⁵⁶: «it would obviously be wrong to interpret the SPS Agreement in a way that would render nugatory entire articles or paragraphs of articles of this Agreement and allow Members to escape from their "obligations under this Agreement"».

Il riferimento è chiaramente orientato al rispetto dell'art. 5.4 ove si stabilisce che i Membri devono, nel determinare il livello appropriato di protezione sanitaria o fitosanitaria, prendere in considerazione la finalità di minimizzare gli effetti negativi per il commercio.

3. Cenni conclusivi

Alla luce di quanto esposto possiamo trarre alcune indicazioni sulla vicenda che qui interessa.

La pronuncia della Corte di giustizia delle Comunità europee nel caso *Hahn* si inquadra perfettamente nella tradizione giurisprudenziale della metà degli anni Ottanta, relativa all'equilibrio fra azioni preventive a tutela della salute e libera circolazione delle merci.

Le sentenze *Melkunie* e *Heijn*, latte *UHT* etc. sono illustri precedenti cui la Corte e l'Avvocato Generale hanno ritenuto di doversi rifare. Il contesto in

⁵⁶ Caso *Australia: Measures Affecting Importation of Salmon*, punto 206 della decisione.

cui però la vicenda oggi si colloca è nuovo e meritava forse una valutazione più approfondita da parte della Corte.

La sicurezza degli alimenti è innanzitutto inquadrata in un contesto giuridico-scientifico internazionale da cui non è più possibile prescindere a pena di una incoerenza nell'agire comunitario rispetto agli impegni presi in seno agli accordi internazionali in materia.

La globalizzazione ha incardinato la circolazione delle merci in un rapporto trilatero fra diritto interno, diritto comunitario e diritto dei trattati multilaterali, in cui ciascuno di questi è chiamato ad una sostanziale coerenza quantomeno interpretativa rispetto agli altri.

Così vuole l'*SPS Agreement*, che nell'art. 3 (*Harmonization*) chiede ai membri di basare le proprie misure sanitarie e fitosanitarie sugli *standard* internazionali. Così recita anche il regolamento n. 178/2002 Ce che in merito alla dimensione internazionale della legislazione alimentare chiede alla Comunità di cooperare in tutte le sedi appropriate alla elaborazione di *standard*, norme sanitarie e fitosanitarie, realizzazione di accordi di equivalenza fra le rispettive misure etc. al fine di realizzare quella "coerenza sistematica" complessiva cui gli stessi accordi del pacchetto OMC si ispirano.

I principi contenuti nell'*SPS Agreement*, con particolare riferimento al *risk assessment*, ripresi dal regolamento n. 178/02 Ce, sembrano per altro verso essere l'unico criterio "ragionevole" applicabile nell'adozione di misure di salvaguardia dei consumatori in caso di esistenza di un margine di incertezza scientifica, ipotesi che spazia dalla precauzione "in senso stretto" alla semplice "azione preventiva".

L'*iter* logico-scientifico in essi contenuto sembra essere l'unico inquadramento concettuale capace di salvare la coesistenza di diritti così diversi fra loro (e forse contrastanti) quali la tutela della salute, la libera circolazione delle merci, la libertà di concorrenza, e la libera circolazione delle persone, ponendosi quindi in situazioni come quella descritta, come nuovo punto di equilibrio fra gli artt. 28 - 29 TCE e l'art. 30 TCE.

Non pare del tutto fuori luogo attendersi almeno per il futuro una maggiore applicazione di tali principi anche nella giurisprudenza comunitaria.

Vito Rubino*

* Cultore di diritto dell'Unione europea presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Piemonte Orientale - sede di Alessandria.

**LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA
SULLA COMPATIBILITA' DELLA NORMATIVA
SUI PRODOTTI DOP CON IL DIVIETO DI RESTRIZIONI
ALL'ESPORTAZIONE***

I

Corte di giustizia

Sentenza del 20 maggio 2003 in causa n. C-469/00

Ravil SARL c. Bellon import SARL e Biraghi Spa

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 29 e 30 CE - Regolamento (Cee) n. 2081/92 - Regolamento (Cee) n. 1107/96 - Tutela della qualità dei prodotti - Prodotti DOP - Grana Padano grattugiato fresco - Disciplinare di produzione - Disposizione relativa al condizionamento - Innopponibilità agli operatori economici in assenza di pubblicità - Principio di trasparenza - Certezza del diritto.

Per quanto riguarda il periodo precedente l'entrata in vigore del regolamento (Ce) della Commissione 12 giugno 1996, n. 1107, relativo alla registrazione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine nel quadro della procedura di cui all'articolo 17 del regolamento (Cee) n. 2081/92 del Consiglio, l'art. 29 CE deve essere interpretato nel senso che non si oppone a che una convenzione conclusa fra due Stati membri A e B, quale la convenzione tra la Repubblica francese e la Repubblica italiana per la protezione delle denominazioni di origine, delle indicazioni di

* In argomento v. *infra*, p. 333 ss., il commento di *SERGIO VENTURA*.

provenienza e delle denominazioni di alcuni prodotti, sottoscritta a Roma il 28 aprile 1964, renda applicabile nello Stato membro A una normativa nazionale dello Stato membro B, come quella cui si riferisce il giudice nazionale, in forza della quale la denominazione di origine di un formaggio, protetta nello Stato membro B, è riservata, per il formaggio commercializzato grattugiato, a quello grattugiato e confezionato nella zona di produzione.

Il regolamento (Cee) del Consiglio 14 luglio 1992, n. 2081, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, modificato dall'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia e dagli adattamenti dei Trattati sui quali si fonda l'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che non si oppone a che l'uso di una denominazione di origine protetta sia subordinato a una condizione di realizzazione, nella zona di produzione, di operazioni quali la grattugiatura e il confezionamento del prodotto, qualora una tale condizione sia prevista nel disciplinare.

Il fatto di subordinare l'uso della DOP «Grana Padano» per il formaggio commercializzato grattugiato alla condizione che le operazioni di grattugiatura e di confezionamento siano effettuate nella zona di produzione costituisce una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa all'esportazione ai sensi dell'art. 29 CE, ma può essere considerato giustificato e quindi compatibile con quest'ultima disposizione.

Tuttavia, la condizione di cui trattasi non è opponibile agli operatori economici, se non è stata portata a loro conoscenza mediante una pubblicità adeguata della normativa comunitaria. Tuttavia, il principio di certezza del diritto non esclude che questa condizione sia considerata dal giudice nazionale opponibile ad operatori che avrebbero avviato un'attività di grattugiatura e di confezionamento del prodotto nel corso del periodo precedente l'entrata in vigore del regolamento n. 1107/96, qualora questo giudice ritenga che, nel corso di tale periodo, il decreto 4 novembre 1991 fosse applicabile in forza della convenzione tra la Repubblica francese e la Repubblica italiana, di cui sopra, ed opponibile ai soggetti interessati in forza delle norme nazionali in materia di pubblicità.

II

Corte di giustizia**Sentenza del 20 maggio 2003 in causa n. C-108/01**

Consorzio del Prosciutto di Parma e Salumificio S. Rita Spa c. Asda Stores Ltd e Hygrade Foods Ltd

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 29 e 30 CE - Regolamento (Cee) n. 2081/92 - Regolamento (Cee) n. 1107/96 - Tutela della qualità dei prodotti - Prodotti DOP - Prosciutto di Parma - Disciplinare di produzione - Disposizione relativa al condizionamento - Innopponibilità agli operatori economici in assenza di pubblicità - Principio di trasparenza - Certezza del diritto.

1. Il regolamento (Cee) del Consiglio 14 luglio 1992, n. 2081, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, modificato dall'Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia e dagli adattamenti dei Trattati sui quali si fonda l'Unione europea, dev'essere interpretato nel senso che non si oppone a che l'uso di una denominazione di origine protetta sia subordinato a una condizione di realizzazione, nella zona di produzione, di operazioni quali l'affettamento e il confezionamento del prodotto, qualora una tale condizione sia prevista nel disciplinare.

2. Il fatto di subordinare l'uso della denominazione di origine protetta «prosciutto di Parma» per il prosciutto commercializzato a fette alla condizione che le operazioni di affettamento e di confezionamento siano effettuate nella zona di produzione costituisce una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa all'esportazione ai sensi dell'art. 29 CE, ma può essere considerato giustificato e quindi compatibile con quest'ultima disposizione.

3. Tuttavia, la condizione di cui trattasi non è opponibile agli operatori economici, se non è stata portata a loro conoscenza mediante una pubblicità adeguata della normativa comunitaria.

PROTEZIONE DELLE DENOMINAZIONI DI ORIGINE E LIBERA CIRCOLAZIONE DEI PRODOTTI ALIMENTARI

Osservazioni in margine alle sentenze della Corte di giustizia del 20 maggio 2003 nei procedimenti C-469/00 e C-108/01.

Con le sentenze in esame si sono conclusi due procedimenti relativi all'interpretazione della normativa sulle denominazioni di origine protette (DOP) e alla compatibilità di questa normativa¹ con il divieto delle restrizioni quantitative all'esportazione previsto dall'art. 29 del Trattato che istituisce la Comunità europea (Trattato CE).

I due procedimenti, che riguardavano le DOP «Grana Padano» (causa n. C-469/00) e «Prosciutto di Parma» (causa n. C-108/01), avevano avuto inizio in seguito a domande di decisione pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, formulate rispettivamente dalla *Cour de Cassation* francese e dalla *House of Lords* inglese.

In due precedenti articoli² mi sono già occupato delle fattispecie oggetto di questi procedimenti per contestare le conclusioni dell'Avvocato Generale Siegbert Alber, presentate il 25 aprile 2002. Secondo l'Avvocato Generale, l'obbligo di grattugiare e confezionare il Grana Padano e di affettare e confezionare il Prosciutto di Parma nelle rispettive zone di produzione avrebbe

¹ Regolamento (Cee) n. 2081/92 del Consiglio, del 14 luglio 1992 (*Guce* n. L 208 del 26 luglio 1992, p. 1), modificato da ultimo dal regolamento (Ce) n. 692/2003 dell'8 aprile 2003 (*Gu-Ue* n. L 99 del 14 aprile 2003, p. 1), e regolamento (Ce) n. 1107/96 della Commissione, del 12 giugno 1996 (*Guce* n. L 148 del 21 giugno 1996, p. 1), modificato da ultimo dal regolamento (Ce) n. 2703/2000 (*Guce* n. L 311 del 12 dicembre 2000, p. 25). Con il regolamento n. 1107/96 sono state registrate, tra le altre, le DOP «Grana Padano» e «Prosciutto di Parma».

² *Quando un formaggio DOP perde il suo nome*, in *Il mondo del latte*, anno LVI, n. 8, agosto 2002, p. 605; *Quando un prosciutto DOP perde il suo nome*, in *Eurocarni*, anno XVII, n. 8, agosto 2002, p. 13.

costituito una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'esportazione, vietata dell'art. 29 del Trattato CE. Negli articoli citati ho invece sostenuto che tale obbligo è perfettamente coerente non solo con la normativa sulle DOP, ma anche con la legislazione doganale, con quella sull'etichettatura e con le norme sulla responsabilità degli operatori e sulla rintracciabilità degli alimenti. Ho avanzato anche la tesi che tale obbligo non infrange il divieto previsto dall'art. 29 del Trattato CE, poiché non crea un ostacolo alla circolazione del prodotto ma pone soltanto un *limite all'uso della DOP*³: se il prodotto viene grattugiato o affettato (e confezionato) fuori della zona di produzione non ha più diritto alla denominazione di origine⁴.

Nell'intervallo tra la presentazione delle conclusioni dell'Avvocato Generale e la pronuncia delle due decisioni della Corte di giustizia è stato adottato il regolamento (Ce) n. 692/2003⁵, che ha modificato il regolamento (Cee) n. 2081/92. Tra le modifiche introdotte deve essere segnalata, nel contesto che qui interessa, quella relativa all'art. 4, par. 2, che riguarda gli elementi del disciplinare di produzione, e segnatamente l'aggiunta, alla lett. e del suddetto paragrafo, della frase seguente: «nonché gli elementi relativi al condizionamento, quando l'associazione richiedente determina e giustifica che il condizionamento deve aver luogo nella zona geografica delimitata per salvaguardare la qualità, assicurare la rintracciabilità o il controllo».

In realtà l'aggiunta in questione più che una modifica costituisce un'*interpretazione autentica* della normativa preesistente, in quanto l'art. 4, par. 2, esordisce precisando che il disciplinare comprende «almeno i seguenti elementi» e stabilisce quindi un elenco "non esaustivo" di elementi che qualunque disciplinare deve contenere⁶. I disciplinari inclusi nelle domande di registrazione delle due DOP in questione contenevano effettivamente le disposizioni relative al condizionamento (in conseguenza delle operazioni di affettatura e di grattugiatura).

Come ha giustamente osservato Fausto Capelli⁷, questa "modifica" avrà fornito «ulteriori argomenti alla Corte di giustizia per agevolarla nel decidere i due procedimenti davanti ad essa pendenti», ma «già esistevano comunque argomenti più che sufficienti per poter decidere le due cause nel senso di riconoscere la legittimità dei divieti di affettare il Prosciutto di Parma e di grattugiare il Grana Padano al di fuori della rispettiva zona di produzione».

³ Eurocarni, cit. supra, nota 2, p. 18, *Il mondo del latte*, cit. supra, nota 2, p. 613.

⁴ Sotto questo profilo sarebbe più corretto parlare di *onere* e non di *obbligo*. Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Utet, 1955, segnatamente p. 107, 114 e 187.

⁵ Regolamento cit. supra, nota 1.

⁶ Cfr. il punto 4 della motivazione del regolamento (Ce) n. 692/2003.

⁷ F. CAPELLI, *Il condizionamento dei prodotti contrassegnati con «DOP» e «IGP»*, secondo le nuove disposizioni inserite nel regolamento CEE n. 2081/92 sulle denominazioni di origine, in questa Rivista, 2003, p. 105.

Non ritengo opportuno insistere sul contesto normativo (nazionale e comunitario) né sulla vicenda giudiziaria delle due fattispecie⁸. Mi limiterò a ricordare che le questioni pregiudiziali riguardavano essenzialmente la compatibilità, con l'art. 29 del Trattato CE, della condizione (prevista dai disciplinari di produzione) che subordina l'uso delle DOP «Grana Padano» e «Prosciutto di Parma» alla realizzazione, nelle rispettive zone di produzione, di operazioni quali la grattugiatura (per il formaggio) e l'affettatura (per il prosciutto) con il conseguente condizionamento (per entrambi i prodotti). Incidentalmente veniva anche sollevata la questione della compatibilità di questa condizione con i principi della trasparenza e della certezza del diritto.

Nelle due sentenze la Corte di giustizia arriva a conclusioni quasi diametralmente opposte a quelle dell'Avvocato Generale. Quest'ultimo, infatti, aveva sostenuto, con una motivazione molto circostanziata, che né la pubblicazione del disciplinare né la sua traduzione erano indispensabili per garantire i principi della trasparenza e della certezza giuridica. Tuttavia, lo stesso Avvocato Generale si era sforzato di dimostrare che l'obbligo di affettare il prosciutto o di grattugiare il formaggio e di confezionare questi prodotti nella zona tipica di produzione era una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'esportazione ai sensi dell'art. 29 del Trattato CE, *non giustificata ai sensi dell'art. 30*.

La Corte, invece, considera che la condizione in esame, pur costituendo una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'esportazione, «è giustificata dalla tutela dei diritti di proprietà industriale e commerciale e, in particolare, della reputazione della denominazione di origine in questione, mediante il mantenimento delle qualità e delle caratteristiche del prodotto nonché mediante la garanzia della sua autenticità»⁹. Ma per quanto riguarda l'opponibilità agli operatori economici della condizione suddetta, la Corte conclude che «la condizione di cui trattasi non è opponibile» a questi ultimi «se non è stata portata a loro conoscenza mediante una pubblicità adeguata nella normativa comunitaria»¹⁰.

⁸ Rinvio, in proposito, alla lettura delle sentenze, ai miei due articoli *cit. supra*, nota 2 e all'articolo di M. CASTELLANETA, *La tutela della qualità del prodotto giustifica le restrizioni all'esportazione*, in *Guida al Diritto (Il Sole – 24 ore)*, n. 21, 31 maggio 2003, p. 95 s.

⁹ Cfr. i punti 47-66 e 89-90 della sentenza nella causa n. C-469/00 e i punti 60-81 della sentenza nella causa n. C-108/01.

¹⁰ Occorre notare che la sentenza nella causa n. C-469/00 non esclude «che questa condizione sia considerata dal giudice nazionale opponibile ad operatori che abbiano avviato un'attività di grattugiatura e di confezionamento del prodotto nel corso del periodo precedente l'entrata in vigore del regolamento n. 1107/96». La Corte arriva a questa conclusione riferendosi in particolare al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 4 novembre 1991/R, che il giudice nazionale potrebbe considerare applicabile nel periodo dal 1992 (data dell'entrata in vigore del decreto citato) al 20 giugno 1996 (vigilia dell'entrata in vigore del regolamento n. 1107/96) conformemente alla convenzione tra l'Italia e la Francia per la protezione delle denominazioni di origine, delle indicazioni di provenienza e delle denominazioni di alcuni prodotti sottoscritta a Roma il 28 aprile 1964 «ed opponibile ai soggetti interessati in forza delle norme nazionali in materia di pubblicità».

È opportuno esaminare distintamente quest'ultimo punto e quello relativo alla presunta violazione dell'art. 29 del Trattato CE.

Secondo la Corte, «il principio di certezza del diritto richiedeva che la condizione di cui trattasi fosse portata a conoscenza dei terzi mediante una pubblicità adeguata nella normativa comunitaria, pubblicità che avrebbe potuto essere realizzata mediante la menzione di questa condizione nel regolamento n. 1107/96». Pertanto, «non essendo stata portata a conoscenza dei terzi, la detta condizione non può essere fatta valere nei loro confronti dinanzi ad un giudice nazionale, che sia ai fini di una sanzione penale o nell'ambito di un procedimento civile»¹¹.

Questa conclusione mi lascia perplesso nella misura in cui la Corte sembra fondarla essenzialmente sul fatto che la tutela conferita da una DOP non si estende *di solito* ad operazioni quali la grattugiatura (o l'affettatura) e il confezionamento del prodotto. Infatti, «queste operazioni sono vietate ai terzi al di fuori della zona di produzione solo se una condizione in tal senso è prevista espressamente nel disciplinare»¹². Ma poiché non è certo agevole determinare con certezza tutte le condizioni alle quali «si estende *di solito* la tutela conferita da una DOP»¹³, la conclusione a cui arriva la Corte implicherebbe la necessità di "pubblicare" tutti i disciplinari inclusi nelle domande di registrazione, ricorrendo addirittura allo strumento regolamentare (come sembra suggerire la Corte riferendosi ad una «menzione» della condizione di cui trattasi «nel regolamento n. 1107/96»). Non è evidente che la recente modifica dell'art. 4, par. 2, lett. e., del regolamento (Cee) n. 2081/92 sia sufficiente per soddisfare quest'esigenza di pubblicità.

A me pare, invece, che un operatore economico che s'interessa alla commercializzazione di un prodotto contrassegnato da una DOP sia tenuto ad informarsi del contenuto del disciplinare, a cui può avere accesso sia presso la Commissione europea (detentrica dei disciplinari di tutte le DOP registrate) sia presso coloro che producono il prodotto avente diritto alla DOP. In particolare, il diritto di accesso a questo documento presso la Commissione europea è garantito dal Trattato CE (art. 21, par. 3, e 255) e dal regolamento

¹¹ Cfr. i punti 99-100 della sentenza nella causa n. C-469/00 e 95-96 della sentenza nella causa n. C-108/01.

¹² Cfr. il punto 98 della sentenza nella causa n. C-469/00 e il punto 94 della sentenza nella causa n. C-108/01.

¹³ Si può anche osservare che in virtù dell'art. 2, par. 2, lett. a. del regolamento (Cee) n. 2081/92, la «denominazione d'origine» serve a designare prodotti caratterizzati, tra l'altro, dal fatto che «produzione, trasformazione ed elaborazione» avvengono nella stessa «area geografica delimitata». Quindi, se si ammette che le operazioni di affettatura, grattugiatura e confezionamento sono operazioni di trasformazione, esse dovrebbero essere considerate operazioni alle quali si estende *di solito* (anzi, *si deve* estendere) la tutela conferita dalla DOP.

(Ce) n. 1049/2001, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001¹⁴, adottato in adempimento dell'art. 255 del Trattato CE¹⁵.

Per quanto riguarda la compatibilità della condizione in parola con l'art. 29 del Trattato CE, la Corte si è limitata a confermare la sua giurisprudenza e in particolare la sentenza del 16 maggio 2000 nella causa n. C-388/95¹⁶, relativa al vino «Rioja». Secondo la Corte, infatti, quella condizione ha per effetto di restringere specificatamente le correnti di esportazione del prodotto che può fregiarsi della DOP e di «creare così una disparità di trattamento tra il commercio interno di uno Stato membro e il suo commercio di esportazione». Pertanto, secondo la Corte, la condizione suddetta configura una restrizione quantitativa all'esportazione ai sensi dell'art. 29 del Trattato CE, che tuttavia si giustifica sotto il profilo della tutela della proprietà industriale e commerciale, in quanto essa è «diretta a preservare la reputazione» del prodotto «potenziando il controllo delle sue caratteristiche particolari e della sua qualità». Quindi, «la restrizione che ne deriva può essere considerata necessaria per la realizzazione dell'obiettivo perseguito, nel senso che non esistono misure alternative meno restrittive e idonee a conseguirlo»¹⁷.

A mio parere, invece, la Corte, senza ricorrere alla giustificazione ai sensi dell'art. 30 del Trattato CE, avrebbe dovuto tener conto del fatto che la condizione in parola è applicabile anche ai prodotti commercializzati sul territorio italiano e non solo a quelli esportati. È quindi inesatto affermare che sussista «una disparità di trattamento tra il commercio interno di uno Stato membro e il suo commercio di esportazione»¹⁸. Al contrario, se la Corte avesse escluso la giustificazione ai sensi dell'art. 30, si sarebbe configurata una discriminazione "alla rovescia" a danno degli operatori che commercializzano i prodotti in questione sul territorio italiano, che comunque avrebbero dovuto rispettare tutte le condizioni previste dal disciplinare di produzione, ivi compresa quella contestata nelle fattispecie in esame, per poter utilizzare le DOP «Grana Padano» e «Prosciutto di Parma»¹⁹. Come ho già detto, la condizione in esame non crea un ostacolo alla libera circolazione del prodotto ma pone soltanto un *limite all'uso della DOP*.

¹⁴ *Guce* n. L 145 del 31 maggio 2001, p. 43.

¹⁵ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Siegbert ALBER nella causa n. C-108/01, punto 131.

¹⁶ *Raccolta*, 2000, I, p. 3123.

¹⁷ Cfr. i punti 38, 40-42 e 75-77 della sentenza nella causa n. C-388/95, i punti 40-43, 47-66, 88 e 90 della sentenza nella causa n. C-469/00 e i punti 58-59 e 78-81 della sentenza nella causa n. C-108/01.

¹⁸ Cfr. anche, in proposito, M. CASTELLANETA, *La tutela della qualità del prodotto*, cit. *supra*, nota 8.

¹⁹ Cfr., infatti, l'art. 25 del dm 15 febbraio 1993, n. 253 (per il Prosciutto di Parma) e l'art. 1 del dpcm 4 novembre 1991/R (per il Grana Padano).

In conclusione e su un piano più generale, vorrei ribadire quanto ho già sostenuto in un precedente articolo²⁰, che cioè il sistema normativo attuato sulla base del regolamento (Cee) n. 2081/92, applicato uniformemente in tutti gli Stati membri, *non ostacola ma favorisce la libera circolazione dei prodotti che hanno diritto alla DOP*. Questi prodotti, altrimenti, rischierebbero di essere eliminati dal mercato sotto la spinta della concorrenza "sleale" dei prodotti d'imitazione²¹.

Sergio Ventura*

²⁰ *Quando un prosciutto DOP perde il suo nome*, in *Eurocarni*, cit. supra, nota 2, p. 19.

²¹ Ricordo che il rappresentante del Governo francese nel procedimento n. C-108/01 ha fatto notare che il regolamento (Cee) n. 2081/92 realizza un perfetto «equilibrio tra gli interessi della libera circolazione delle merci, della protezione dei consumatori e della tutela della proprietà industriale».

* Docente di Diritto dell'alimentazione presso l'Università Cattolica di Piacenza.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LO SCAMBIO DI PROGRAMMI SPORTIVI IN EUROVISIONE CONTRASTA CON LA NORMATIVA COMUNITARIA SULLA LIBERA CONCORRENZA

Tribunale di primo grado (seconda sezione ampliata)

Sentenza dell'8 ottobre 2002 in cause riunite n. 85/00, n. -216/00, n. T-299/00 e n.T-300/00

Métropole télévision SA (M6), Antena 3 de Televisión, SA, Gestevisión Telecinco, SA, e SIC - Sociedade Independente de Comunicação, SA sostenute da Deutsches SportFernsehen GmbH (DSF), e da Reti Televisive Italiane Spa (RTI), c. Commissione delle Comunità europee sostenuta da Union européenne de radio-télévision (UER), e da Radiotelevisión Española (RTVE)

Art. 173 CE - Ricorso d'annullamento della decisione della Commissione n. 2000/400/Ce - Normativa comunitaria sulla concorrenza - Decisione di esenzione - Diritti televisivi - Unione europea di radiotelevisione (EUR) - Sistema dell'Eurovisione - Sistema di sublicenze - Manifestazioni sportive - Trasmissioni in differita - Assenza dei requisiti previsti dall'art. 81, n. 1 e n. 3, CE - Errore manifesto di valutazione - Annullamento della decisione.

È annullata la decisione della Commissione del 10 maggio 2000, n. 2000/400/Ce, relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. 81 CE (IV/32.150 - Eurovisione)¹.

(...) La Commissione ha commesso un errore manifesto di valutazione nell'applicazione dell'art. 81, n. 3, lett. b. CE, nel sostenere che, anche ipotizzando l'esistenza di un mercato del prodotto limitato a talune grandi manife-

* A cura di *Enrica Adobati*.

stazioni sportive internazionali, il regime delle sublicenze garantisce l'accesso di terzi, in concorrenza con i membri dell'UER, ai diritti dell'Eurovisione e consente, di conseguenza, di evitare che la concorrenza in tale mercato venga eliminata².

Poiché la concessione da parte della Commissione di una decisione individuale di esenzione presuppone che l'accordo, o la decisione di un'associazione d'impresa soddisfi cumulativamente le quattro condizioni enunciate dall'art. 81, n. 3, CE, e che è sufficiente che manchi una delle quattro condizioni perché l'esenzione debba essere negata [v., in particolare, sentenze della Corte del 13 luglio 1966 in cause riunite n. 56/64 e n. 58/64, Consten e Grundig c. Commissione, (...) e sentenza del Tribunale del 15 luglio 1994 in causa n. T-17/93, Matra Hachette c. Commissione (...)], si deve annullare la decisione impugnata senza che occorra pronunciarsi né sugli altri motivi dedotti, né sulle domande di produzione di documenti formulate dalle ricorrenti nelle cause n. T-216/00 e n. T-300/00³.

¹⁻³ La Commissione, a seguito di una denuncia presentata dalla società Screensport, ha indagato sulla compatibilità delle norme sull'acquisizione collettiva e sulla ripartizione di diritti televisivi relativi ad avvenimenti sportivi nel sistema dell'Eurovisione con l'art. 81 CE. In particolare, la denuncia presentata si basava sul fatto che l'Unione europea di radiotelevisione (UER) si rifiutava di concedere sublicenze per talune manifestazioni sportive. Si ricorda che l'UER promuove, con l'Eurovisione e con l'Euroradio, gli scambi di programmi radiofonici e televisivi ed ogni altra forma di cooperazione tra i suoi membri e con gli altri enti o consorzi di enti di radiodiffusione (sull'argomento, cfr. R. MAZZA, *Diffusione televisiva e disciplina comunitaria della concorrenza*, Torino, Giapichelli, 2001, p. 62 e N. PARISI, *Casi e materiali di diritto europeo dell'informazione e della Comunicazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003).

Dallo Statuto dell'UER, si evince che: «L'Eurovisione è un sistema di scambi di programmi televisivi, organizzato e coordinato dall'UER, basato sull'impegno dei membri di offrirsi mutualmente, a condizione di reciprocità, (...) la trasmissione degli avvenimenti sportivi e culturali che si svolgono nel territorio nazionale, in quanto possono interessare gli altri membri dell'Eurovisione, consentendo così la fornitura reciproca di un servizio di alta qualità in questi campi al rispettivo pubblico nazionale» (art. 3, n. 6).

Quattro società, la M6, la Antena 3 de Televisión, SA, la Gestevisión Telecinco, SA, e la SIC hanno presentato un ricorso al Tribunale di primo grado diretto ad annullare la decisione della Commissione del 10 maggio 2000, n. 400 (Caso IV/32.150 - Eurovisione) (in *Guce* n. L 151 del 2000, p. 18; cfr. il commento di M. MANTEGAZZA, *Concorrenza televisiva e programmi sportivi in Europa: il caso dell'Eurovisione*, in questa *Rivista*, 2001, p. 353, nel quale viene dato conto della decisione Ce n. 2000/400 con la quale la Commissione ha accolto la richiesta di esenzione degli accordi Eurovisione) relativa ad un procedimento ai sensi dell'art. 81 CE nel quale la Commissione aveva accordato una nuova esenzione sulla base del n. 3 del predetto articolo avendo l'EUR adottato nuove disposizioni, in particolare in tema di sublicenze, per l'ottenimento dell'esenzione in questione.

Ai sensi dell'art. 1 della decisione impugnata, la Commissione dichiara che secondo l'art. 81, n. 3, CE, le disposizioni dell'art. 81, n. 1, CE, non si applicano, a decorrere dal 26 febbraio 1993 fino al 31 dicembre 2005, agli accordi notificati aventi ad oggetto: *a.* l'acquisizione collettiva di diritti relativi alla trasmissione televisiva di avvenimenti sportivi; *b.* la ripartizione dei predetti diritti acquisiti collettivamente; *c.* lo scambio del segnale per le manifestazioni sportive; *d.* il regime delle sublicenze; *e.* le norme relative alla concessione di sublicenze.

Il regime delle sublicenze e le norme relative alla concessione di queste ultime costituiscono insieme il regime di accesso dei non aderenti al sistema dell'Eurovisione.

Le ricorrenti sostengono che il sistema dell'Eurovisione non soddisfa alcuno dei criteri di esenzione previsti dall'art. 81, n. 3 CE.

Il Tribunale precisa che il sistema dell'Eurovisione si rivolge a due mercati distinti, quello dell'acquisizione di diritti televisivi e quello della trasmissione dei diritti televisivi acquistati, nel quale i Paesi membri si trovano in regime di concorrenza. Si tratta, quindi, di valutare la correttezza dell'applicazione delle condizioni di esenzione in un mercato costituito da manifestazioni sportive internazionali nel quale il regime di accesso di terzi al sistema dell'Eurovisione permetterebbe di compensare le restrizioni della concorrenza nei confronti dei terzi, nonché di evitare conseguentemente che la concorrenza sia eliminata a danno di questi ultimi.

Il Tribunale precisa che il diritto di esclusiva inerente a manifestazioni sportive che viene concesso per determinate aree geografiche è da considerare necessario per garantire il valore di un determinato programma sportivo relativamente agli ascolti e ai proventi pubblicitari.

Il Tribunale precisa altresì che, se da un lato l'acquisto dei diritti di trasmissione televisiva di un avvenimento non costituisce di per sé una restrizione della concorrenza riconducibile sotto l'art. 81, n. 1, CE, giustificato dalle peculiarità del prodotto e del mercato rilevante, dall'altro lato l'esercizio di tali diritti in un contesto giuridico ed economico specifico, può comportare una restrizione siffatta (nello stesso senso, cfr. sentenza della Corte del 6 ottobre 1982 in causa n. 262/81, *Coditel e a.*, in *Raccolta*, 1982, p. 3381).

Il Tribunale ha verificato se il regime d'accesso di terzi al sistema dell'Eurovisione permetta di compensare le restrizioni della concorrenza nei confronti di questi ultimi e dunque di evitare che la concorrenza sia eliminata nei loro confronti.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, il regime delle sublicenze non garantisce che i diritti di trasmissione in diretta non utilizzati dai membri dell'UER siano messi a disposizione dei loro concorrenti.

Il regime delle sublicenze non garantisce ai concorrenti dei membri dell'UER un accesso sufficiente ai diritti di trasmissione delle manifestazioni sportive di cui questi ultimi possono disporre in virtù della loro partecipazione a tale consorzio d'acquisto. Tale regime non consente di ottenere sublicenze per la diffusione in diretta dei diritti dell'Eurovisione non utilizzati. È consentita solamente l'acquisizione di sublicenze per trasmettere le sintesi delle competizioni a particolari condizioni restrittive.

Ne consegue, a parere del Tribunale, che la Commissione ha commesso un errore manifesto di valutazione nell'applicazione dell'art. 81, n. 3, lett. b., CE, affermando che, il regime delle sublicenze garantisce l'accesso di terzi, in concorrenza con i membri dell'UER, ai diritti dell'Eurovisione e consente, di conseguenza, di evitare che la concorrenza in tale mercato venga eliminata. La decisione della Commissione del 10 maggio 2000, n. 400, pertanto, è annullata in quanto l'esenzione dall'applicazione delle regole di concorrenza nel settore considerato di diritti televisivi acquistati dall'UER e distribuiti attraverso il sistema dell'Eurovisione non possono rientrare tra le esenzioni previste all'art. 81, comma 3 CE.

**UN GIUDICE NAZIONALE NON PUÒ ORDINARE
ALLE ISTITUZIONI COMUNITARIE DI INTERVENIRE
IN UNA PROCEDURA INTERNA CON LO SCOPO DI FARNE
ACCERTARE L'EVENTUALE RESPONSABILITÀ
IN UNA SUCCESSIVA AZIONE DI RISARCIMENTO DEI DANNI**

Corte di giustizia

Sentenza del 26 novembre 2002 in causa n. C-275/00

Comunità europea, rappresentata dalla Commissione delle Comunità europee
c. First NV, Franex NV

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 235, 240 e 288, 2° comma, CE - Ricorso per risarcimento - Perizia giudiziale disposta come provvedimento provvisorio da un giudice nazionale nei confronti della Comunità europea - Competenza esclusiva dei giudici comunitari - Art. 10 CE - Principio della leale collaborazione tra la Comunità e gli Stati membri.

Il combinato disposto degli artt. 235, 240 e 288, 2° comma, CE si oppone a che un giudice nazionale ordini nei confronti di una delle istituzioni della Comunità europea una perizia intesa a determinare il suo ruolo in eventi che abbiano con certezza cagionato un danno, al fine della successiva proposizione di un ricorso per responsabilità extracontrattuale contro la Comunità europea¹.

¹ Le società belghe - First, produttrice di salumi, e Franex, esportatrice di prodotti a base di carne e di prodotti analoghi, nonché venditrice dei prodotti della First all'estero - lamentano di aver subito un danno a causa dell'inquinamento da diossina in Belgio.

Hanno, pertanto, chiesto al presidente del Tribunale di primo grado di Dendermonde (Belgio) di nominare un perito per effettuare accertamenti volti a provare il danno da loro subito. Il perito è stato nominato dal Presidente del Tribunale di primo grado con ordinanza del 14 luglio 1999.

Le società hanno successivamente chiesto al giudice nazionale di ordinare alla Commissione europea di intervenire nella perizia giudiziale affinché, sia il procedimento, sia il rapporto finale del perito, possano esserle noti.

La Commissione europea ha impugnato l'ordinanza del giudice nazionale con la quale veniva ordinato alla Commissione di intervenire nella perizia giudiziale e il giudice adito ha sospeso il procedimento e ha chiesto alla Corte di accertare se un giudice nazionale possa nominare un perito e incaricarlo di valutare l'eventuale responsabilità extracontrattuale di un'istituzione comunitaria, al fine di poter successivamente proporre un ricorso per responsabilità contro la Comunità stessa.

La Commissione fa presente, nelle proprie osservazioni, che un provvedimento istruttorio volto ad accertare i fatti al fine del risarcimento di un danno ai sensi del combinato disposto degli artt. 235 e 288 CE, rientra nel normale procedimento di risarcimento del danno, di competenza esclusiva dei giudici comunitari (cfr. sentenze del 13 febbraio 1979 in causa n. 101/78, *Granaria*, in *Raccolta*, 1979, p. 623 e in questa *Rivista*, 1979, p. 675 con commento di N. PARISI, *La responsabilità extracontrattuale delle Comunità Europee*, p. 677 e dell'8 aprile 1992 in causa n. C-55/90, *Cato c. Commissione*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 2533).

Le società ricorrenti, d'altro canto, sostengono che la perizia permetterebbe, in sostanza, da un lato, di accertare alcuni elementi di fatto e, dall'altro, di constatare e di quantificare il danno identificandone le cause, nonché il responsabile nei cui confronti potrebbe in seguito essere esercitata un'azione di responsabilità.

La Corte, in sentenza, ha argomentato sul fatto che i giudici comunitari hanno una competenza esclusiva a conoscere delle azioni di risarcimento ex art. 288, 2° comma CE, proposti contro la Comunità europea, e dispongono, altresì, di una competenza esclusiva per adottare, nei confronti di una delle istituzioni comunitarie, i provvedimenti d'istruzione, come una perizia, volti a determinare una sua eventuale responsabilità extracontrattuale che potrà essere oggetto, in un secondo momento, di un ricorso contro la Comunità.

Qualora tale competenza fosse disattesa, sarebbe pregiudicata l'uniformità di applicazione del regime di responsabilità extracontrattuale della Comunità stessa.

La Corte precisa, altresì, che il ricorso al principio della leale collaborazione tra la Comunità e gli Stati membri di cui all'art. 10 CE ai sensi del quale: «Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni

della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. (...)» permetterebbe di ottenere dalla Commissione tutte le informazioni necessarie per la conoscenza dei fatti nell'ambito di un procedimento di risarcimento instaurato contro uno Stato membro. L'art. 10 CE, in sostanza, obbligherebbe la Commissione a fornire la propria collaborazione (sull'esistenza di tale obbligo, cfr. ordinanza del 13 luglio 1990 in causa n. C-2/88 *IMM., Zwartveld e a.*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3365).

Ne consegue, perciò, che un giudice nazionale non può ordinare ad una istituzione comunitaria di intervenire in un procedimento volto a farne accertare l'eventuale responsabilità.

È VALIDA SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA LA DIRETTIVA RELATIVA ALLA PRESENTAZIONE E ALLA VENDITA DEI PRODOTTI DEL TABACCO

Corte di giustizia

Sentenza del 10 dicembre 2002 in causa n. C-491/01

The Queen e Secretary of State for Health, *ex parte*: British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Validità della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2001/37/Ce - Lavorazione, presentazione e vendita dei prodotti del tabacco - Conferma della validità - Fondamento giuridico - Artt. 95 e 133 CE - Limitazione dei diritti di proprietà intellettuale - Interpretazione dell'art. 7 della direttiva n. 2001/37/Ce - Applicabilità ai prodotti del tabacco confezionati nella Comunità e destinati all'esportazione verso Paesi terzi - Principio di sussidiarietà - Principio di proporzionalità - Abuso di potere.

Dall'esame della prima questione non è emerso alcun elemento idoneo a inficiare la validità della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2001, n. 2001/37/Ce, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco¹.

L'art. 7 della direttiva n. 2001/37/Ce deve essere interpretato nel senso che esso si applica esclusivamente ai prodotti del tabacco commercializzati nella Comunità europea².

¹⁻² La Corte di giustizia si era già pronunciata su una direttiva volta alla lotta contro il tabagismo, in particolare sull'interpretazione della direttiva n. 98/43/Ce relativa alla pubblicità e alla sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco (in *Guce* n. L 213 del 30 luglio 1998, p. 9) con le sentenze del 5 ottobre 2000 in causa n. C-376/98, *Repubblica federale di Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2000, p. 8419 e in causa n. C-74/99, *The Queen c. Secretary of State for Health e a. ex parte: Imperial Tobacco e a.*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 8599.

Con tale pronuncia la Corte aveva annullato la direttiva stessa sulla base del fatto che, non costituendo esso un atto volto alla realizzazione del mercato interno, ma bensì un atto destinato a tutelare la sanità pubblica, non poteva conseguentemente essere adottato sulla base delle disposizioni comunitarie relative all'instaurazione del mercato interno.

Nella sentenza sopra massimata, invece, la Corte ha confermato la validità della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2001, n. 2001/37/Ce relativa alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco (in *Guce* n. L 194 del 18 luglio 2001, p. 26).

Le ricorrenti della causa principale, le società British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd, si sono rivolte al giudice inglese al fine di potere essere autorizzate a proporre un ricorso relativo al controllo di legittimità sull'«intenzione e/o sull'obbligo» del Governo del Regno Unito di trasporre la direttiva. Il giudice nazionale ha concesso l'autorizzazione in questione e, contemporaneamente ha sospeso il giudizio e ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi in proposito.

La questione sulla quale la Corte è stata chiamata a pronunciarsi ha riguardato la verifica della correttezza del fondamento giuridico dell'atto adottato, ossia degli artt. 95 e/o 133 CE sulla base dei quali la direttiva n. 2001/37/Ce è stata adottata.

Le ricorrenti nella causa principale sostengono, infatti, che la Comunità non è competente ad armonizzare le legislazioni nazionali in materia di sanità pubblica in quanto tali e che essa è competente ad adottare una misura di armonizzazione sulla base dell'art. 95 CE solamente a condizione che tale misura abbia effettivamente per oggetto il miglioramento delle condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno e contribuisca effettivamente all'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle merci o alla libera prestazione dei servizi o ancora alla soppressione di distorsioni della concorrenza (cfr., nello stesso senso la sentenza del 5 ottobre 2000 in causa n. C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, cit.).

Orbene, nel caso di specie, a parere delle ricorrenti, la direttiva sarebbe diretta a garantire la tutela della salute pubblica.

La Corte, in proposito, sottolinea che la coscienza del pubblico, in ordine alla nocività per la salute dovuta al consumo dei prodotti del tabacco, poteva benissimo fare sorgere ostacoli alla libera circolazione di tali prodotti a causa dell'adozione, da parte degli Stati membri, di nuove norme destinate a scoraggiare più efficacemente il consumo di tali prodotti, per mezzo di particolari avvertenze apposte sulla loro confezione, o volte a ridurre gli effetti nocivi dei prodotti del tabacco attraverso l'introduzione di norme specifiche relative alla loro composizione. Una direttiva, pertanto, che si muove nella direzione di evitare gli inconvenienti sopra delineati, appare giustificata.

La Corte conclude affermando che l'art. 95 costituisce un fondamento giuridico appropriato per l'adozione della direttiva, anche con riferimento al divieto in essa contenuto di fabbricare nella Comunità, per l'esportazione verso Paesi terzi, sigarette non conformi ai parametri indicati nella direttiva stessa, in quanto essa ha lo scopo di migliorare le condizioni di funzionamento del mercato interno e non sarebbe diretta a garantire la tutela della salute pubblica.

Sulla violazione del principio di proporzionalità, che è parte integrante dei principi generali del diritto comunitario (cfr. le sentenze del 18 novembre 1987 in causa n. 137/85, *Maizena*, in *Raccolta*, 1987, p. 4587; del 7 dicembre 1993 in causa n. C-339/92, *ADM Ölmühlen*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 6473 e dell'11 luglio 2002 in causa n. C-210/00, *Käserei Champignon Hofmeister*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6453) le osservazioni della Corte si basano sul fatto che il legislatore comunitario non ha ecceduto i limiti del suo potere discrezionale quando ha ritenuto che il divieto contenuto nella direttiva costituisca una misura idonea a contribuire efficacemente a limitare il rischio di aumento del commercio illegale di sigarette e a prevenire il danno che ne deriverebbe al mercato interno. Inoltre, secondo la Corte di giustizia, un inasprimento dei controlli non sarebbe sufficiente, nel caso di specie, a conseguire l'obiettivo perseguito dalla disposizione contestata.

La Corte si è pronunciata, altresì, sulla portata non eccessiva delle indicazioni imposte sui pacchetti di sigarette. Anzi, precisa la Corte, tali indicazioni garantiscono che il consumatore sia comunque informato in maniera obiettiva dei rischi a cui va incontro, specie in presenza di espressioni quali «basso tenore di catrame», «ultra-light», «light»,

«mild», e di altri elementi e/o segni analoghi per evitare che tali espressioni possano trarre in inganno il consumatore, e portino ad un aumento del tabagismo.

Infine, sulla questione se l'art. 7 della direttiva debba essere interpretato nel senso che si applica solo ai prodotti del tabacco commercializzati entro la Comunità, ovvero anche ai prodotti del tabacco confezionati in quest'ultima per l'esportazione verso Paesi terzi, la Corte precisa che i rischi di pregiudizio al mercato interno derivanti dalla commercializzazione illecita, da un lato, di sigarette non rispondenti ai requisiti della direttiva per quanto riguarda i tenori massimi di sostanze nocive e, dall'altro, di prodotti del tabacco non conformi ai requisiti di quest'ultima relativi all'etichettatura e alle indicazioni da apporre sulla confezione di tali prodotti non hanno necessariamente la stessa entità o la stessa natura e non implicano obbligatoriamente l'adozione delle stesse misure. Ne consegue che, non sussistendo nella direttiva esaminata alcuna precisa indicazione in merito, si ritiene che la direttiva non copra un divieto di commercializzazione anche dei prodotti del tabacco confezionati nella Comunità e destinati ad essere venduti in Paesi terzi.

CONTRASTA CON L'ART. 28 DEL TRATTATO CE LA NORMATIVA NAZIONALE CHE LIMITA LA PESCA DI DETERMINATE SPECIE SUL TERRITORIO DI UN ALTRO STATO MEMBRO

Corte di giustizia

Sentenza del 16 gennaio 2003 in causa n. C-65/01

Procedimento penale a carico di Annie Pansard e a., con l'intervento del Comité Région pêches maritimes

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Origine di un prodotto della pesca - Art. 28 CE - Libera circolazione delle merci - Normativa nazionale che vieta periodicamente lo sbarco di determinati prodotti della pesca - Competenza degli Stati membri - Contrasto.

Il diritto comunitario in materia di pesca osta ad una normativa nazionale, come quella di cui alla causa principale, che vieta, nel corso di un dato periodo, lo sbarco, su una parte del litorale dello Stato membro interessato, di pettini di mare pescati nelle acque territoriali di un altro Stato membro¹.

¹ La Corte di giustizia ha statuito che un provvedimento nazionale francese relativo alla disciplina sulla pesca contrasta con l'art. 28 CE in quanto limita l'attività di pesca anche al di fuori del proprio territorio.

Il *Tribunal de grande instance de Dinan* (Francia), nell'ambito di un procedimento penale a carico della signora Pansard e altri soggetti, - scaturito a causa della violazione della normativa francese, per aver pescato in un periodo vietato una particolare specie di pesci, i pettini di mare (più comunemente conosciuti come pesce-rasoio -, ha proposto alla Corte di giustizia Ce due questioni pregiudiziali sull'interpretazione del regolamento

Cee del Consiglio del 12 ottobre 1992, n. 2913, che istituisce un codice doganale comunitario (in *Guce* n. L 302 del 1992, p. 1), e dell'art. 28 CE.

Infatti, il decreto n. 794 P-3, adottato dal Ministro dei Trasporti francese relativo alla regolamentazione della pesca e dello sbarco dei pettini di mare prevede, all'art. 1, che: «[s]ul litorale compreso tra la frontiera belga e la frontiera spagnola, la pesca dei pettini di mare è vietata dal 15 maggio al 30 settembre» e, all'art. 3, che «lo sbarco dei pettini di mare è vietato nel periodo di chiusura di tale pesca».

A sua volta, il regolamento Cee del Consiglio del 25 gennaio 1983, n. 170 - che istituisce un regime comunitario di conservazione e di gestione delle risorse della pesca (in *Guce* n. L 24 del 1983, p. 1) - insieme al regolamento Cee del Consiglio del 20 dicembre 1992, n. 3760 - che istituisce un regime comunitario della pesca e dell'acquacoltura (in *Guce* n. L 389 del 1992, p. 1), che ha abrogato il regolamento Cee n. 170/83, *cit. supra* - prevede che il Consiglio possa fissare totali ammissibili di catture e ripartire i contingenti tra gli Stati membri, al fine di salvaguardare le risorse alieutiche della Comunità. Con preciso riferimento ai pettini di mare non è stato però fissato alcun totale ammissibile di catture.

Gli imputati della causa principale hanno chiesto al Giudice nazionale di rivolgersi alla Corte per chiarire, da un lato, se i pettini di mare debbano essere considerati prodotto d'importazione, nonostante la normativa francese consideri applicabile ai prodotti pescati il regime giuridico della bandiera del peschereccio e, dall'altro lato se la disposizione nazionale contenuta nel decreto del Ministero dei Trasporti francese volto a vietare lo sbarco dei pettini di mare, in un periodo determinato, costituisca una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione.

La Corte precisa che la Comunità, pur avendo adottato numerosi provvedimenti per la gestione delle riserve di prodotti della pesca, stabilendo in particolare contingenti di cattura di tali prodotti, ha ampiamente disciplinato il mercato della pesca, senza però adottare una misura specifica per la gestione delle riserve relativamente alla categoria dei pettini di mare.

Gli Stati membri, inoltre, sono competenti ad adottare provvedimenti di conservazione e di gestione delle risorse della pesca che devono riguardare risorse strettamente locali.

Né consegue che, e così conclude la Corte, nel caso di specie, non essendo la disposizione nazionale riferita ad alcun ambito tra quelli volti a giustificare un provvedimento di conservazione e di gestione, e anzi è addirittura destinata a vietare lo sbarco di pesci pescati in acque su cui tale Stato membro non esercita né la propria sovranità né la propria giurisdizione, sussiste il contrasto con la normativa comunitaria sulla libera circolazione delle merci.

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA CONVENZIONE DI APPLICAZIONE DELL'ACCORDO DI SCHENGEN

Corte di giustizia

Sentenza dell'11 febbraio 2003 in cause riunite n. C-187/01 e n. C-385/01

Procedimento penale a carico di Hüseyin Gözütok e Klaus Brügge

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Interpretazione dell'art. art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen – Principio del *ne bis in idem* - Ambito di applicazione - Procedure di estinzione dell'azione penale - Decisione mediante la quale il Pubblico ministero chiu-

de definitivamente il procedimento penale, senza l'intervento di un giudice, dopo che l'imputato ha soddisfatto determinate condizioni.

Il principio del ne bis in idem, sancito dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985, tra i Governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen il 19 giugno 1990, si applica anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali, in forza delle quali il pubblico ministero di uno Stato membro chiude, senza l'intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro, stabilita dal pubblico ministero¹.

(...) Il principio del ne bis in idem, quale enunciato da questa disposizione, ha l'unico effetto di evitare che una persona giudicata con sentenza definitiva in uno Stato membro possa essere sottoposta a nuovi procedimenti penali per i medesimi fatti in un altro Stato membro. Il detto principio non vieta alla vittima o a chiunque altro sia stato danneggiato dal comportamento dell'imputato di promuovere o di continuare un'azione civile diretta ad ottenere un risarcimento per il danno sofferto².

¹⁻² L'interpretazione dell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (di seguito: Convenzione di applicazione) del 14 giugno 1985 tra i Governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (in *Guce* n. L 239 del 2000, p. 19), firmata a Schengen il 19 giugno 1990 ha costituito l'oggetto della sentenza sopra massimata.

Nell'ambito di due procedimenti penali promossi, da un lato, in Germania a carico del signor Gözütok e, dall'altro, in Belgio a carico del signor Brügge, per reati commessi da questi ultimi, rispettivamente, nei Paesi Bassi e in Belgio, sono scaturite le questioni pregiudiziali per il fatto che i procedimenti promossi in un altro Stato membro, a carico dei due imputati per i medesimi fatti, siano stati definitivamente chiusi grazie ad una procedura di estinzione dell'azione penale.

La questione pregiudiziale ha riguardato la questione se il principio del *ne bis in idem*, di cui all'art. 54 della Convenzione di applicazione, si applichi anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle verificatesi nei confronti dei ricorrenti (procedura in forza della quale il Pubblico Ministero di uno Stato membro chiude, senza l'intervento del giudice, un procedimento dopo che l'imputato ha soddisfatto tutti gli obblighi derivanti dalla procedura).

È necessario a questo punto ricordare che, ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di applicazione: «Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita».

Ne consegue che nessuno può essere sottoposto a procedimento penale in uno Stato membro per i medesimi fatti per i quali è stato già giudicato con sentenza definitiva in un altro Stato membro.

È chiaro, secondo la Corte, che quando si verifica l'estinzione dell'azione penale a seguito di una particolare procedura di estinzione, il soggetto in causa deve necessariamente essere considerato giudicato con sentenza passata in giudicato ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di applicazione. Tale disposizione implica che ogni Stato membro accetti l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale porterebbe a soluzioni diverse.

L'interpretazione della Convenzione di applicazione che ne è scaturita ha portato a ritenere che l'espressione «giudicata con sentenza passata in giudicato» deve essere intesa nel senso che essa è parimenti applicabile nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale anche se le stesse non prevedono l'intervento di alcun giudice.

LA CORTE SI PRONUNCIA ANCORA SUL TEMA DELLA PARITÀ DI TRATTAMENTO TRA UOMINI E DONNE

Corte di giustizia

Sentenza del 20 marzo 2003 in causa n. C-187/00

Helga Kutz Bauer c. Freie und Hansestadt Hamburg

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Parità di trattamento tra uomini e donne - Disposizione contenuta in un contratto collettivo - Regime di lavoro a tempo parziale per motivi di età - Direttiva n. 76/207/Cee - Conseguenze dell'incompatibilità del regime nazionale con la normativa comunitaria - Discriminazione indiretta - Giustificazione oggettiva.

Gli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva del Consiglio del 9 febbraio 1976, n. 76/207/Cee, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, devono interpretarsi nel senso che ostano ad una norma di un contratto collettivo per il pubblico impiego che consenta ai dipendenti di sesso maschile e di sesso femminile di fruire del lavoro a tempo parziale per motivi di età, qualora tale disposizione conceda il diritto ad un siffatto lavoro a tempo parziale solo fino alla data in cui si può far valere per la prima volta il diritto ad una pensione a tasso pieno in base al regime legale di assicurazione per la vecchiaia e qualora la categoria di persone che può ottenere una siffatta pensione all'età di sessant'anni sia costituita quasi esclusivamente da donne, mentre la categoria che può ottenerla solo dall'età di sessantacinque anni è costituita quasi esclusivamente da uomini, a meno che tale disposizio-

*ne non sia giustificata da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso*¹.

*Qualora disposizioni legislative o di contratti collettivi creino una discriminazione in contrasto con la direttiva n. 76/207/Cee e siano quindi incompatibili con questa, i giudici nazionali sono tenuti ad eliminare la suddetta discriminazione, con tutti i mezzi possibili, ed in particolare applicando le suddette disposizioni a favore delle categorie svantaggiate, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa, mediante contrattazione collettiva o altro procedimento*².

¹⁻² L'*Arbeitsgericht* di Amburgo ha sottoposto alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali ex art. 234 CE sull'interpretazione degli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva del Consiglio del 9 febbraio 1976, n. 76/207/Cee, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (in *Guce* n. L 39 del 1976, p. 40) nell'ambito di una controversia tra la signora Kutz-Bauer e la città di Amburgo per non essere stata ammessa la prima al regime di lavoro a tempo parziale per motivi di età previsto da un contratto collettivo applicabile al pubblico impiego.

La signora Kutz-Bauer, dipendente della città di Amburgo in quanto dirige il Centro regionale per la formazione politica ha domandato al proprio datore di lavoro di stipulare un contratto per usufruire del regime di lavoro a tempo parziale per motivi di età previsto dalla formula di lavoro così detto «in blocco». La città di Amburgo ha respinto tale domanda motivando sul fatto che la signora Kutz-Bauer non soddisfaceva i requisiti richiesti dalla normativa tedesca del 1996 sul lavoro a tempo parziale per motivi di età.

Inoltre, ai sensi dell'art. 9 di tale normativa: «1. Il rapporto di lavoro cessa alla data indicata nell'accordo di lavoro a tempo parziale per motivi di età. 2. Lasciando impregiudicate le altre condizioni di cessazione previste in contratti collettivi (...), il rapporto di lavoro cessa *a.* al termine del mese civile che precede quello a partire dal quale il dipendente può aver diritto ad una pensione di vecchiaia in ragione dell'età o, quando è dispensato dall'iscrizione obbligatoria al regime generale di pensione, ad una prestazione comparabile erogata da un'istituzione pensionistica o assicurativa o da una compagnia di assicurazioni; tale principio non si applica alle pensioni cui è possibile aver diritto prima di aver raggiunto l'età della pensione pertinente per l'assicurato, ovvero *b.* all'inizio del mese civile a partire dal quale il dipendente riscuote una pensione di vecchiaia, una prestazione compensativa per i minori, una prestazione analoga rientrante nel diritto pubblico o, ove non sia più soggetto all'obbligo di assicurazione nel regime legale di sicurezza sociale, ad una prestazione analoga erogata da un'istituzione assicurativa o pensionistica o da una compagnia di assicurazioni (...)».

La signora Kutz-Bauer ritiene che il rifiuto di riconoscerle un diritto al lavoro a tempo parziale costituisca una discriminazione indiretta basata sul sesso, che trova il proprio fondamento nella direttiva n. 76/207/Cee.

Il giudice nazionale ha così deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte due questioni pregiudiziali.

Con la prima questione, il giudice *a quo* chiede se gli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva n. 76/207/Cee vietino l'applicazione di una disposizione nazionale sul pubblico impiego che autorizza i propri dipendenti (tutti) a fruire del lavoro a tempo parziale per motivi di età, quando tale disposizione concede il diritto solamente fino alla data in cui si può far valere per la prima volta il diritto ad una pensione di vecchiaia a tasso pieno erogata dal regime legale di assicurazione per la vecchiaia, tenendo conto che la categoria di persone che può ottenere tale pensione all'età di sessant'anni è costituita prevalentemente da donne, e all'età di sessantacinque anni è costituita quasi esclusivamente da uomini.

La Corte rileva che la disposizione nazionale in oggetto dà vita ad una discriminazione a danno delle lavoratrici rispetto ai lavoratori di sesso maschile e deve, in linea di

principio, essere considerata in contrasto con gli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva n. 76/207/Cee. Diverso sarebbe qualora la differenza di trattamento fra le due categorie di lavoratori fosse giustificata da fattori oggettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso (cfr., sentenze del 13 luglio 1989 in causa n. 171/88, *Rinner-Kühn*, in *Raccolta*, 1989, p. 2743; del 17 giugno 1998 in causa n. C-243/95, *Hill e Stapleton*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3739 e del 6 aprile 2000 in causa n. C-226/98, *Jørgensen*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2447).

La Corte precisa, altresì, che se è pur vero che gli Stati membri dispongono di un certo potere discrezionale in materia di politica sociale, essi non possono tuttavia disapplicare il principio fondamentale della parità di trattamento tra uomini e donne (cfr. sul punto, la sentenza del 9 febbraio 1999 in causa n. C-167/97, *Seymour-Smith e Perez*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 623 e massimata in questa *Rivista*, 1999, p. 301). Pertanto la disposizione nazionale che vieta l'accesso al regime di lavoro a tempo parziale prevalentemente nei confronti delle lavoratrici che hanno maturato il diritto ad una pensione di vecchiaia a tasso pieno, contrasta con la normativa comunitaria considerata.

La seconda questione è diretta a chiarire se i giudici nazionali, dato atto dell'esistenza di una discriminazione in contrasto con la direttiva n. 76/207/Cee, debbano eliminare tale discriminazione, applicando al gruppo svantaggiato le disposizioni più favorevoli.

La Corte, nella sentenza *Kowalska* (del 27 giugno 1990 in causa n. C-33/89, in *Raccolta*, 1990, I, p. 2591) e *Nimz* (del 7 febbraio 1991 in causa n. C-184/89, in *Raccolta*, 1991, I, p. 297) aveva anche affermato che, in presenza di una discriminazione indiretta scaturita da un contratto collettivo, i membri del gruppo svantaggiato da tale discriminazione dovevano essere trattati allo stesso modo degli altri lavoratori.

Pertanto, in presenza di una disposizione nazionale contrastante con la normativa comunitaria, il giudice nazionale deve avere il potere di disapplicare le clausole del contratto collettivo che costituiscono di fatto un ostacolo alla piena efficacia delle norme comunitarie (cfr. sentenza del 9 marzo 1978 in causa n. 106/77, *Simmenthal*, in *Raccolta*, 1978, p. 629. Sull'argomento v. F. CAPELLI, *L'affermazione del diritto comunitario*, in F. CAPELLI, *Scritti di diritto comunitario*, Broni, Tipolito Fraschini, 1979, p. 60.

LA CORTE SI PRONUNCIA SUL CONTROLLO UFFICIALE DEI PRODOTTI ALIMENTARI

Corte di giustizia

Sentenza del 10 aprile 2003 in causa C-276/01

Procedimento penale a carico di Joachim Steffensen

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva del Consiglio del 14 giugno 1989, n. 89/397/Cee - Controllo ufficiale dei prodotti alimentari - Art. 7, n. 1, secondo comma - Analisi di campioni - Diritto ad una controperizia - Effetto diretto - Ammissibilità dei risultati di analisi come mezzo di prova in caso di violazione del diritto ad una controperizia - Principio di equivalenza - Principio di effettività - Diritto ad un processo equo - Art. 6, n. 1 Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

L'art. 7, n. 1, secondo comma, della direttiva del Consiglio del 14 giugno 1989, n. 89/397/Cee, relativa al controllo ufficiale dei prodotti alimentari, deve essere interpretato nel senso che un fabbricante può invocare nei confronti delle autorità competenti di uno Stato membro, sul fondamento di questa disposizione, un diritto ad una controperizia, qualora le dette autorità contestino la conformità dei suoi prodotti alla normativa nazionale sui prodotti alimentari in base all'analisi condotta su campioni dei detti prodotti prelevati presso negozi al dettaglio¹.

Spetta al giudice nazionale, adito con un ricorso come quello oggetto del procedimento principale, valutare, tenuto conto di tutti gli elementi di fatto e di diritto a sua disposizione, se i risultati delle analisi condotte su campioni di prodotti di un fabbricante debbano o meno essere ammessi come mezzo di prova di un'infrazione alla normativa nazionale di uno Stato membro relativa ai prodotti alimentari, commessa da tale fabbricante, qualora quest'ultimo non abbia potuto esercitare il suo diritto ad una controperizia previsto dall'art. 7, n. 1, secondo comma, della direttiva n. 89/397/Cee. A questo riguardo, spetta al giudice nazionale verificare se le norme nazionali in materia di prova applicabili nell'ambito di un tale ricorso non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi di natura interna (principio di equivalenza) e se esse non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività). Inoltre, il giudice nazionale deve esaminare se occorra escludere un tale mezzo di prova al fine di evitare provvedimenti incompatibili con il rispetto dei diritti fondamentali, in particolare il principio del diritto ad un processo equo dinanzi a un tribunale, come sancito dall'art. 6, n. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali².

¹⁻² L'interpretazione della direttiva del Consiglio del 14 giugno 1989, n. 89/397/Cee, relativa al controllo ufficiale dei prodotti alimentari (in *Guce* n. L 186 del 1989, p. 23; cfr. in proposito sul tema dei controlli nel mercato dei prodotti alimentari, F. CAPELLI, *I controlli dei prodotti alimentari nel mercato unico europeo e la responsabilità dei controllori*, in questa *Rivista*, 1995, p. 386 e la bibliografia ivi richiamata) costituisce l'oggetto della sentenza sopra massimata.

Il signor Steffensen, in qualità di responsabile del controllo della produzione presso la Società Böklunder Plumrose GmbH & Co. KG (di seguito: Plumrose), produttrice di salsicce di carne di vitello e di carne di maiale, ha proposto un ricorso contro la decisione dell'ufficio delle ammende della Circoscrizione amministrativa di Schleswig-Flensburg con la quale gli veniva inflitta una sanzione amministrativa a causa della commercializzazione di prodotti alimentari in violazione di talune disposizioni di una legge tedesca del 1974 sui prodotti alimentari e di consumo abituale.

Il giudice nazionale, sulla base del ricorso presentato dal signor Steffensen ha osservato che, se le autorità amministrative tedesche – che attuano il prelievo di campioni dei prodotti alimentari – non informano i produttori dell'esistenza di tali campioni immediatamente dopo il prelevamento, tali produttori non sono più in grado di ricorrere ad un'eventuale controperizia nel caso in cui la qualità di tali prodotti venisse contestata dalle autorità.

Ai sensi dell'art. 7 della direttiva n. 89/397/Cee, infatti, viene precisato che: «A fini d'analisi possono venire prelevati campioni dei prodotti di cui all'articolo 6, par. 1, lettere da *b.* a *f.* Gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie per garantire alle persone soggette al controllo il beneficio di un'eventuale controperizia».

Il giudice del rinvio ha quindi sospeso il procedimento e ha chiesto alla Corte, da un lato, se l'art. 7, n. 1 della direttiva n. 89/397/Cee riconosce un vero e proprio diritto ad una controperizia e, dall'altro lato, se la violazione dell'art. 7, n. 1 possa vietare l'utilizzo della perizia disposta da uno Stato membro.

Il ricorrente sostiene nel proprio ricorso di essere stato sanzionato senza che il prelievo e il deposito dei campioni presso un negozio al dettaglio fossero stati portati a sua conoscenza nonché che il produttore, una volta informato dei risultati delle analisi di laboratorio non può più esercitare il suo diritto ad una controperizia a causa del fatto che i campioni prelevati nei negozi sono già stati trasferiti altrove.

La Commissione, ritenendo che il diritto ad una controperizia ex art. 12, n. 1 della direttiva n. 89/397/Cee ai sensi del quale: «Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari affinché le persone fisiche e giuridiche soggette al controllo godano del diritto di presentare ricorso contro i provvedimenti presi dall'autorità competente per l'esercizio del controllo» costituisce un diritto legittimo delle imprese, afferma che, nel caso in esame, le autorità avrebbero pregiudicato il diritto della persona soggetta al controllo di promuovere un legittimo ricorso ex art. 12, n. 1, della direttiva oggetto di interpretazione.

La Corte risolve la prima questione, affermando che l'esercizio del diritto ad una controperizia è un diritto effettivamente riconosciuto e che la società produttrice deve essere informata in tempo utile dalle autorità amministrative del prelievo di campioni per poter esercitare il diritto riconosciutogli dalla normativa comunitaria.

La seconda questione è diretta a far accertare se, in presenza della violazione dell'art. 7, n. 1 della direttiva, i risultati delle analisi effettuate possano essere ammissibili come mezzo di prova nell'ambito di un ricorso proposto dinanzi ad un giudice nazionale, contro una decisione amministrativa fondata solamente su tali risultati.

La Corte risolve la seconda questione nel senso che è compito del giudice nazionale valutare se, alla luce di tutti gli elementi di fatto e di diritto a disposizione, l'ammissione come mezzo di prova dei risultati delle analisi, rischi di comportare una violazione del contraddittorio e, di conseguenza, del diritto ad un processo equo contenuto all'art. 6, n. 1 della CEDU (Convenzione europea dei diritti dell'uomo). Infatti, così conclude la Corte, qualora il giudice tedesco dovesse ravvisare una violazione dei diritti al contraddittorio e del diritto ad un processo equo, dovrebbe impedire l'utilizzo, come mezzo di prova, dei risultati ottenuti (sui principi di equivalenza e di effettività richiamati in sentenza dalla Corte, cfr. sentenze del 14 dicembre 1995 in causa n. C-312/93, *Peterbroeck*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4599; del 20 settembre 2001 in causa n. C-453/99, *Courage e Crehan*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 6297 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 698 e del 24 settembre 2002 in causa n. C-255/00, *Grundig Italiana*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 8003; sul rispetto dei diritti fondamentali, cfr. sentenze del 13 luglio 1989 in causa n. 5/88, *Wachauf*, in *Raccolta*, 1989, p. 2609; del 29 maggio 1997 in causa n. C-299/95, *Kremzow*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2629 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 178; del 6 marzo 2001 in causa n. C-274/99 *P. Connolly c. Commissione*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1611 e del 22 ottobre 2002 in causa n. C-94/00, *Roquette Frères*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 9011; ed inoltre, cfr. sul diritto ad un processo equo, le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Mantovanelli c. Francia* del 18 marzo 1997, in *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-II e *Pélissier e Sassi c. Francia* del 25 marzo 1999, in *Recueil des arrêts et décisions* 1999-II, cfr. M. DE SALVIA, *Compendium della Cedu - Le linee guida della giurisprudenza relativa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000 e, ancora, M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2001).

**LA CORTE SI PRONUNCIA SUL PRINCIPIO
DI NON DISCRIMINAZIONE CONTENUTO NELL'ACCORDO
DI ASSOCIAZIONE TRA LA COMUNITÀ EUROPEA
E LA REPUBBLICA SLOVACCA**

Corte di giustizia

Sentenza dell'8 maggio 2003 in causa n. C-438/00

Deutscher Handballbund eV c. Maros Kolpak

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Relazioni esterne - Accordo di associazione Comunità europea e Repubblica di Slovacchia - Art. 38, n. 1 dell'Accordo - Art. 39 CE - Libera circolazione dei lavoratori - Principio di non discriminazione - *Handball* (pallamano) - Limitazione del numero di giocatori professionisti cittadini di paesi terzi utilizzabili da ogni singola squadra nel campionato di una federazione sportiva.

L'art. 38, n. 1, primo trattino dell'Accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte e la Repubblica slovacca, dall'altra, firmato a Lussemburgo il 4 ottobre 1993 ed approvato a nome delle Comunità dalla decisione del Consiglio e della Commissione del 19 dicembre 1994, n. 94/909/Ceca, Ce, Euratom, va interpretato nel senso che esso osta all'applicazione ad uno sportivo professionista di cittadinanza slovacca, regolarmente occupato da una società stabilita in uno Stato membro, di una normativa emanata da una federazione sportiva del medesimo Stato secondo cui le società sono autorizzate a far scendere in campo, in occasione delle partite di campionato o di coppa, solo un limitato numero di giocatori originari di Paesi terzi che non sono parti dell'Accordo sullo Spazio economico europeo¹.

¹ Con la sentenza *Bosman* (del 15 dicembre 1995 in causa n. C-415/93, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4921 e in questa *Rivista*, 1995, p. 311 con commento di I. TELCHINI, *Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica*, p. 323; cfr. inoltre, M. CASTELLANETA, *Libera circolazione dei calciatori e disposizioni della Figc*, *ivi*, 1994, p. 635 e ID., *Le discipline sportive nell'ordinamento dell'Unione europea*, *ivi*, 2001, p. 219) la Corte di giustizia ha affermato la piena vigenza del diritto comunitario anche nel settore delle attività sportive professionistiche: «l'art. 39 (ex art. 48) del Trattato Ce osta all'applicazione di norme emanate da associazioni sportive secondo le quali, nelle partite delle competizioni che esse organizzano, le società calcistiche possono schierare solo un numero limitato di calciatori professionisti cittadini di altri Stati membri».

La Corte di giustizia si è pronunciata anche in tema di libera circolazione di altre categorie di lavoratori del settore dello sport (oltre ai calciatori di cui alla sentenza *Bosman*, *cit. supra*). Cfr. le sentenze dell'11 aprile 2000 in cause riunite n. C-51/96 e n. C-191/97, *Delière*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2549 e del 13 aprile 2000 in causa n. C-176/96, *Lehtonen*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2681). La sentenza sopra massimata, che conferma l'indirizzo finora seguito, riguarda una controversia insorta tra la Federazione tedesca di *handball* (DHB) che frapponne alcuni ostacoli alla libera circolazione degli atleti, e il signor Kolpak

relativamente al rilascio di un cartellino di giocatore professionista.

La questione ha avuto per oggetto l'interpretazione dell'art. 38, n. 1, dell'Accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri da una parte, e la Repubblica slovacca, dall'altra, firmato a Lussemburgo il 4 ottobre 1993 (cfr. la decisione del Consiglio e della Commissione del 19 dicembre 1994, n. 94/909/Ceca, Ce, Euratom, in *Guce* n. L 359 del 1994, p. 1) ai sensi del quale: «nel rispetto delle condizioni e modalità applicabili in ciascuno Stato membro: il trattamento accordato ai lavoratori di nazionalità della Repubblica slovacca legalmente occupati nel territorio di uno Stato membro è esente da qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità, per quanto riguarda le condizioni di lavoro, di retribuzione o di licenziamento, rispetto ai cittadini di quello Stato membro; il coniuge e i figli legalmente residenti di un lavoratore legalmente occupato nel territorio di uno Stato membro, fatta eccezione per i lavoratori stagionali e per i lavoratori oggetto di accordi bilaterali nell'accezione dell'articolo 42, salvo diverse disposizioni di tali accordi, hanno accesso al mercato del lavoro di quello Stato membro nel periodo di soggiorno di lavoro autorizzato di quel lavoratore».

Nel marzo 1997, il giocatore Kolpak cittadino slovacco, residente in Germania, con regolare permesso di soggiorno ha stipulato un contratto di lavoro di durata determinata con scadenza al 30 giugno 2000, e successivamente nel febbraio 2000, un nuovo contratto di durata determinata con scadenza al 30 giugno 2003, per un posto di portiere nella squadra tedesca di *handball* del TSV Östringen eV Handball, società tedesca di seconda divisione.

In proposito il DHB gli ha rilasciato un cartellino di giocatore contrassegnato dalla lettera «A» a causa della sua cittadinanza slovacca. Dal momento che tale menzione comportava una serie di limitazioni nelle competizioni sportive, il signor Kolpak, presentando un ricorso dinanzi al Tribunale di prima istanza di Dortmund, chiedeva che gli venisse rilasciato un cartellino senza tale limitazione sulla base del fatto che la Repubblica slovacca fa parte dei Paesi terzi i cui cittadini hanno il diritto di partecipare senza alcuna limitazione alle competizioni sportive alle stesse condizioni dei giocatori tedeschi e dei giocatori comunitari (nel rispetto del divieto di discriminazione risultante sia dal Trattato CE e sia dall'accordo di associazione concluso tra la Comunità e la Slovacchia).

Il DHB ha interposto appello dinanzi all'*Oberlandesgericht Hamm* avverso la sentenza con la quale gli veniva ingiunto il rilascio al giocatore del cartellino privo della limitazione di cui trattasi e tale organo ha sospeso il procedimento rivolgendosi alla Corte di giustizia per far chiarire se l'art. 38, n. 1 dell'Accordo di associazione tra la Comunità e la Slovacchia possa impedire l'applicazione ad uno sportivo professionista di cittadinanza slovacca, regolarmente impiegato in una società (sportiva) stabilita in uno Stato membro, di una normativa emanata da una federazione sportiva del medesimo Stato secondo cui le società sono autorizzate ad impiegare, in occasione delle partite di campionato o di coppa, solo un numero limitato di giocatori originari di Paesi terzi che non siano parti dell'accordo sullo Spazio economico europeo (See).

La Corte ha risolto la questione dichiarando in *primis* l'effetto diretto dell'art. 38, n. 1, dell'Accordo di associazione Comunità-Slovacchia sulla base della sua precedente pronuncia *Pokrzeptowicz-Meyer* (sentenza del 29 gennaio 2002 in causa n. C-162/00, in *Raccolta*, 2002, I, p. 1049), e, in secondo luogo, l'applicabilità dell'art. 38, n. 1, dell'Accordo di associazione Comunità-Slovacchia alla disciplina di una federazione sportiva che stabilisce le condizioni alle quali gli sportivi professionisti esercitano un'attività subordinata precisando, in proposito, che l'interpretazione dell'art. 39, n. 2, CE fornita dalla Corte nella sentenza *Bosman*, può essere tranquillamente applicata all'art. 38, n. 1, del predetto Accordo di associazione Comunità-Slovacchia. Ne consegue che il principio di non discriminazione previsto da tale Accordo si applica anche alla normativa emanata dal DHB.

Infine, sulla portata del principio enunciato all'art. 38, n. 1, del citato Accordo di associazione, la Corte precisa che il divieto di discriminazione basato sulla nazionalità, ivi contenuto, è applicabile solo ai lavoratori di cittadinanza slovacca già legalmente occupati nel territorio di uno Stato membro e soltanto per quanto riguarda le condizioni di lavoro, di retribuzione o di licenziamento e non si estende alle normative nazionali in tema di accesso al mercato del lavoro.

Il signor Kolpak svolge in maniera regolare un'attività subordinata in qualità di portiere sulla base di un contratto di lavoro stipulato con una società tedesca ed è in possesso di

un titolo di soggiorno valido e non necessita di alcun permesso di lavoro per esercitare la propria professione.

Secondo la Corte, la disciplina in questione concerne le condizioni di lavoro ai sensi dell'art. 38, n. 1, dell'Accordo di associazione Comunità-Slovacchia in quanto essa ha un impatto diretto sulla partecipazione agli incontri di campionato e di coppa di un giocatore professionista slovacco, già regolarmente occupato secondo le disposizioni nazionali dello Stato membro ospitante.

Ne consegue che i professionisti di Paesi terzi che abbiano concluso con la Comunità un accordo di associazione sono equiparati a quelli appartenenti alla Comunità per cui il fatto di limitare ad un giocatore slovacco la possibilità di intervenire nelle competizioni sportive, rispetto agli altri giocatori membri del See, costituisce una discriminazione vietata sulla base dell'Accordo di associazione più volte richiamato.

LA NORMATIVA OLANDESE IN TEMA DI CURE MEDICHE RICEVUTE ALL'ESTERO CONTRASTA CON I PRINCIPI DELLA LIBERA PRESTAZIONE DEI SERVIZI

Corte di giustizia

Sentenza del 13 maggio 2003 in causa n. C-385/99

V. G. Müller-Fauré c. Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA, e E. E. M. van Riet c. Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Libera prestazione dei servizi - Artt. 49 e 50 CE - Assicurazione malattia - Sistema di prestazioni in natura - Istituti di cura convenzionati - Spese mediche sostenute in un altro Stato membro - Rimborso - Previa autorizzazione - Ostacolo alla libera prestazione di servizi - Criteri - Giustificazione.

Gli artt. 49 e 50 CE vanno interpretati nel senso che non ostano alla normativa di uno Stato membro, come quella controversa nelle cause principali, che, da un lato, subordina la presa a carico di cure ospedaliere prestate in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede la cassa malattia cui appartiene l'assicurato, da un prestatore con cui quest'ultima non abbia concluso alcuna convenzione, alla concessione di una previa autorizzazione rilasciata da tale cassa e, dall'altro, assoggetta la concessione della suddetta autorizzazione alla condizione che il trattamento medico dell'assicurato lo richieda. Tuttavia, l'autorizzazione può essere negata, per tale motivo, solo quando un trattamento identico o che presenti lo stesso grado di efficacia per il paziente possa essere tempestivamente ottenuto in un istituto che abbia concluso una convenzione con la detta cassa malattia¹.

(...) gli artt. 49 e 50 CE ostano a questa stessa normativa in quanto essa subordina la presa a carico di cure non ospedaliere prestate in un altro Stato membro, da una persona o da un istituto con cui la cassa malattia alla quale appartiene l'assicurato non abbia concluso alcuna convenzione, alla concessione di una previa autorizzazione rilasciata dalla suddetta cassa, anche quando la normativa nazionale controversa istituisce un regime di prestazioni in natura in forza del quale gli assicurati hanno diritto non al rimborso delle spese sostenute per cure mediche, ma alle cure stesse, che sono dispensate gratuitamente².

¹⁻² Le controversie delle cause principali, introdotte avanti il giudice nazionale belga hanno avuto entrambe ad oggetto l'interpretazione degli artt. 49 e 50 CE nell'ambito di due controversie che hanno visto contrapposto, da un lato, la signora Müller-Fauré e la Cassa mutua di assicurazione malattia con sede nei Paesi Bassi, e, dall'altro lato, la signora Van Riet e la Cassa malattia di Amsterdam, con sede anch'essa nei Paesi Bassi sul rimborso di spese mediche sostenute rispettivamente in Germania e in Belgio.

È necessario precisare che il regime olandese di assicurazione malattia prevede un regime di prestazioni tale per cui gli assicurati non hanno il diritto al rimborso delle spese sostenute per cure mediche, ma hanno diritto alle cure stesse che vengono prestate gratuitamente. Trattasi di una normativa basata su un sistema di convenzioni tra le casse malattia ed i prestatori di cure sanitarie.

Orbene, nel momento in cui l'assicurato ottiene l'autorizzazione a rivolgersi a un prestatore stabilito all'estero, il costo delle cure è tutto a carico della cassa malattia di iscrizione dell'assicurato.

L'organo giurisdizionale adito in ultima istanza ha precisato che le domande di autorizzazione per ricevere cure mediche all'estero devono essere presentate alla cassa di assicurazione malattia cui appartiene l'assicurato e quest'ultima deve aver fornito il proprio consenso preliminarmente all'erogazione delle cure, salvo particolari eccezioni.

Sia nel caso della signora Müller-Fauré che ha usufruito di cure in Germania, sia nel caso della signora Van Riet che ha ricevuto cure in Belgio, la Cassa malattia ha rifiutato il rimborso delle spese sostenendo che le cure mediche necessarie alle ricorrenti potevano essere tranquillamente prestate nei Paesi Bassi entro un termine ragionevole.

La Corte di giustizia è stata, pertanto, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della normativa olandese con il principio della libera prestazione di servizi.

In primo luogo la Corte precisa che i motivi invocati dalla cassa malattia al fine di poter giustificare l'obbligo della previa autorizzazione per beneficiare dell'assicurazione malattia per prestazioni fornite in uno Stato membro diverso da quello di iscrizione trovano il loro fondamento nella tutela della sanità pubblica. È costante l'orientamento della Corte nel ritenere che l'obiettivo di mantenere un servizio medico-ospedaliero di qualità, equilibrato ed accessibile a tutti può rientrare in una delle deroghe previste dall'art. 46 CE se diretto a realizzare un livello più elevato di tutela della salute (cfr. sentenze del 28 aprile 1998 in causa n. C-120/95, *Decker*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1831 e in causa n. C-158/96, *Kohll*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1931, entrambe massimate in questa *Rivista*, 1999, p. 55, nonché sentenza del 12 luglio 2001 in causa n. C-157/99, *Smits e Peerbooms*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5473 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 690). Inoltre, l'art. 46 CE consente, in particolare, agli Stati membri di limitare la libera prestazione dei servizi medico-ospedalieri qualora la conservazione di un sistema sanitario o di una competenza medica nel territorio nazionale sia essenziale per la sanità pubblica.

La Corte precisa che è giustificato il requisito di una previa autorizzazione in caso di cure ospedaliere prestate in un altro Stato membro anche se è importante tenere conto del fatto che un regime di previa autorizzazione amministrativa non può giustificare la discrezionalità delle autorità nazionali, che porterebbero alla disapplicazione delle disposizioni comunitarie (cfr. in proposito, sentenze del 23 febbraio 1995 in

cause riunite n. C-358/93 e n. C-416/93, *Bordessa e a.*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 361; del 14 dicembre 1995 in cause riunite n. C-163/94, n. C-165/94 e n. C-250/94, *Sanz de Lera e a.*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4821 e del 20 febbraio 2001 in causa n. C-205/99, *Analir e a.*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1271).

Ne consegue che, con riferimento al «carattere necessario» del trattamento, previsto dalla normativa nazionale in questione, può ravvisarsi una giustificazione unicamente con riferimento all'art. 49 CE e l'autorizzazione a ricevere cure mediche in un altro Stato membro può essere negata solamente quando un trattamento identico o che presenti lo stesso grado di efficacia per il paziente possa essere tempestivamente ottenuto ricorrendo ad un istituto convenzionato.

Sulle prestazioni mediche non ospedaliere, la Corte ritiene che l'eventuale abolizione della previa autorizzazione non provocherebbe uno spostamento di fruitori di cure mediche tale da determinare uno squilibrio finanziario del sistema previdenziale olandese con una conseguente minaccia per la tutela della sanità pubblica che potrebbe giustificare tale limitazione.

È necessario tenere conto che gli Stati, pur essendo liberi di gestire i propri sistemi di previdenza sociali, devono comunque garantire l'osservanza dei principi comunitari sulla libera prestazione dei servizi (cfr. sul punto la giurisprudenza costante della Corte: sentenze del 24 aprile 1980 in causa n. 110/79, *Coonan*, in *Raccolta*, 1980, p. 1445; del 7 febbraio 1984 in causa n. 238/82, *Duphar e a.*, in *Raccolta*, 1984, p. 523; del 4 ottobre 1991 in causa n. C-349/87, *Paraschi*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4501; del 30 gennaio 1997 in cause riunite n. C-4/95 e n. C-5/95, *Stöber e Piosa Pereira*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 511 e del 17 giugno 1997 in causa n. C-70/95, *Sodemare e a.*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3395).

La Corte, tenendo conto che non è risultato alcun pregiudizio al regime previdenziale olandese dall'abolizione dell'obbligo di una previa autorizzazione al fine di poter beneficiare di cure mediche (non ospedaliere) all'estero, conclude affermando la sussistenza di un contrasto con la normativa comunitaria sulla libera prestazione di servizi.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

QUANDO L'ETICHETTA DEI PRODOTTI ALIMENTARI DEVE INDICARE LA PRESENZA DI OGM*

**Consiglio di Stato, sezione IV
Ordinanza del 28 gennaio 2003 n. 1313/2003**

Trotta, *Presidente* - Barbagallo, *Estensore*

Ministero della Salute c. Codacons e Federconsumatori

Sentenza TAR del Lazio n. 4235/2002 - Ricorso in annullamento - Organismi geneticamente modificati (OGM) - Contaminazione accidentale di prodotti alimentari con materiale derivato da OGM - Lattanti e bambini - Possibilità di invocare la soglia di tolleranza prevista nella misura dell'1% dal Regolamento Ce n. 49/2000 - Possibilità di non documentare l'esistenza di tale contaminazione accidentale sull'etichetta - Prodotti alimentari in genere - Corte di giustizia delle Comunità europee - Rinvio pregiudiziale ex art. 234 CE - Interpretazione di una norma comunitaria - Formulazione dei quesiti - Sospensione del giudizio nazionale - Ammissibilità.

Il Consiglio di Stato, (...) visto l'art. 234 CE, sottopone alla Corte di giustizia delle Comunità europee la seguente questione pregiudiziale:

1. se la disposizione di cui all'art. 2, par. 2, lett. b., del regolamento Ce n. 1139/98, come sostituito dall'art. 1, del regolamento Ce n. 49/2000, debba essere applicata anche ai prodotti alimentari per lattanti e per bambini fino a

* In argomento v. *infra*, p. 361 ss., il commento di FAUSTO CAPELLI.

tre anni e, cioè, specificamente, se, in relazione a tali prodotti, la contaminazione accidentale di materiale derivato da organismi geneticamente modificati, in proporzione non superiore al 1%, debba, o meno, essere indicata nella etichettatura;

2. sospende il presente giudizio (...).

(Omissis) **In diritto**

La decisione della presente controversia presuppone la soluzione della questione dell'ambito di applicazione del regolamento (Ce) n. 49/2000 della Commissione, del 10 gennaio 2000, che modifica il regolamento (Ce) n. 1139/98 del Consiglio, nella parte in cui prevede che ai prodotti alimentari destinati al consumatore finale o alla collettività non si applichino i requisiti specifici supplementari in materia di etichettatura, qualora «nei loro ingredienti alimentari o nei prodotti alimentari costituiti da un unico ingrediente sia presente materiale derivato da organismi geneticamente modificati (...), assieme a qualsiasi altro materiale immesso in commercio ai sensi del regolamento (Ce) n. 258/97 e derivato da altri organismi geneticamente modificati in proporzione non superiore al 1% dei singoli ingredienti o di un prodotto alimentare contenente un unico ingrediente, purché tale presenza sia accidentale (...)».

Il giudice di primo grado ha infatti annullato il decreto del Ministro della sanità n. 371 del 31 maggio 2001, nella parte in cui aggiunge all'art. 4, comma 1, del decreto del Ministro della sanità 6 aprile 1994, n. 500, il seguente periodo: «È escluso, in ogni caso, l'uso di materiale derivato da organismi geneticamente modificati, salva la tolleranza prevista dal regolamento (Ce) n. 49/2000» limitatamente alla previsione della esenzione dall'indicazione delle tracce di OGM nell'etichettatura degli alimenti per lattanti e negli alimenti di proseguimento.

Con la pronuncia impugnata è stato, quindi, deciso che è legittima la previsione del regolamento ministeriale, secondo la quale nei prodotti alimentari per lattanti è tollerata la contaminazione accidentale di materiale di derivati da organismi geneticamente modificati in misura non superiore al 1%, ma che non è legittimo che tale presenza non sia indicata nelle etichette dei prodotti per lattanti e dei prodotti di proseguimento.

Come si è esposto nella parte in fatto, il giudice di primo grado ha fondato la sua decisione sulla ritenuta circostanza che la disciplina comunitaria della etichettatura degli alimenti per lattanti (come degli alimenti per bambini fino ai tre anni) costituisca una disciplina speciale rispetto a quella posta per la generalità degli alimenti, che, quindi, la generale normativa comunitaria sulla etichettatura dei prodotti alimentari e, in particolare, quella posta dal regolamento n. 49/2000 non si applichi ai prodotti alimentari per lattanti (come a quelli per bambini fino a tre anni).

Infatti, qualora si ritenga che la disposizione generale di cui all'art. 2, par. 2, lett. b., del regolamento (Ce) n. 1139/98, come sostituito dall'art. 1, del regolamento (Ce) n. 49/2000, debba applicarsi anche agli alimenti per lattanti, la previsione del regolamento ministeriale originariamente impugnato dovrebbe considerarsi legittima, in

quanto ripetitiva di una disposizione posta da un regolamento comunitario, destinata a prevalere anche su norme primarie interne.

Poiché la indicata questione dell'interpretazione (ambito di applicazione) del regolamento (Ce) n. 49/2000 si pone in un giudizio pendente innanzi ad una giurisdizione nazionale suprema, la sua soluzione va rimessa ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE, alla Corte di giustizia delle Comunità europee.

Il presente giudizio deve essere sospeso e ogni ulteriore statuizione riservata all'esito della prosecuzione del giudizio stesso.

(Omissis)

PRESENZA ACCIDENTALE DI OGM NEGLI ALIMENTI E OBBLIGHI DI ETICHETTATURA ANCHE ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE

Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha preso posizione contro la sentenza del TAR Lazio, impugnata dal Ministero della salute, che aveva seguito un indirizzo giuridicamente contraddittorio.

Il TAR Lazio aveva in effetti affrettatamente interpretato le disposizioni ritenute applicabili nella presente causa, equivocando sulla normativa comunitaria che doveva essere applicata alla fattispecie concreta.

Al par. 4 della sua sentenza, il TAR Lazio aveva riconosciuto che gli alimenti contenenti OGM (Organismi Geneticamente Modificati)

«se conformi alle norme comunitarie in materia, non solo sono liberamente producibili, ma soprattutto hanno titolo alla libera circolazione in tutti gli Stati membri dell'UE».

Dopo aver effettuato tale riconoscimento il TAR è subito caduto in contraddizione.

Esso ha infatti ritenuto che se anche gli Stati membri non possono impedire la circolazione dei prodotti alimentari contenenti OGM (ovviamente in regola con le norme comunitarie), gli stessi Stati membri possono comunque introdurre adeguate restrizioni per gli alimenti destinati a soggetti particolari con riferimento all'etichettatura relativa a tali alimenti.

La contraddizione appare evidente.

Se prima si riconosce che tutti i prodotti alimentari contenenti OGM (conformi alle norme comunitarie) devono poter circolare in tutti i Paesi

membri e poi però si afferma che gli Stati membri possono limitare la circolazione degli alimenti destinati a particolari consumatori, occorre necessariamente concludere che la circolazione dei prodotti alimentari considerati in causa potrebbe essere ostacolata dagli Stati membri. Il TAR Lazio fonda, tra l'altro, la sua tesi sul principio di precauzione.

Essendo di parere contrario, il Ministero della salute ha chiesto di sottoporre la questione controversa alla Corte di giustizia delle Comunità europee per far stabilire se tutti i prodotti alimentari, contenenti OGM in modo legittimo, debbano poter liberamente circolare negli Stati membri oppure se vi siano eccezioni per quanto riguarda la loro etichettatura.

Avendo il TAR rigettato questa richiesta, la stessa è stata ripresentata al Consiglio di Stato che l'ha invece accolta con l'ordinanza qui esaminata.

Per la verità, a sostegno della propria tesi, il TAR Lazio, basandosi su una linea interpretativa da tempo abbandonata dalla Corte di giustizia Ce, ha argomentato che

«se la direttiva stessa non sia "self-executing" ed incondizionata, non è preclusa al legislatore nazionale la possibilità di integrarne il contenuto con altre normative».

Si tratta ovviamente di una interpretazione non più proponibile, se si tiene conto del costante indirizzo da ultimo seguito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Secondo tale indirizzo, infatti, gli Stati membri potrebbero mantenere o adottare disposizioni interne divergenti o integrative, per regolare una materia già disciplinata da una direttiva, soltanto nel caso in cui la direttiva stessa espressamente lo preveda. Se, al contrario, la direttiva non contenesse alcuna specifica autorizzazione in tal senso, lo Stato membro dovrebbe chiedere l'autorizzazione medesima direttamente alla Commissione europea in base all'art. 95 CE. È pertanto da escludere che lo Stato membro possa agire in modo autonomo senza autorizzazione comunitaria¹.

Con riferimento alla fattispecie concreta, la normativa comunitaria applicabile ai prodotti alimentari impone che venga espressamente segnalata in etichetta la presenza degli OGM che risultano contenuti nei prodotti medesimi. Deve ovviamente trattarsi di OGM debitamente autorizzati in sede comunitaria².

¹ Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 1° giugno 1999 in causa n. C-319/97, Procedimento penale a carico di Kostas, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3142 e del 20 marzo 2003 in causa n. C-3/00, *Regno di Danimarca* sostenuto da *Repubblica d'Islanda* e da *Regno di Norvegia* c. *Commissione delle Comunità europee*, non ancora pubblica in *Raccolta*.

² Per le procedure previste dalla normativa comunitaria in materia di OGM si veda: R. PAVONI, *Misure unilaterali di precauzione, prove scientifiche e autorizzazioni comunitarie al commercio di organismi geneticamente modificati: riflessioni in margine al caso Greenpeace*, in questa *Rivista*, 2000, p. 725 e L. GRADONI, *La nuova direttiva comunitaria sugli organismi geneticamente modificati*, in questa *Rivista*, 2001, p. 735.

L'obbligo di segnalare la presenza di OGM negli alimenti è chiaramente imposta per consentire al consumatore di operare una scelta consapevole al momento dell'acquisto³.

Orbene, in considerazione del fatto che determinati alimenti contenenti soia e mais possono risultare accidentalmente contaminati da derivati di prodotti geneticamente modificati, si è posto un problema delicato per i produttori di tali alimenti.

Ed infatti, i produttori che pur intendevano produrre alimenti escludendo l'impiego di derivati di soia e mais geneticamente modificati, avevano constatato che i loro prodotti potevano comunque risultare accidentalmente contaminati in misura minima da OGM.

Si è posto dunque il problema di stabilire se i predetti produttori fossero tenuti a segnalare in etichetta anche la presenza accidentale di derivati di soia e mais geneticamente modificati.

L'obiettivo perseguito in sede comunitaria è stato dunque quello di trovare una soluzione ragionevole per quanto riguarda l'etichettatura dei prodotti alimentari derivati da soia e da mais (granoturco) geneticamente modificati.

Con riferimento a tali prodotti la Comunità europea aveva adottato nel 1998 il regolamento Ce n. 1139/98⁴ che stabiliva regole specifiche per indicare in etichetta gli OGM in deroga alle prescrizioni generali di etichettatura previste per tutti i prodotti alimentari circolanti nell'Unione europea⁵.

Il Consiglio dell'Unione europea, nell'adottare tale regolamento n. 1139/98 che ammetteva la libera circolazione nell'Unione europea dei prodotti alimentari derivati da soia e da mais geneticamente modificati, purché debitamente etichettati in conformità alle prescrizioni in tale regolamento contenute, riconosceva la necessità di stabilire una soglia minima al disotto della quale non fosse necessario indicare in etichetta la presenza degli OGM quando tale presenza fosse dovuta ad eventi accidentali, conferendo l'incarico alla Commissione europea perché fissasse tale soglia minima.

La fissazione di una soglia minima sotto la quale non diventasse operante l'obbligo di indicare gli OGM in etichetta, appariva giustificata dalla constatazione dell'impossibilità di eliminare la presenza accidentale degli OGM in alimenti *che erano stati prodotti senza utilizzare intenzionalmente materie prime derivate da organismi geneticamente modificati (soia o mais)*.

³ Non in tutti i Paesi esiste lo stesso approccio. Per quanto riguarda, ad esempio, la situazione americana, v. M. P. BELLONI, *"Frankenstein Food"? Un'analisi critica delle contraddizioni e dei limiti della normativa internazionale e statunitense relativa agli organismi geneticamente modificati*, in questa Rivista, 2002, p. 221.

⁴ In Guce n. L 159 del 1998.

⁵ Cfr. direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, in Guce n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29.

Qualora i produttori degli alimenti da destinare al consumatore finale non avessero impiegato materie prime derivate da OGM e, nonostante l'esclusione di tali materie prime, le autorità avessero potuto accertare *una contaminazione accidentale* da OGM inferiore alla soglia minima, appariva ingiusto e vessatorio sottoporli alle nuove prescrizioni in tema di etichettatura stabilite dal regolamento Ce n. 1139/98.

Si trattava quindi di evitare l'imposizione di nuove prescrizioni in materia di etichettatura agli operatori che non avessero intenzionalmente impiegato materie prime derivate da OGM nella produzione dei loro prodotti.

In attuazione dell'incarico del Consiglio dell'Unione europea, la Commissione Ce adottava, nei primi giorni del 2000, il regolamento n. 49/2000⁶ con cui veniva introdotta la soglia minima dell'1% oltre la quale sussisteva l'obbligo di segnalare in etichetta la presenza accidentale, in tutti i prodotti alimentari, di materie prime contenenti OGM o contaminate dai medesimi.

Sono senz'altro illuminanti i "considerando" n. 4, n. 5 e n. 8 che precedono la parte normativa del regolamento n. 49/2000 qui esaminato, che così recitano:

*«(4) nonostante alcuni operatori evitino l'uso di semi di soia (*Glycine max* L.) o granoturco (*Zea mays* L.) geneticamente modificati o di prodotti da essi derivati come base di partenza per i loro ingredienti alimentari, non si può escludere la presenza in essi di materiale derivato dai suddetti organismi geneticamente modificati a seguito di una contaminazione accidentale per esempio durante la coltivazione, il raccolto, il trasporto, la conservazione e la lavorazione;*

(5) qualora la presenza di tale materiale sia accidentale e costituisca solamente una minima proporzione dell'ingrediente alimentare in questione, ad esso non dovrebbero applicarsi i requisiti in materia di etichettatura di cui al regolamento (CE) n. 1139/98;

(Omissis)

(8) l'1% è il valore che meglio si presta per stabilire un livello di tolleranza sufficientemente basso e al contempo garantire la possibilità di rispettarlo lungo la catena di produzione. I metodi

⁶ In *Guce* n. L 6 dell'11 gennaio 2000, p. 13. Mentre il presente articolo era in corso di stampa, si è saputo che il Parlamento europeo aveva approvato il testo di un regolamento, adottato con la procedura di codecisione, che confermava sostanzialmente quanto disposto dal citato regolamento della Commissione n. 49/2000 riducendo la soglia minima dall'1% allo 0,9%.

di detezone già forniscono o forniranno entro breve tempo gli strumenti necessari per applicare questo valore (...)»⁷.

Come si vede, per dare attuazione alle ricerche effettuate in sede comunitaria è stata ritenuta giustificata la fissazione della soglia minima dell'1% relativamente alla presenza degli OGM nei prodotti alimentari, oltre la quale diventa obbligatoria l'indicazione in etichetta di tale presenza.

In particolare, dai *considerando* del regolamento Ce n. 49/2000 sopra riportati, si ricava:

- che alla base dell'esclusione dell'obbligo di indicare in etichetta la presenza di OGM nei prodotti alimentari è l'intenzione del produttore di non usare materie prime che li contengono;
- che la presenza di OGM nei prodotti alimentari deve essere imputabile a contaminazioni avvenute durante «la fase della coltivazione, raccolta, trasporto, conservazione o lavorazione» delle materie prime che il produttore ha ricevuto ed impiegato per produrre i suoi prodotti;
- che tale contaminazioni debbono essere di natura accidentale e non intenzionale.

Orbene, per poter verificare se le contaminazioni siano accidentali, l'art. 1 par. 2 del regolamento n. 49/2000 così dispone:

«per stabilire che la presenza di questo materiale [contaminato da OGM] è accidentale, gli operatori devono essere in grado di comprovare alle autorità competenti di aver preso opportune misure per evitare di utilizzare come base di partenza gli organismi geneticamente modificati (o prodotti da essi derivati)».

Dalla normativa comunitaria sopra esaminata è quindi possibile dedurre i criteri cui fare riferimento per stabilire se un determinato prodotto sia stato contaminato accidentalmente da una particolare sostanza.

Tornando ora alla fattispecie concreta affrontata dal TAR Lazio e dal Consiglio di Stato, l'approccio delle due Autorità giudiziarie è stato del tutto diverso.

Secondo il TAR Lazio, come segnalato all'inizio, il Governo italiano doveva esso stesso imporre alle imprese, anche alla luce del principio di precauzione, l'obbligo di segnalare in etichetta la presenza di OGM per i prodotti alimentari considerati in causa, anche se la quantità di OGM fosse stata inferiore all'1% ed anche se si fosse trattato di contaminazione accidentale.

Al contrario, il Consiglio di Stato, ritenendo che il Governo italiano non potesse autonomamente disattendere le disposizioni del regolamento n. 49/2000, senza esservi espressamente autorizzato dalla Commissione europea-

⁷ La sottolineatura è nostra.

a, ha deciso di far risolvere la questione direttamente in sede comunitaria dalla Corte di giustizia, anche allo scopo di evitare che i soli produttori italiani dovessero sottostare ad una specifica restrizione non applicabile ai loro concorrenti degli altri Paesi membri. Di qui l'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte di giustizia sulla base dell'art. 234 CE.

Un'ultima notazione critica occorre effettuare prima di terminare il presente commento.

Come già ricordato, il TAR Lazio, nella sua sentenza, ha accennato all'applicazione, nella fattispecie in esame, del principio di precauzione.

Ma avendo lo stesso TAR Lazio riconosciuto che i prodotti alimentari contenenti OGM, debitamente autorizzati in sede comunitaria (in quanto non nocivi), devono poter liberamente circolare all'interno del mercato unico, non avrebbe potuto evidentemente invocare il principio di precauzione nel caso di specie dato che tale principio può essere invocato soltanto in caso di dubbio sulla sicurezza di un alimento, la cui composizione o presentazione non siano espressamente disciplinate da norme comunitarie. Con riferimento agli OGM, essendo le norme comunitarie precise ed esaustive per quanto riguarda la loro immissione in commercio, è da escludere che gli Stati membri possano invocare principi di carattere generale, non espressamente imposti dalla normativa comunitaria, per limitare la circolazione degli alimenti che li contengono.

D'altra parte il principio di precauzione, che è stato preso in considerazione in una Comunicazione della Commissione⁸, è stato alla fine inserito, per quanto riguarda il settore dell'alimentazione, nel regolamento n. 178/2002⁹.

L'art. 7 del regolamento n. 178/2002 precisa che:

«Qualora, in circostanze specifiche a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione d'incertezza sul piano scientifico, possono essere adottate le misure provvisorie di gestione del rischio necessarie per garantire il livello elevato di tutela della salute che la Comunità persegue, in attesa di ulteriori informazioni scientifiche per una valutazione più esauriente del rischio.

«Le misure adottate sulla base del par. 1 sono proporzionate e prevedono le sole restrizioni al commercio che siano necessarie per raggiungere il livello elevato di tutela della salute perseguito nella Comunità, tenendo conto della realizzabilità tecnica ed

⁸ DOC COM(2000) del 1° del 2 febbraio 2000.

⁹ In *Guce* n. L 31 del 2002.

economica e di altri aspetti, se pertinenti. Tali misure sono riesaminate entro un periodo di tempo ragionevole a seconda della natura del rischio per la vita o per la salute individuato e del tipo di informazioni scientifiche necessarie per risolvere la situazione di incertezza scientifica e per realizzare una valutazione del rischio più esauriente»

Anche di questo principio, la dottrina ha fornito una lettura adeguata¹⁰.

Bisogna riconoscere, esaminando le disposizioni contenute nell'art. 7 del regolamento n. 178/2000 sopra riportate, che le stesse hanno tenuto conto di alcune precise indicazioni derivate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

In particolare l'art. 7 tiene conto della precisazione fornita dalla sentenza della Corte pronunciata nella causa *Van der Veldt*¹¹ secondo cui, il rischio per la salute dei consumatori:

«deve essere valutato non già alla stregua di considerazioni di ordine generale, bensì alla luce di specifiche ricerche scientifiche».

Appare evidente, da tale precisazione, che la Corte di giustizia ritiene di poter prendere in considerazione soltanto rischi ragionevolmente prevedibili, e non puramente teorici, che per definizione non possono essere confutati.

Nello stesso senso si è d'altra parte espresso l'Avvocato Generale Darmon, nelle sue conclusioni presentate per la stessa causa¹².

Volendo quindi verificare se il principio di precauzione possa legittimare la pretesa avanzata dal TAR Lazio, nella fattispecie in esame, occorre concludere in senso negativo.

Una conferma dell'esattezza della conclusione cui si è pervenuti, si ricava indirettamente dalla sentenza della Corte di giustizia emessa il 24 ottobre 2002 nella causa n. C-121/2000 (*Walter Hahn*).

Ai punti n. 39 e 40 di tale sentenza la Corte precisa che:

39. Tuttavia, una normativa o una prassi nazionale avente o tale da avere effetti restrittivi sugli scambi intracomunitari è compatibile con il Trattato solo se necessaria ai fini di una tutela efficace della salute e della vita delle persone. Essa non gode della deroga qualora la salute e la vita delle persone possano venire protette in modo altrettanto efficace con provvedimenti

¹⁰ DE SADELEER, *Le Statut juridique du principe de précaution en droit communautaire*, in *Cah. dr. eur.*, 2000, p. 91.

¹¹ Causa n. C-17/93, in *Raccolta*, 1994, p. 3537, punto n. 17.

¹² Cfr. *Raccolta*, 1994, I, p. 3549, punto n. 34.

meno restrittivi nei confronti degli scambi intracomunitari (v., in particolare, sentenza Eurim-Pharm, cit., punto 27).

40. Occorre parimenti ricordare che l'esistenza di un rischio per l'igiene pubblica deve essere valutata tenendo conto dei risultati della ricerca scientifica internazionale, in particolare dei lavori dei comitati scientifici comunitari, nonché alla luce delle abitudini alimentari dello Stato membro interessato (v., in tal senso, citate sentenze Bellon, punto 17, e Commissione/Francia, punto 13).

Da queste considerazioni si deduce che la Corte impone il rispetto di condizioni rigorose nel caso di introduzione di restrizioni alla circolazione delle merci all'interno dell'Unione europea.

Con riferimento al problema della fattispecie esaminata, che riguardava un batterio patogeno, vale a dire la «*Listeria monocytogenes*», la Corte ha ritenuto corretto consentire l'applicazione del principio di precauzione per le ragioni esposte nei punti 41 e 42 della sentenza che vengono qui trascritti:

41. Occorre segnatamente tener conto dei lavori del comitato scientifico per le misure veterinarie in relazione con la salute pubblica (in prosieguo: il «CSMVSP») concernenti la Listeria monocytogenes, sfociati nel parere 23 settembre 1999 di quest'ultimo, richiamato dalla Commissione. Risulta da tale parere, con il quale il comitato scientifico per l'alimentazione umana si è dichiarato d'accordo con il parere 22 giugno 2000, che la Listeria monocytogenes è un batterio patogeno in grado di provocare nell'uomo malattie gravi. Essa potrebbe causare varie infezioni, ma la Listeria attaccherebbe principalmente l'utero delle donne incinte, il sistema nervoso centrale e la circolazione sanguigna. Sebbene la Listeria possa colpire adulti e bambini in buono stato di salute, le persone colpite più di frequente sarebbero le donne incinte, i neonati, gli anziani e coloro il cui sistema immunitario è indebolito a causa dell'assunzione di farmaci o a seguito di una malattia.

42. Da tale parere risulta parimenti che, benché la diffusione della listeriosi sia relativamente limitata nell'uomo (2-15 casi per milione di abitanti), il tasso di mortalità si attesta tra il 20 ed il 40% e, presso soggetti con immunodeficienze, è addirittura del 75%. Il CSMVSP ne desume che la listeriosi rappresenta

un pericolo raro ma serio per l'igiene pubblica, in particolare per i gruppi ad alto rischio elencati al punto precedente.

Come si vede, nel caso della *Listeria* qui esaminato si è tenuto conto della pericolosità del batterio patogeno, la cui presenza doveva essere evitata per scongiurare i danni alla salute umana¹³.

Completamente diverso è invece il problema relativo alla fattispecie qui esaminata, che non riguarda affatto un agente patogeno e che si riferisce anzitutto a prodotti considerati non nocivi dallo stesso TAR Lazio.

Il principio di precauzione, in un'ipotesi siffatta, non può quindi prevalere sul principio della libera circolazione delle merci.

Anche con riferimento al principio di precauzione la tesi del TAR Lazio non poteva quindi giuridicamente essere accolta.

Fausto Capelli

¹³ Con riferimento alla sentenza qui esaminata, è stata criticata la severità con cui la Corte di giustizia ha risolto il caso concreto, v. V. RUBINO, *Commento alla sentenza Hahn: limiti alla fissazione di una tolleranza zero nei prodotti alimentari con riferimento al diritto comunitario e alla luce degli accordi Omc*, *supra*, p. 309.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

LA LIBERALIZZAZIONE DEL MERCATO DEI SERVIZI: STRATEGIE ED AZIONI*

I

Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Lo stato del mercato interno dei servizi¹

Relazione presentata nell'ambito della prima fase della strategia per il mercato interno dei servizi

Sintesi

Il Consiglio europeo di Lisbona ha adottato un programma di riforme economiche che mira a fare dell'Unione europea «l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo» entro il 2010. Un elemento chiave di tale programma è la realizzazione di un mercato interno dei servizi. A tal fine, la Commissione ha messo a punto una «strategia per il mercato interno dei servizi» che si articola in due fasi. La presente relazione completa la prima fase, presentando un inventario il più completo possibile delle frontiere che sussistono nel mercato interno dei servizi. La relazione analizza inoltre le caratteristiche comuni di tali frontiere e traccia una prima valutazione del loro impatto economico.

Svoltasi nel corso del 2001 e nei primi mesi del 2002, la consultazione su vasta scala sulla quale si basa la presente relazione ha coinvolto il Parlamento europeo, il Comitato economico e sociale, il Comitato delle Regioni, gli Stati membri e le parti interessate. La relazione servirà da punto di partenza per le azioni che saranno avviate nel 2003 nell'ambito della seconda fase. Vista l'interdipendenza tra le diverse attività di servizio, la relazione, secondo quanto delineato dalla strategia per il mercato

* In argomento v. *infra*, p. 383 ss., il commento di *Laura Lezzi*.

¹ Com(2002) 441 definitivo del 30 luglio 2002.

interno dei servizi, adotta un approccio orizzontale piuttosto che settoriale. La relazione copre, quindi, un'ampia gamma di attività, come i servizi di consulenza alle imprese, di certificazione, di intermediazione immobiliare, d'ingegneria industriale, di costruzione, di distribuzione, di turismo, di svaghi o di trasporti. Inoltre, poiché le difficoltà che può incontrare un consumatore o un prestatore di servizi in un determinato momento della sua attività possono avere delle conseguenze negative sull'intera attività transfrontaliera, la relazione individua le difficoltà che caratterizzano tutte le fasi della prestazione di un servizio: dallo stabilimento del prestatore, attraverso l'uso degli *input* (fattori di produzione) necessari per la fornitura del servizio, la promozione, la distribuzione e la vendita del servizio, fino alla fase post-vendita. La relazione passa in rassegna tutte le difficoltà percepite come ostacoli dai prestatori e dagli utenti dei servizi ma non si pronuncia in questa sede sulla compatibilità degli ostacoli riscontrati con il diritto comunitario. Tale questione sarà affrontata nella seconda fase della strategia, il cui obiettivo sarà quello di definire e mettere in atto le soluzioni più opportune.

Un elemento chiave per valutare lo stato di avanzamento del mercato interno dei servizi è il consumo di servizi. In proposito, la relazione sottolinea che i destinatari dei servizi, soprattutto i consumatori, sono le principali vittime delle disfunzioni del mercato interno dei servizi. I consumatori possono, ad esempio, trovare o acquistare servizi in altri Stati membri solo con difficoltà, o pagarli troppo, o non hanno abbastanza fiducia per acquistarveli. La seconda fase della strategia per il mercato interno dei servizi permetterà di approfondire tipo e impatto delle difficoltà incontrate dai consumatori di servizi in modo da predisporre le soluzioni adeguate.

I servizi sono il motore della crescita economica

La crescita economica si basa sostanzialmente sui servizi. Essi rappresentano il 70% del PNL e dell'occupazione nella maggior parte degli Stati membri. Nelle economie moderne, i servizi sono presenti in tutti i settori, compresi i comparti manifatturieri tradizionali, come l'industria automobilistica, che offrono servizi finanziari, di consulenza, di formazione e di locazione. Diversi fattori legati alla domanda hanno contribuito allo sviluppo di un numero sempre crescente di servizi vari che vanno dai settori più tradizionali, quali i trasporti, il commercio al dettaglio, le telecomunicazioni, il turismo e le professioni regolamentate, a servizi nati più di recente, quali la gestione dei rifiuti, la conservazione dell'energia, i servizi alle imprese, come consulenza gestionale, trattamento dati, prove ed analisi tecniche.

Le potenzialità di crescita dei servizi non possono, tuttavia, essere realizzate pienamente, poiché lo sviluppo delle attività di servizio tra Stati membri continua ad essere ostacolato dalle numerose frontiere che caratterizzano il mercato interno.

Le frontiere del mercato interno incidono più sui servizi che sulle merci ...

I servizi sono molto più influenzati delle merci dalle frontiere che sussistono nel mercato interno. A causa del suo carattere complesso e immateriale e del fatto che si basa sul know-how e sulle qualifiche del prestatore, la fornitura di servizi è spesso

soggetta a norme molto più complesse che interessano l'intera attività. Inoltre, se taluni servizi possono essere forniti a distanza, numerosi altri servizi continuano a richiedere la presenza permanente o temporanea del prestatore di servizi nello Stato membro in cui il servizio viene fornito. Mentre, nel caso delle merci, sono queste ultime ad essere esportate, nel caso della prestazione di servizi, sono spesso il prestatore stesso, il suo personale, le sue attrezzature e il suo materiale a dover varcare i confini nazionali. Di conseguenza, alcune fasi della prestazione di servizi (se non tutte) possono svolgersi nello Stato membro in cui vengono forniti i servizi e possono essere soggette a norme diverse da quelle dello Stato membro d'origine del prestatore. Ne deriva, inoltre, che le difficoltà incontrate nelle singole fasi non possono essere considerate isolatamente e che occorre, invece, tener conto del loro impatto cumulativo.

... e producono i loro effetti in ogni fase della prestazione di servizi

Gli ostacoli allo stabilimento del prestatore in un altro Stato membro possono derivare, ad esempio, dalla necessità di autorizzazioni o qualifiche professionali o da vincoli inerenti la forma giuridica del prestatore di servizi o l'associazione tra professioni diverse. Dai contributi emergono, innanzitutto, le difficoltà relative al numero di autorizzazioni richieste, alla lunghezza e alla burocrazia delle procedure, al potere discrezionale delle autorità locali e alla duplicazione di requisiti già soddisfatti dal prestatore nello Stato membro d'origine. In secondo luogo, i problemi che si trovano ad affrontare gli operatori quando si impegnano in attività transfrontaliere riguardano l'uso degli input necessari per la fornitura del servizio. A tal proposito, diverse sono le difficoltà che interessano la trasferta dei lavoratori, l'utilizzo, da parte del prestatore, di attrezzature o materiali o il ricorso a servizi professionali transfrontalieri. La promozione dei servizi è resa particolarmente difficile dalle norme restrittive e particolareggiate relative alle comunicazioni commerciali, norme che vanno da un vero e proprio divieto della pubblicità, nel caso di talune professioni, a un controllo rigoroso del loro contenuto in altri casi. La profonda diversità delle legislazioni degli Stati membri in materia ostacola le attività di promozione paneuropea di numerosi servizi.

La distribuzione dei servizi oltrefrontiera si scontra con gli ostacoli più vari. L'obbligo, ad esempio, per il prestatore di stabilirsi o essere residente nello Stato membro in cui il servizio viene fornito impedisce la prestazione di servizi a partire dal luogo d'origine. Inoltre, i requisiti in materia di autorizzazioni, registrazioni o dichiarazioni si combinano con quelli relativi alle qualifiche professionali e con altre condizioni di esercizio delle attività che sono molto diverse da quelle dello Stato membro d'origine del prestatore. I problemi che sono direttamente legati alla vendita transfrontaliera dei servizi derivano dalle differenze in materia di diritto contrattuale, di prezzi fissi o raccomandati per taluni servizi, di imposizione e rimborso dell'IVA (soggetta negli Stati membri a tassi diversi), di sistemi di classificazione e di procedure. Infine, anche nella fase post-vendita, i prestatori possono trovarsi ad affrontare difficoltà particolari dovute alle differenze tra Stati membri in materia di responsabilità e assicurazione professionale o in materia di garanzie finanziarie, oppure difficoltà riguardanti i servizi di manutenzione o riparazione quando, per fornirli, è necessario un distacco transfrontaliero di personale. In fin dei conti, tutti i prestatori di servi-

zi incontrano prima o poi delle frontiere. Il più delle volte sono interessate diverse fasi, se non addirittura tutte le fasi, dell'attività transfrontaliera. Anche nei paesi candidati sono stati segnalati dei problemi, il che aumenterà le difficoltà al momento dell'allargamento.

... anche nei confronti dei consumatori

Mancanza di trasparenza o di fiducia, norme divergenti tra Stati membri: sono tutti elementi che impediscono ai consumatori (cioè, a gran parte della domanda), di beneficiare effettivamente dei vantaggi del mercato interno e di svolgere il loro ruolo come parte integrante del mercato. Dal lato dei consumatori, la difficoltà di ottenere informazioni, i problemi di accesso a servizi transfrontalieri e la debole protezione, ad esempio contro comportamenti abusivi, contribuiscono a frammentare il mercato interno nel settore dei servizi.

A queste difficoltà si aggiungono la carenza di informazione e le frontiere di tipo culturale e linguistico

Gli operatori economici e i consumatori hanno difficoltà ad ottenere informazioni precise sul quadro normativo, sulle autorità competenti e sulle procedure degli altri Stati membri. Inoltre, le imprese e i consumatori non sanno, molto spesso, che i principi del mercato interno consentono loro di contestare provvedimenti ingiustificati e sproporzionati e di pretendere il rispetto del loro diritto di prestare e ricevere servizi. Le consultazioni hanno peraltro evidenziato la questione delle frontiere linguistiche e culturali nonché la tendenza di numerose imprese a continuare a pensare solo in termini di mercato nazionale, il che rende la vita particolarmente difficile ai consumatori.

Le frontiere presentano caratteristiche comuni in tutte le attività di servizio

Malgrado la loro apparente diversità, le frontiere hanno numerosi punti in comune sia per quanto riguarda l'origine che per quanto concerne gli effetti. È vero che i precedenti programmi relativi al mercato interno hanno permesso di far scomparire le frontiere fisiche e tecniche, ma è anche indubbio che queste ultime sono state sostituite da "frontiere giuridiche" poste in essere da norme nazionali, regionali e locali. Alcune nuove frontiere derivano, inoltre, dal comportamento delle amministrazioni e, in particolare, dal loro potere discrezionale o da procedure gravose e non trasparenti che avvantaggiano gli operatori locali. Altre difficoltà sono da attribuire, invece, alla cattiva applicazione di taluni strumenti dell'Unione europea. È evidente che gli Stati membri nutrono scarsa fiducia nella qualità degli ordinamenti giuridici degli altri Stati membri e sono restii a modificare, anche quando è necessario, la propria normativa per facilitare le attività transfrontaliere.

Molte delle frontiere individuate sono di tipo orizzontale e influenzano tutta una serie di attività di servizio. Una loro caratteristica comune è data dal fatto che gli Stati membri applicano un regime unico sia agli operatori di servizi che desiderano sta-

bilirsi sul loro territorio che a quelli che intendono prestare i propri servizi dal loro paese d'origine. Per questi ultimi, che sono già soggetti alle norme e al controllo dello Stato di stabilimento, può derivarne una duplicazione di norme e vincoli sproporzionata. Un altro tratto comune è l'incertezza giuridica che scaturisce dall'applicazione caso per caso, da parte delle autorità nazionali, di prescrizioni poco chiare il cui risultato è spesso imprevedibile.

Le frontiere del mercato interno dei servizi hanno un impatto sull'intera economia

...

L'impatto delle frontiere individuate nella presente relazione si fa avvertire in tutti i settori dell'economia. Gli ostacoli che si trova ad affrontare un determinato servizio hanno un effetto a catena su tutti gli altri servizi e sulle attività industriali a causa dell'integrazione dei servizi nell'attività manifatturiera. I servizi sono strettamente collegati fra loro. Vengono spesso forniti e utilizzati in combinazione con altri servizi e costituiscono degli input per ogni fase dell'attività di un altro servizio. Per esempio, un dettagliante stabilito in un determinato Stato membro che vuole stabilirsi in altri Stati membri potrebbe voler utilizzare i servizi di agenti immobiliari, arredatori, architetti, ingegneri, imprese edili, banche e compagnie di assicurazione con cui lavora di solito nel proprio paese d'origine. Nella maggior parte dei casi, ciò si rivela impossibile a causa delle difficoltà che si trovano ad affrontare i singoli prestatori di servizi; ad esempio il fatto che non possiedono le autorizzazioni o le qualifiche richieste negli altri Stati membri. Lo stabilimento del dettagliante in questione potrebbe risulterne ritardato o reso più oneroso e difficile, con un conseguente impatto negativo sui servizi che il dettagliante stesso offre ai produttori e ai consumatori. L'interdipendenza dei servizi richiede di procedere, nel corso della seconda fase, a una valutazione economica più approfondita delle difficoltà individuate che non si limiti all'impatto su una determinata attività ma che affronti gli effetti su tutta l'economia.

Le frontiere del mercato interno dei servizi comportano dei costi eccessivi per le imprese impegnate in attività tra Stati membri. Un operatore di servizi che desideri accedere al mercato di un determinato paese stabilendosi in quest'ultimo od offrendo dei servizi transfrontalieri dovrà sostenere considerevoli costi di assistenza legale. L'assistenza legale è indispensabile per stabilire la misura in cui il prestatore può esportare il suo modello imprenditoriale, verificando se alcune delle sue componenti, come la strategia promozionale, debbano essere adattate. Tali costi vanno ad aggiungersi a quelli derivanti dalle differenze linguistiche e culturali inerenti alle abitudini commerciali e di consumo. E poiché è possibile incontrare degli ostacoli in ogni fase della prestazione di servizi, questi costi sono destinati ad accumularsi lungo tutta l'attività. Ai costi dell'assistenza legale vanno ad aggiungersi, inoltre, i costi legati all'adeguamento del modello imprenditoriale. L'impossibilità di utilizzare lo stesso modello imprenditoriale in tutto il mercato interno impedisce alle imprese di trarre beneficio dalle economie di scala. La conseguenza di tutti questi effetti negativi è una cattiva allocazione delle risorse dell'impresa, che, per tali motivi, tende a ridurre gli investimenti nell'innovazione e nella differenziazione dei servizi. E, se si considera il ruolo chiave dei servizi, ci si rende conto che a risentirne sono le prestazioni dell'intera economia.

... ma sono soprattutto le PMI e, in fin dei conti, i consumatori a risentirne in modo particolare

Le piccole e medie imprese (Pmi) svolgono un ruolo importante nel campo dei servizi, ma le loro possibilità di crescita al di là dei confini nazionali sono seriamente compromesse. Rispetto alle loro concorrenti più grandi, esse hanno maggiori difficoltà ad affrontare gli ostacoli, soprattutto perché le spese di assistenza legale sono fisse e non sono proporzionate alle dimensioni dell'impresa. Di conseguenza, le Pmi saranno scoraggiate dall'impegnarsi in attività transfrontaliere che le porrebbero in una posizione concorrenziale svantaggiosa rispetto agli operatori locali. Particolarmente penalizzate sembrano essere le Pmi originarie dei piccoli Stati membri o degli Stati membri periferici. Le Pmi possono, inoltre, diventare un bersaglio allettante per le imprese più grandi, che potrebbero avere tutto l'interesse ad acquisirle per via della loro conoscenza locale, della loro esperienza e del loro potenziale d'innovazione.

A pagare, tuttavia, il prezzo di queste restrizioni sono gli utenti dei servizi e in particolare i consumatori europei, poiché gli viene negata la possibilità di usufruire di una maggiore varietà di servizi caratterizzati da una qualità superiore e da prezzi più competitivi. Si tratta, in definitiva, di una situazione che incide anche sulla loro qualità di vita e che li danneggia sia direttamente che indirettamente: direttamente quando delle disposizioni legislative o delle prescrizioni amministrative impediscono loro di utilizzare servizi provenienti da altri Stati membri; indirettamente quando le frontiere esistenti dissuadono le imprese dall'offrire i propri servizi a clienti residenti in altri Stati membri o comportano prezzi più elevati o servizi meno diversificati o di qualità inferiore. Un ulteriore danno è costituito dalla mancata creazione di posti di lavoro nell'intero settore dei servizi.

Queste frontiere vanno eliminate rapidamente, se si vuole conseguire l'obiettivo della riforma economica

Dieci anni dopo quello che avrebbe dovuto essere il completamento del mercato interno, si registra ancora un grosso divario tra la visione di un'Europa economica integrata e la realtà vissuta dai cittadini europei e dagli operatori di servizi. Le frontiere, percepite come un serio condizionamento alla prestazione e all'uso dei servizi, sono molto più numerose del previsto e agiscono da freno sull'economia europea e sulle sue potenzialità di crescita, competitività e creazione di occupazione.

È chiaro che l'obiettivo del Consiglio di Lisbona di fare dell'economia europea l'economia più competitiva del mondo potrà essere conseguito soltanto se si introdurranno dei cambiamenti sostanziali che consentano di eliminare quanto prima le frontiere del mercato interno dei servizi. La natura e la portata dei problemi da risolvere richiedono uno sforzo notevole e un impegno politico chiaro da parte delle istituzioni europee e degli Stati membri affinché il mercato interno funzioni anche per i servizi.

La presente relazione deve servire da supporto alle azioni che saranno intraprese nel 2003, nell'ambito della seconda fase della strategia per il mercato interno dei ser-

vizi, alla luce delle prossime discussioni tra il Parlamento europeo, gli Stati membri e le parti interessate.

La presente relazione, unitamente alle reazioni che essa susciterà, servirà da base per il lavoro che dovrà essere intrapreso nell'ambito della prossima fase della strategia per un mercato interno dei servizi. Si tratterà di azioni legislative e non legislative di cui occorre ancora stabilire con precisione la portata e il contenuto previa un'ulteriore analisi. Per quanto concerne le eventuali proposte legislative, si deve trovare un buon equilibrio tra la necessità di evitare una regolamentazione europea troppo ampia e dettagliata e l'esigenza di proteggere gli obiettivi d'interesse generale in gioco. Per quanto riguarda le misure non legislative, la Commissione si concentrerà, in via prioritaria, sulle misure concrete di informazione e di assistenza necessarie perché consumatori e imprese possano trarre vantaggio da tutte le potenzialità del mercato interno.

II

Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Una strategia per il mercato interno dei servizi*

1. Sommario

Il Consiglio europeo di Lisbona ha invitato la Commissione a proporre una strategia globale per il mercato interno diretta ad eliminare gli ostacoli che si oppongono alla libera circolazione dei servizi. La presente comunicazione si propone di dare l'avvio ad un processo di adattamento del mercato interno ai mutamenti fondamentali dei modi di offerta e di fruizione dei servizi. La società dell'informazione ha messo in moto una nuova dinamica dei servizi, riducendo i costi della trasmissione e dell'acquisizione dell'informazione ed accelerando la velocità di diffusione dell'innovazione oltre le frontiere nazionali. Si sono quindi notevolmente ampliate nel mercato interno le potenzialità di domanda ed offerta transfrontaliere di servizi. Creare migliori condizioni per la libera circolazione dei servizi equivale a dare impulso alla dinamica insita nel mercato interno e quindi a rafforzare la competitività, la crescita e la creazione d'occupazione nella nostra economia.

Il nostro obiettivo è di far sì che i servizi possano attraversare le frontiere nazionali con la stessa facilità con cui circolano all'interno di uno Stato membro. La presente comunicazione definisce una strategia in due fasi per realizzare questo obiettivo. In un primo tempo, entro i prossimi 12 mesi, la Commissione accelererà una serie di iniziative in determinati settori, procedendo parallelamente ad un'analisi rigorosa degli ostacoli che persistono alla libera circolazione dei servizi oltre le frontiere nazionali. Essa solleciterà il Consiglio e il Parlamento a raggiungere un accordo all'inizio del 2001 sulle iniziative già programmate.

Successivamente, nel 2002, la Commissione proporrà una nuova serie di iniziative e stabilirà scadenze precise per l'eliminazione da parte degli Stati membri degli ostacoli specifici che le analisi condotte nei precedenti dodici mesi avranno premesso di individuare. Queste iniziative comprenderanno misure di sostegno di carattere non legislativo e strumenti specifici od orizzontali di armonizzazione, accanto a misure legislative supplementari per smantellare gli ostacoli restanti ed evitare l'insorgere di nuovi e garantire che sia mantenuto un elevato livello di protezione degli obiettivi

* Com/2000/888 def.

di pubblico interesse.

La Commissione invita il Parlamento e il Consiglio ad approvare questa strategia in due fasi. La Commissione, inoltre, accoglierà con favore i commenti di tutte le parti interessate.

(Omissis)

4. Messa in atto della strategia

La presente comunicazione delinea una strategia in due fasi -

Fase I - Azioni per il 2001

Primo: entro i prossimi 12 mesi la Commissione avvierà una prima serie di iniziative, di carattere legislativo e non legislativo, riguardanti particolari settori: le comunicazioni commerciali (specie la promozione delle vendite), le professioni regolamentate, i servizi finanziari e il commercio elettronico.

Secondo: la Commissione procederà al riesame delle direttive esistenti che riguardano la libera circolazione dei servizi.

Terzo: saranno proposte anche alcune misure di accompagnamento non legislative miranti a migliorare l'informazione statistica sui servizi, ad accrescere tra gli addetti ai servizi il livello delle competenze in materia di tecnologie dell'informazione e della comunicazione e a stimolare la capacità d'innovazione delle società che forniscono servizi ad altre imprese.

Quarto: il Consiglio e il Parlamento sono chiamati ad adottare una serie di importanti iniziative per il mercato interno che hanno rilevanza per i servizi. Tali iniziative comprendono la direttiva sulla vendita a distanza di servizi finanziari, il "pacchetto" telecomunicazioni⁶, le due direttive sugli appalti pubblici, la direttiva sui servizi postali, la direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione, il seguito legislativo sulla strategia contabile comunitaria, la direttiva sulle offerte pubbliche d'acquisto e una direttiva sull'IVA per i servizi in linea.

Queste quattro azioni con precisi obiettivi non saranno tuttavia sufficienti a creare un vero mercato interno dei servizi, data la complessa rete di interconnessioni esistenti tra i diversi settori dell'economia. La Commissione deve aprire la strada ad un approccio orizzontale alla libera circolazione di servizi in vista della sua attuazione nel 2002. Per la prima volta dal 1962⁷, la Commissione intraprenderà un'analisi onni-

⁶ Le direttive proposte riguardano: un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, COM(2000) 393; il servizio universale e i diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, COM(2000) 392; l'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate e l'interconnessione delle medesime, COM(2000) 384; il trattamento dei dati personali e la tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, COM(2000) 385; le autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, COM(2000) 386. Vi è inoltre una proposta di decisione relativa ad un quadro normativo per la politica in materia di spettro radio, COM(2000) 407.

⁷ Programma generale per l'eliminazione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi, Gazzetta ufficiale n. 2 del 15 gennaio 1962.

comprensiva e sistematica degli ostacoli che persistono alla libera circolazione dei servizi e delle loro conseguenze in tutti i settori dell'economia.

A questo scopo, si procederà ad un'ampia analisi delle regole e delle pratiche che intervengono in ciascuna delle sei fasi del processo imprenditoriale. Questa analisi permetterà anche di valutare in che modo le differenze nelle norme e nelle pratiche amministrative creino ostacoli alla prestazione transfrontaliera di servizi e impediscano l'esportazione nell'Unione di modelli d'impresa; essa si baserà sul processo imprenditoriale in 6 fasi sopra descritto (cf. anche tabella 2). I risultati di quest'ampia indagine (essa stessa integrata da altri studi) saranno presentati in una relazione al Parlamento e al Consiglio all'inizio del 2002. La Commissione sarà allora in grado di individuare i principali settori nei quali potrà essere necessario aprire procedimenti per infrazione o dovranno essere migliorati gli attuali meccanismi destinati ad aiutare le imprese e i privati cittadini a sfruttare i vantaggi offerti dal mercato interno (come il «Dialogo con i cittadini e le imprese» su Internet)⁸.

Omissis

Fase 2 - Azioni per il 2002

Il 2001 è un anno consacrato all'azione e all'analisi. L'anno seguente saranno intraprese sulla base di questa analisi ulteriori iniziative, che saranno essenzialmente di tre tipi: azioni dirette ad affrontare gli ostacoli che possono essere eliminati applicando direttamente i principi del Trattato; azioni di carattere non legislativo; azioni che ricorrono ad un'armonizzazione mirata per eliminare gli ostacoli.

i. Ostacoli che possono essere eliminati applicando direttamente i principi del trattato - Per quanto possibile, i principi della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione di servizi dovranno essere applicati direttamente per eliminare gli ostacoli. La Commissione valuterà attentamente gli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalle misure nazionali e applicherà in modo rigoroso il criterio di proporzionalità, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Tali ostacoli comprendono tutte le misure di carattere discriminatorio, di diritto o di fatto, quelle non giustificate da obiettivi d'interesse generale e quelle considerate non proporzionate. Quando non siano già stati aperti procedimenti per infrazione, agli Stati membri sarà chiesto di eliminare gli ostacoli secondo precise scadenze.

Esempi di possibili ostacoli: l'obbligo fatto agli operatori stabiliti in uno Stato membro di stabilirsi in un altro Stato membro se intendono prestarvi i loro servizi; l'imposizione agli operatori che offrono servizi oltrefrontiera di obblighi che reiterano i requisiti già soddisfatti nello Stato membro in cui sono stabiliti; norme che vietano ad una società di trasferire tutto il suo personale oltrefrontiera per prestare servizi; trattamento fiscale meno favorevole per chi usufruisce di servizi prestati da forni-

⁸ «Dialogo con i cittadini e le imprese» è un sito Internet gestito dalla Commissione, tramite il quale le imprese che desiderano operare in un contesto transfrontaliero possono ottenere informazioni su vari aspetti del mercato interno (appalti pubblici, come trovare un partner d'affari, come partecipare alle gare per contratti pubblici, ecc.) e comunicare informazioni circa la natura dei problemi incontrati.

tori stabiliti in un altro Stato membro.

ii. Meccanismi per eliminare gli ostacoli di carattere non normativo - Taluni ostacoli non normativi possono, di fatto, costituire impedimenti rilevanti al funzionamento del mercato interno. Li si dovranno affrontare, per quanto possibile, ricorrendo a meccanismi non legislativi. Ove opportuno, la Commissione potrà proporre una serie di misure non legislative ed invitare le parti interessate a sviluppare ulteriormente tali meccanismi.

Esempi: scarsa consapevolezza delle possibilità offerte dal mercato interno ai prestatori di servizi; scarsa fiducia dei consumatori nei confronti dei servizi transfrontalieri o mezzi di ricorso inadeguati, specie per le risoluzioni extragiudiziali delle controversie; insufficiente informazione sulla domanda di servizi transfrontalieri.

iii. Un'armonizzazione mirata per affrontare gli ostacoli residui - Per eliminare ogni ostacolo residuo sarà necessaria un'armonizzazione, che dovrà essere coerente con le altre politiche comunitarie e assicurare un alto grado di protezione degli obiettivi d'interesse generale in gioco. Se gli ostacoli individuati sono di carattere orizzontale (sono comuni a più settori o con ripercussioni sulla prestazione di altri servizi) si dovranno adottare uno strumento legislativo orizzontale e misure specifiche di armonizzazione.

Conclusioni

L'approccio in due fasi proposto è presentato con maggiori dettagli nell'allegato 1.

(Omissis)

Allegato - L'approccio in due fasi

(Omissis)

2002

Sulla base dell'analisi condotta nel 2001, che avrà individuato gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi, saranno intraprese le seguenti azioni:

Azione 1 - Stesura di un elenco di ostacoli che possono essere eliminati applicando i principi del trattato. La Commissione compilerà un elenco sistematico e completo degli ostacoli che possono essere eliminati mediante l'applicazione diretta del trattato, ma per i quali non sono ancora stati aperti procedimenti per infrazione. Questo elenco, unitamente alla richiesta di eliminare tutti gli ostacoli entro precise scadenze, sarà presentato agli Stati membri. I procedimenti per infrazione già iniziati nel 2001 o prima seguiranno il loro corso.

Azione 2 - Iniziative di carattere non legislativo. Per quanto riguarda gli ostacoli non legislativi che possono essere affrontati ricorrendo a strumenti alternativi non legislativi, la Commissione presenterà iniziative specifiche, comprendenti codici comunitari di condotta, meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie e azioni di sensibilizzazione destinate a migliorare il flusso delle informazioni.

Azione 3 - Misure di armonizzazione. Per gli ostacoli di tipo orizzontale sarà proposto uno strumento contenente i seguenti elementi:

- un'armonizzazione mirata di requisiti interessanti più settori o con ripercussioni su altri setto-

ri, sulla base di un alto livello di protezione degli obiettivi d'interesse generale;

- un meccanismo che garantisca a tutti i prestatori europei di servizi la possibilità di operare nel mercato interno come nel proprio mercato nazionale, in particolare grazie ad un'efficace applicazione del principio del riconoscimento reciproco;

- procedure che consentano di seguire l'evoluzione del mercato e della legislazione, in modo da evitare il rischio di una riframmentazione del mercato interno e da individuare precocemente il bisogno di una nuova legislazione comunitaria.

Gli ostacoli di carattere regolamentare per i quali è inidoneo siffatto strumento orizzontale saranno battuti in breccia con l'ausilio di misure supplementari d'armonizzazione, che, se si fa credito all'esperienza che il trascorrere del tempo ha dato modo di accumulare, verosimilmente si dimostreranno acconce in campi nei quali hanno rilievo considerazioni attinenti alla protezione della salute e dei consumatori.

(Omissis)

PRINCIPIO DI EQUIVALENZA, MUTUO RICONOSCIMENTO E LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DELLE PROFESSIONI NELL'UNIONE EUROPEA

Sommario: *Introduzione - I. La libera circolazione dei professionisti nella Comunità europea: diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi - II. L'attuazione giurisprudenziale della libera circolazione dei professionisti - 1. Prima attuazione di stabilimento e libera prestazione dei servizi: diretto effetto e divieto di discriminazioni in base alla nazionalità - 2. Dal divieto di discriminazioni in base alla nazionalità all'abolizione di qualsiasi ostacolo ingiustificato alla libera circolazione - 3. Il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento nella giurisprudenza comunitaria su stabilimento e libera prestazione dei servizi - III. Il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento negli interventi legislativi comunitari volti ad agevolare l'accesso alle professioni - IV. Conclusioni.*

Introduzione

Dalla fine del 1992¹ la Comunità ha intrapreso una serie di azioni per completare e migliorare il funzionamento del mercato interno. In particolare, la Commissione ha presentato relazioni sui risultati ottenuti ed ha lanciato programmi di azione per la realizzazione dei progetti rimasti in sospeso². Dai

¹ Termine per l'instaurazione del mercato interno, ex art. 14 CE, in conformità al programma elaborato dalla Commissione nel Libro Bianco sul completamento del mercato interno, COM (85) 310.

² Oltre alle relazioni annuali sullo stato di avanzamento e funzionamento del mercato interno, rilevano soprattutto la Comunicazione del 2 dicembre 1992 su *Il funzionamento del mercato interno delle Comunità dopo il 1992*; la Comunicazione del 2 giugno 1993 *Rafforzare l'efficacia del mercato interno*, che ha costituito la base per elaborare il programma strategico del 22 dicembre 1993, intitolato *Valorizzare al massimo il mercato interno*; la Comunicazione del 30 ottobre 1996 su *Impatto ed efficacia del mercato unico*, che ha costituito la base per l'elaborazione del *Piano d'azione per il mercato unico* del 4 giugno 1997; il piano d'azione *Strategia per il mercato interno europeo*, lanciato il 24 novembre 1999 sotto forma di Comunicazione al Parlamento europeo ed al Consiglio, che fissa gli obiettivi strategici da realizzare entro il 2004, attraverso azioni mirate della durata di diciotto mesi, valutate annualmente.

vari documenti elaborati emerge il divario tra l'importanza dei servizi nell'economia generale ed i persistenti ritardi nella realizzazione di un loro mercato interno europeo, sufficientemente fluido ed integrato.

Recentemente, rispondendo alla richiesta del Consiglio europeo di Lisbona³, la Commissione ha sviluppato un'articolata strategia per eliminare gli ostacoli al mercato dei servizi all'interno della Comunità⁴.

La Commissione ha proposto che in una prima fase siano varate una serie di iniziative in determinati settori e che si proceda, parallelamente, ad un'analisi rigorosa degli ostacoli che persistono alla libera circolazione dei servizi oltre le frontiere nazionali. Tale fase si è conclusa il 30 luglio 2002, con la presentazione di una Relazione della Commissione⁵, che individua ed analizza le difficoltà che possono ostacolare la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi.

Alla luce di questa analisi, la seconda fase avrà per oggetto l'elaborazione di soluzioni adeguate ai problemi individuati, attraverso azioni da avviare nel 2003, dopo le discussioni con il Parlamento europeo, gli Stati membri e le parti interessate.

Secondo la citata strategia della Commissione, le iniziative saranno essenzialmente di tre tipi: azioni dirette ad eliminare gli ostacoli applicando direttamente i principi del Trattato, azioni di carattere non legislativo ed azioni che ricorrono ad un'armonizzazione mirata per eliminare gli ostacoli⁶. Si trat-

³ Si vedano le Conclusioni della Presidenza, del 23 e 24 marzo 2000, punto 17.

⁴ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, intitolata *Una strategia per il mercato interno dei servizi*, COM (2000) 888, del 29 dicembre 2000.

La realizzazione di un mercato interno dei servizi rappresenta un elemento chiave del programma di riforme economiche adottato dal Consiglio europeo a Lisbona, con l'obiettivo di fare dell'Unione europea «l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo» entro il 2010.

⁵ *Lo stato del mercato interno dei servizi*: Relazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo, del 30 luglio 2002, COM(2002)441 def.

⁶ Con il primo tipo di azioni si mira a rafforzare i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi. La Commissione valuterà attentamente gli obiettivi di interesse generale perseguiti dalle misure nazionali ed applicherà in modo rigoroso il criterio di proporzionalità, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Gli ostacoli da eliminare attraverso i principi del Trattato comprendono tutte le misure di carattere discriminatorio, di diritto o di fatto, quelle non giustificate da obiettivi d'interesse generale e quelle considerate non proporzionate. Quando non siano già stati aperti procedimenti per infrazione, agli Stati membri sarà chiesto di eliminare gli ostacoli secondo precise scadenze.

Il secondo tipo di iniziative, di carattere non legislativo, sarà volto ad eliminare gli ostacoli di carattere non normativo, attraverso codici di condotta comunitari, meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie ed azioni di sensibilizzazione.

Nell'ambito del terzo tipo di iniziative, di carattere legislativo, la Commissione ha previsto l'adozione di uno strumento giuridico trasversale per l'eliminazione della maggior parte dei rimanenti ostacoli, di tipo orizzontale, cioè relativi a diverse attività di servizio. La configurazione giuridica di tale strumento non è ancora chiara: potrebbe trattarsi di una "direttiva quadro" che focalizzi l'armonizzazione su alcune esigenze fondamentali e che istituisca, per il resto, un'efficace applicazione del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento. Gli ostacoli regolamentari per i quali tale strumento orizzontale è inidoneo saranno eliminati con specifiche misure supplementari di armonizzazione.

terà, quindi, di azioni legislative e non legislative, di cui va ancora precisata la portata ed il contenuto, previa ulteriore analisi⁷.

Tra i diversi strumenti per attuare la nuova strategia dei servizi, il Parlamento europeo ha esplicitamente affermato che «deve prevalere il più possibile il riconoscimento reciproco delle regolamentazioni e delle prescrizioni nazionali nonché il principio del paese d'origine»⁸.

Il presente articolo analizza la funzione di integrazione comunitaria svolta dal principio di equivalenza e mutuo riconoscimento⁹ in uno dei settori tradizionali dei servizi, quello delle libere professioni¹⁰, cercando di cogliere quanto e quale mercato richiede l'Unione europea.

Come si cercherà di illustrare, tra gli strumenti per attuare la libera circolazione dei professionisti il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento ha confermato la sua validità formale, pur non trovando sempre un'applicazione efficace, soprattutto nell'ambito degli interventi giurisprudenziali.

Sul piano delle norme derivate comunitarie, invece, l'applicazione del principio ha realizzato risultati maggiori, poiché non si è limitato a constatare

⁷ Con riferimento alle eventuali proposte legislative, la Commissione mira a trovare un buon equilibrio tra la necessità di evitare una regolamentazione europea troppo ampia e dettagliata e l'esigenza di proteggere gli obiettivi di interesse generale in gioco.

Con riferimento alle misure non legislative, la Commissione si concentrerà sulle misure concrete di informazione ed assistenza a consumatori ed imprese.

Cfr. Relazione della Commissione *Lo stato del mercato interno*, cit. supra, nota 5, p. 9 s.

⁸ Cfr. Risoluzione del 4 ottobre 2001, A5-0310, PE309.503.

⁹ In questo articolo i termini equivalenza e mutuo riconoscimento sono giustapposti ed utilizzati insieme, nell'ambito degli strumenti per la realizzazione del mercato interno, secondo una nomenclatura già utilizzata nel diritto comunitario.

L'idea concettuale alla base del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento riguarda la necessità che le autorità dello Stato membro di destinazione, in cui un cittadino comunitario desidera esercitare una delle libertà fondamentali di circolazione, riconoscano e diano pieno effetto alle situazioni di fatto e di diritto stabilite dallo Stato membro di origine, evitando la duplicazione delle condizioni e degli oneri che ne derivano.

Si precisa che allo stato attuale più che un unico principio, volto a riconoscere l'equivalenza, si tratta di due principi, di cui il primo mira a constatare l'equivalenza, ricavandone le conseguenze nel senso della realizzazione del mercato interno, il secondo ad organizzare un sistema di riconoscimento tra situazioni che non sono equivalenti. Per ulteriori dettagli sulla terminologia comunitaria si veda HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Athènes - Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas - Bruylant, 1999, p. 65 ss.

¹⁰ Anche la Commissione, nelle sue indagini sull'applicazione del principio di riconoscimento reciproco nei mercati dei prodotti e dei servizi, non segue un approccio orizzontale, come nella nuova strategia per il mercato interno dei servizi, ma settoriale. Cfr. le due relazioni biennali della Commissione, SEC(1999)1106 def. del 13 luglio 1999 e COM(2002)419 def. del 23 luglio 2002.

Tuttavia, si precisa che dal punto di vista dell'attuazione giurisprudenziale della libera circolazione dei professionisti – anche attraverso il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento, qui in considerazione – il discorso è comune a tutte le attività non salariate e si colloca nel quadro più generale dell'attuazione di stabilimento e libera prestazione dei servizi. Quindi, per delineare i meccanismi di integrazione elaborati dalla giurisprudenza ed applicabili ai servizi professionali, è opportuno allargare l'analisi ai principi del Trattato su libertà di stabilimento e prestazione dei servizi.

Invece, considerando gli interventi legislativi ed il loro ricorso al principio di equivalenza e mutuo riconoscimento – in combinazione o alternanza con l'armonizzazione –, nel presente articolo si è limitata l'analisi al settore dei servizi professionali, per i suoi caratteri specifici, differenti da altre attività di servizio, oltre che dalle merci. Cfr. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, loc. cit., Titolo II, p. 322 ss.

l'equivalenza delle legislazioni nazionali, ma ha organizzato un sistema di riconoscimento delle qualifiche e dei diplomi anche a prescindere da una piena equivalenza delle formazioni nazionali.

Nell'esaminare le due modalità di circolazione dei professionisti - cioè diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi -, il presente articolo chiarisce, innanzitutto, il loro regime giuridico autonomo. Infatti, dall'analisi delle frontiere inventariate dalla Commissione emerge che molte difficoltà connesse alla realizzazione del mercato interno dei servizi - inclusi quelli professionali - dipendono da una confusione dei regimi giuridici applicati: in particolare, spesso lo Stato membro di destinazione tratta il prestatore di servizi come un'impresa stabilita nel suo territorio, assoggettandolo completamente al proprio ordinamento giuridico¹¹. Come vedremo, ciò contrasta con l'evoluzione giurisprudenziale, che in tema di libera prestazione dei servizi ha ampliato la portata del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento, passato da regola di prova per derogare al trattamento nazionale a regola di fondo, limitata dal principio di proporzionalità.

L'articolo, inoltre, confronta la diversa applicazione del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento negli interventi giurisprudenziali ed in quelli legislativi volti ad agevolare l'accesso alle professioni, considerando gli aspetti che hanno impedito un'applicazione efficace del principio e, al contempo, le sue potenzialità, che possono favorire fenomeni di convergenza degli ordinamenti nazionali, nel rispetto di un corretto funzionamento del mercato interno.

I. La libera circolazione dei professionisti nella Comunità europea: diritto di stabilimento e libera prestazione dei servizi

La libera circolazione dei professionisti si colloca nell'ambito delle quattro libertà di circolazione, fondamentali per l'attuazione del mercato interno, contemplate dall'art. 3, lett. c. CE, ed in particolare tra la libera circolazione delle persone e quella dei servizi. Il Trattato non disciplina espressamente le libere professioni, ma, più genericamente, le attività non salariate, di cui garantisce, fatte salve le eccezioni e le condizioni previste, la libertà di esercizio su tutto il territorio comunitario, sotto il duplice profilo della libertà di stabilimento (artt. 43 - 48) e della libera prestazione dei servizi (artt. 49 - 55).

La libertà di stabilimento implica il diritto del professionista di uno Stato membro di esercitare in modo continuo e permanente la propria attività in un altro Stato membro, sia trasferendo il centro della stessa, sia creando un se-

¹¹ Cfr. Relazione della Commissione, *Lo stato del mercato interno*, cit. supra, nota 5, p. 49 ss.

condo domicilio professionale.

La libera prestazione di servizi, invece, consente al professionista di prestare la sua attività in un altro Stato membro in modo temporaneo, senza doversi stabilire e senza subire l'applicazione di misure discriminatorie o restrittive non giustificate da una ragione di interesse generale.

Lo scopo delle disposizioni considerate è diverso¹²: il diritto di stabilimento mira ad assicurare all'operatore economico il beneficio della disciplina nazionale dello Stato membro ospitante ed a garantire che lo Stato di origine non ostacoli lo stabilimento in un altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione; la libera prestazione di servizi, invece, mira soprattutto ad eliminare le restrizioni all'esercizio temporaneo di un'attività non salariata da parte di persone non stabilite nello Stato sul cui territorio deve essere fornita la prestazione.

Questa diversità di scopo comporta che i due diritti, seppure collegati sul piano dei principi generali e di un parallelismo normativo, abbiano una disciplina giuridica autonoma, come affermato per la prima volta in modo espresso nella sentenza *Säger*, secondo cui «uno Stato membro non può subordinare l'esecuzione della prestazione di servizi sul suo territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento, perché altrimenti priverebbe di qualsiasi effetto utile le norme del Trattato dirette a garantire appunto la libera prestazione dei servizi»¹³.

Infatti, il soggetto prestatore ed il soggetto stabilito hanno una diversa posizione nei confronti dell'ordinamento giuridico degli Stati membri di origine e di destinazione¹⁴. Mentre il prestatore di servizi conserva il legame naturale con il proprio Stato di cittadinanza, di residenza e di stabilimento, il soggetto che si stabilisce in un altro Stato membro partecipa, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato membro diverso dal proprio Stato di origine¹⁵. Pertanto, in linea generale, il professionista che voglia avvalersi della libertà di circolazione riconosciuta dal Trattato potrà scegliere di fare uso della sua libertà di stabilimento, nel qual caso sarà sottoposto alle rego-

¹² Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1994 in causa n. C-379/92, *Peralta c. Governo italiano e Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3453, punti 31 e 41.

¹³ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 1991 in causa n. C-76/90, *Säger c. Denemeyer & Co Ltd.*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4221, punto 13.

¹⁴ Cfr. GREPPI, *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, Torino, UTET, 1999, t. XIV, p. 494; HATZOPOULOS, *Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services*, CMLR, 2000, p. 73.

¹⁵ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 1995 in causa n. C-55/94, *Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli avvocati e procuratori di Milano*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4165, punto 25 e in questa *Rivista*, 1996, p. 287 ss. con nota di ADOBATI, *Differenza tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento per l'esercizio della professione forense secondo la sentenza della Corte di giustizia nel caso Gebhard*, 1996, p. 293 ss. e commento di BARANI, *Il caso Gebhard un avvocato tedesco in Italia*, 1996, p. 301 ss.

le dello Stato ospitante¹⁶, o di agire in libera prestazione di servizi, nel qual caso sarà sottoposto principalmente alla legislazione dello Stato di origine¹⁷.

Dottrina e giurisprudenza comunitaria hanno precisato gli elementi di differenziazione delle due modalità di circolazione.

In particolare, l'esercizio del diritto di stabilimento presuppone una connessione economico-giuridica con più ordinamenti nazionali ed uno spostamento fisico degli operatori economici¹⁸; infatti, l'esercizio dello stabilimento necessita di un'organizzazione stabile nello Stato ospitante.

La libera prestazione dei servizi, invece, non presuppone alcuna organizzazione stabile del prestatore nello Stato in cui il servizio viene svolto¹⁹; anzi, lo spostamento non riguarda necessariamente il prestatore, ma può riguardare anche il destinatario del servizio o il servizio stesso²⁰, purché il destinatario sia stabilito in uno Stato membro diverso, se il prestatore vuole avvalersi della libera prestazione nei confronti dello Stato in cui è stabilito²¹.

¹⁶ Cfr. sentenza *Gebhard*, cit. supra, nota 15, punto 36.

¹⁷ Si veda l'evoluzione giurisprudenziale relativa alla disciplina della libera prestazione dei servizi, illustrata nei paragrafi successivi.

¹⁸ Cfr. BIZIOLI, *Evoluzione del diritto di stabilimento nella giurisprudenza in materia fiscale della Corte di giustizia*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 1999, p. 390 s.; DELLA CHÀ, *Companies, right of establishment and the Centros judgement of the European Court of Justice*, in Dir. comm. int., 2000, p. 931.

La connessione economico-giuridica con più ordinamenti nazionali, comunque, può aversi anche nei casi di stabilimento nel proprio Stato di origine, a condizione che la persona fisica si trovi, rispetto allo Stato, in una situazione analoga a quella di tutti gli altri soggetti che fruiscono dei diritti e delle libertà garantiti dal Trattato (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 1996 in causa n. C-107/94, *Asscher c. Staatssecretaris van Financiën*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3089, punto 32). Con riferimento ai professionisti, può avvalersi del diritto di stabilimento chi abbia ottenuto la formazione professionale o svolto un'attività economica in un altro Stato membro e non cerchi in tal modo di sottrarsi abusivamente alle leggi nazionali in materia di preparazione professionale. Infatti, gli Stati membri non possono negare i vantaggi del diritto comunitario ai propri cittadini che si sono valse delle possibilità offerte in materia di circolazione e di stabilimento (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 1979 in causa n. 115/78, *Knoors c. Segretario di Stato per gli affari economici*, in *Raccolta*, 1979, p. 399, punti 20, 24 e 25 e annotata in questa Rivista, 1979, p. 483).

¹⁹ Per le diverse modalità di esercizio dei due diritti, con riferimento alla necessità o meno di un'organizzazione stabile nello Stato di destinazione, si veda POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 279.

²⁰ Con riferimento ai vari spostamenti possibili nel caso di libera prestazione dei servizi, si veda HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. supra, nota 9, p. 52 ss.

²¹ Cfr. sentenze della Corte di giustizia: del 17 maggio 1994 in causa n. C-18/93, *Corsica Ferries Italia Srl c. Corpo dei piloti del porto di Genova*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1783, punto 30; del 17 giugno 1997 in causa n. C-70/95, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA e Anni Azzurri Rez-zato Srl c. Regione Lombardia*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3395, punto 37.

Tuttavia, in quest'ultima pronuncia citata (cfr. punti 38 – 40) la Corte di giustizia ha ritenuto che tutti gli elementi fossero ristretti all'interno di un solo Stato, respingendo l'applicabilità delle norme sulla libera prestazione dei servizi alla situazione di una società che, stabilitasi in uno Stato membro per gestire strutture per anziani, fornisca servizi agli ospiti che, a tal fine, soggiornino permanentemente o a tempo indeterminato in tali strutture. Tale pronuncia limita la portata di una precedente sentenza della Corte di giustizia (del 31 gennaio 1984 in cause riunite n. 286/82 e n. 26/83, *Luisi e Carbone c. Ministero del Tesoro*, in *Raccolta*, 1984, p. 377, punto 16 e in questa Rivista, 1984, p. 465 con commento di GRASSI, *Consolidamento della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e diritto va-*

Quando lo spostamento riguarda il prestatore, la distinzione tra i due diritti si fonda principalmente sulla possibilità per il prestatore di servizi di svolgere la propria attività a favore di un beneficiario situato in un altro Stato membro senza la necessità di trasferirsi in quest'ultimo Stato ed apprestarvi un'organizzazione stabile, ovvero recandovisi solo occasionalmente, per un periodo di tempo limitato all'espletamento del servizio. Il trasferimento del prestatore nello Stato membro in cui viene svolta l'attività, quando si verifica, è pertanto caratterizzato dalla temporaneità ed in quanto tale non è soggetto a formalità di alcun tipo²².

Tuttavia, la Corte di giustizia, pur sembrando, talvolta, collegare automaticamente la presenza permanente allo stabilimento²³ - poiché negazione stessa della libertà di prestazione dei servizi - ritiene l'esigenza di uno stabilimento compatibile con l'art. 59, qualora sia provato che costituisca una condizione indispensabile per raggiungere l'obiettivo di interesse generale perseguito²⁴. La Corte ha espressamente escluso che il carattere temporaneo della prestazione venga meno, per il fatto che il prestatore si doti nello Stato membro ospitante di una determinata infrastruttura (compreso un ufficio o uno studio), se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione di cui trattasi²⁵.

Nel caso *Gebhard* la Corte ha fondato la distinzione tra stabilimento e libera prestazione di servizi sul carattere temporaneo delle attività, precisando che lo stesso deve essere valutato non soltanto in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità di questa²⁶. Occorre sottolineare che questi criteri sono alternativi e non cumulativi; pertanto, attività puntuali di breve durata potrebbero nondimeno costituire stabilimento, se presentano una certa regolarità o, quantomeno, periodicità. La prestazione di servizi, d'altro canto, deve avere un qualcosa di episodico ed irregolare²⁷.

lutarario nazionale, 1984, p. 481), in cui si affermava che i turisti, i fruitori di cure mediche e coloro che effettuano viaggi di studio o di affari devono essere considerati destinatari di servizi.

²² Cfr. POCAR, *Commentario breve*, cit. *supra*, nota 19, p. 281.

²³ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 4 dicembre 1986 in causa n. 205/84, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 1986, p. 3755, punto 21.

²⁴ Cfr. sentenze della Corte di giustizia: *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, loc. cit., punto 52; del 28 gennaio 1992 in causa n. C-204/90, *Bachmann c. Stato belga*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 249, punto 32; ma anche prima, tenuto conto delle speciali caratteristiche delle prestazioni di servizi: cfr. sentenze della Corte di giustizia: del 3 dicembre 1974 in causa n. 33/74, *Van Binsbergen c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, in *Raccolta*, 1974, p. 1299, punti 11 e 12 e del 26 novembre 1975 in causa n. 39/75, *Coennen ed altri c. sociaal-economische Raad*, in *Raccolta*, 1975, p. 1547, punti 7/8 e 9/10.

²⁵ Cfr. sentenze della Corte di giustizia: *Gebhard*, cit. *supra*, nota 15, punto 27; del 7 marzo 2002 in causa n. C-145/99, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 2235, punto 22 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 511.

²⁶ Cfr. sentenza *Gebhard*, loc. cit., punto 27.

²⁷ Cfr. HATZOPOULOS, *Recent developments*, cit. *supra*, nota 14, p. 45.

La valutazione sul carattere temporaneo dell'attività spetta al giudice nazionale²⁸; inoltre, le disposizioni del capo relativo ai servizi hanno carattere subordinato, perché presuppongono che prestatore e destinatario del servizio siano stabiliti in Stati membri differenti e perché trovano applicazione solo se non si applicano le disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento²⁹.

I criteri di differenziazione finora delineati, comunque, sono ambivalenti e non è sempre facile distinguere le due modalità di circolazione. Come si è visto, il riferimento ad una determinata sede operativa³⁰ non è sempre utile per distinguere tra stabilimento e libera prestazione dei servizi e non sarebbe comunque adatto per quelle attività che si possono prestare anche a distanza³¹. Circa il criterio temporale, non è sempre agevole attribuire una precisa connotazione alla durata dell'attività. Una presenza prolungata nel territorio dello Stato non conduce necessariamente allo stabilimento dell'operatore; inoltre, una regolare, frequente prestazione di servizi può impercettibilmente slittare in una situazione di stabilimento³².

La distinzione non sempre netta tra le due libertà considerate accentua il rischio di un loro uso distorto. In mancanza di armonizzazione, le norme comunitarie potrebbero essere invocate per eludere l'applicazione di legislazioni nazionali sfavorevoli o per beneficiare della legislazione più favorevole di altri Stati membri, sfruttando il meccanismo del mutuo riconoscimento, su cui si fonda la disciplina della libera prestazione dei servizi.

Tale sarebbe il caso, per esempio, del professionista che ricorra alla libera prestazione dei servizi, anziché allo stabilimento, per sottrarsi alle norme sull'esercizio della sua professione, la cui osservanza gli sarebbe imposta qualora si stabilisse nello Stato di destinazione; o anche il caso del prestatore di servizi che scelga di stabilirsi, solo formalmente, nello Stato membro in cui le condizioni di accesso all'attività siano meno restrittive, per poi esercitare in libera prestazione dei servizi in qualsiasi altro Stato membro³³.

²⁸ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1996 in causa n. C-3/95, *Broede c. Gerd Sandker*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 6511, punto 22 e annotata in questa *Rivista*, 1997, p. 481.

²⁹ Cfr. sentenza *Gebhard*, cit. *supra*, nota 15, punto 22.

³⁰ Oltre alle sentenze della Corte di giustizia citate sopra, relativamente al possesso di un'infrastruttura, il Consiglio ha affermato che l'acquisizione di un immobile non implica necessariamente che si tratti di una fattispecie di stabilimento: cfr. GREPPI, *Stabilimento e servizi*, cit. *supra*, nota 14, p. 496.

³¹ Peraltro sempre più numerose, considerando gli attuali sviluppi e sofisticazione dei servizi. Tuttavia, con riferimento ai servizi della società dell'informazione esistono una serie di direttive che stanno delineando un vero e proprio sistema normativo. Tra queste la direttiva n. 2000/31 sul commercio elettronico (in *Guce* n. L 178 del 17 luglio 2000, p. 1 ss.) disciplina anche i servizi prestati dai liberi professionisti e fissa dei principi per la definizione del luogo di stabilimento e del diritto applicabile.

³² Cfr. GREPPI, *Stabilimento e servizi*, loc. cit., nota 14, p. 494.

³³ Soprattutto dopo la sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 1997 in causa n. C-56/96, *VT4 Ltd c. Vlaamse Gemeenschap*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3143, punto 22, secondo cui non è esclusa l'applicabilità delle norme relative alla libera prestazione di servizi a coloro che, pur essendo stabiliti in

A tal proposito la Corte di giustizia ha affermato che non può essere negato ad uno Stato membro il diritto di prendere tutte le misure appropriate per impedire di sottrarsi abusivamente agli obblighi di legge, sfruttando le libertà garantite dal Trattato³⁴.

II. L'attuazione giurisprudenziale della libera circolazione dei professionisti

1. *Prima attuazione di stabilimento e libera prestazione dei servizi: diretto effetto e divieto di discriminazioni in base alla nazionalità*

Il Trattato prevede per il diritto di stabilimento e per la libera prestazione di servizi analoghe tecniche di liberalizzazione, vietando ogni nuova misura restrittiva³⁵ e vincolando gli Stati membri e le istituzioni comunitarie alla

uno Stato membro, forniscono dei servizi esclusivamente a beneficiari di altri Stati membri.

Con tale sentenza la Corte di giustizia modifica il suo precedente orientamento che, invece, richiedeva al prestatore di servizi di operare già in uno Stato membro, secondo le leggi di tale Stato, per poter esportare i suoi servizi in un altro Stato membro, avvalendosi del mutuo riconoscimento (si veda sentenza *Säger*, cit. *supra*, nota 13, punto 12).

³⁴ Cfr. sentenze della Corte di giustizia: *Van Binsbergen*, cit. *supra*, nota 24, punto 13; del 3 febbraio 1993 in causa n. C-148/91, *Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 487, punto 12 e annotata in questa *Rivista*, 1994, p. 73.

Tuttavia, la giurisprudenza sull'applicazione fraudolenta del diritto comunitario non è ancora pienamente sviluppata. La Corte di giustizia si è astenuta, generalmente, dal fornire veri e propri parametri per le situazioni abusive e solo con la sentenza del 9 marzo 1999 in causa n. C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs – og Selskabsstyrelsen*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 1459 e annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 488, si è occupata coerentemente del problema.

Con tale pronuncia la Corte ha conferito piena effettività al diritto di stabilimento a titolo secondario, legittimando la possibilità di evitare l'applicazione delle norme dello Stato ospitante, relative alla costituzione di società, se più severe rispetto a quelle dello Stato di incorporazione (con riferimento, per esempio, alla liberazione di un capitale sociale minimo). Ciò, peraltro, non comporta l'applicazione incondizionata della legge dello Stato di costituzione della società; infatti, non è escluso che lo Stato ospitante possa considerare tali società "nazionali" per fini specifici, quali possono essere quelli tutelati da norme relative all'esercizio di determinate attività professionali (cfr. il punto 26 della sentenza *Centros*). Si tratta, quindi, di integrare la disciplina prevista dalla legge dello Stato di costituzione della società con la disciplina di altri ordinamenti, rilevanti in funzione della tutela di specifici interessi e di particolari situazioni, pregiudicati dalla sola applicazione della legge nazionale della società. Questi temperamenti all'adozione del criterio del *locus incorporationis* sono offerti dalla sentenza nei punti in cui richiama il diritto di uno Stato membro di adottare misure idonee a prevenire o a sanzionare le frodi, purché necessarie, proporzionali, non discriminatorie ed espressione di valori imperativi dello Stato membro interessato.

Tuttavia, nella sentenza *Centros* la Corte non indica quali misure siano idonee a prevenire o a sanzionare le frodi, oltre al semplice rifiuto di registrare la succursale, che rappresenta la negazione stessa del diritto di stabilimento secondario. La sentenza, pertanto, si limita a suggerire la valorizzazione di determinate tecniche, la cui portata applicativa è ancora da esplorare, nell'ambito di una strategia di integrazione alternativa all'armonizzazione e fondata sulla competizione tra regole nazionali.

³⁵ In particolare, negli artt. 53 e 62 del Trattato di Roma era prevista, rispettivamente per stabilimento e libera prestazione dei servizi, una clausola di *stand-still*, che obbligava gli Stati membri a non introdurre nuove restrizioni al grado di libertà effettivamente raggiunto.

graduale soppressione delle restrizioni, nei limiti temporali del periodo transitorio³⁶.

Tuttavia, quest'ultimo obiettivo fissato dal Trattato non è stato conseguito nel termine prescritto. Fino all'adozione del Libro Bianco sul completamento del mercato interno l'emanazione delle direttive di liberalizzazione, di coordinamento normativo e di reciproco riconoscimento dei diplomi ha proceduto a rilento e l'attuazione della libera circolazione è avvenuta soprattutto ad opera della giurisprudenza comunitaria³⁷.

Relativamente alle due libertà considerate, la Corte di giustizia ha innanzitutto riconosciuto il diretto effetto degli articoli che prescrivono l'obbligo di trattamento nazionale³⁸: uno Stato membro deve permettere ai cittadini degli

³⁶ Cioè entro il 1° gennaio 1970. Tale obbligo per gli Stati membri era previsto negli artt. 52, par. 1 e 59, par. 1, mediante una clausola definita di *roll-back*, ora sostituita dal divieto di restrizioni.

Negli artt. 54 e 63 del Trattato CEE, invece, era previsto che le restrizioni esistenti avrebbero dovuto essere abolite attraverso direttive del Consiglio, secondo un Programma Generale progressivo.

I Programmi Generali per la soppressione delle restrizioni al diritto di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi vennero adottati contestualmente il 18 dicembre 1961 (in *Guce* n. 2 del 15 gennaio 1962, p. 36 ss); contenevano un elenco delle restrizioni da eliminare entro il periodo transitorio e degli obiettivi da raggiungere in tema di ingresso, soggiorno ed uscita da ciascuno Stato membro, attraverso l'adozione di apposite direttive.

³⁷ Oltre alle direttive di liberalizzazione già citate, di cui agli artt. 54 e 63 Trattato CEE, negli artt. 57 e 66 (ora 47 e 55) si prevede l'adozione di misure destinate a facilitare l'esercizio delle due libertà, mediante direttive per il reciproco riconoscimento dei diplomi e per il coordinamento delle norme nazionali relative all'accesso ed all'esercizio delle attività non salariate.

Le istituzioni comunitarie hanno emanato, negli anni, direttive per singole attività di servizi, volte ad eliminare le restrizioni ed a coordinare ed armonizzare le legislazioni nazionali. Tuttavia, questa attività ha proceduto a rilento, per le difficoltà ad individuare le singole attività, per la riluttanza dei Governi ad accettare una limitazione della propria sovranità a favore di un'armonizzazione, per le implicazioni in tema di sovranità economica e di controllo dei flussi commerciali internazionali. Si veda GREPPI, *Stabilimento e servizi*, cit. *supra*, nota 14, p. 497.

In presenza di tali difficoltà è stato determinante l'intervento in via pregiudiziale della Corte di giustizia, per chiarire la portata delle norme del Trattato ed il ruolo delle direttive per il perseguimento degli obiettivi del Trattato.

³⁸ Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 21 giugno 1974 in causa n. 2/74, *Reyners c. Stato belga*, in *Raccolta*, 1974, p. 631, e *Van Binsbergen*, cit. *supra*, nota 24.

Con la sentenza *Reyners* la Corte ha precisato la portata del riconoscimento dell'efficacia diretta degli articoli che prescrivono l'obbligo di trattamento nazionale in relazione al diritto di stabilimento. In particolare, il Consiglio di Stato belga chiedeva se, alla fine del periodo transitorio, l'art. 52 costituisse norma direttamente efficace, nonostante la mancata adozione delle direttive previste dagli artt. 54, par. 2 e 57, par. 1. La Corte ha chiarito che con lo scadere del periodo transitorio l'art. 52 ha posto una precisa obbligazione di risultato, non condizionata dall'attuazione di un programma di misure normative gradualmente. La mancata adozione delle direttive non impedisce alla norma del Trattato di avere un'efficacia diretta. Dopo la fine del periodo transitorio, le direttive contemplate dal capo relativo al diritto di stabilimento sono divenute superflue per l'attuazione della norma del trattamento nazionale, ormai sancita, con efficacia diretta, dal Trattato stesso. Le direttive, invece, mantengono un campo di applicazione importante nel settore delle misure dirette a favorire ed a facilitare l'effettivo esercizio del diritto di stabilimento.

Nella successiva sentenza *Van Binsbergen* la Corte ha applicato la medesima impostazione alla libertà di prestazione di servizi, con riferimento agli artt. 59, par. 1, 60, par. 3 ed alle direttive previste nel capo sui servizi; l'applicazione dell'art. 59, subordinata durante il periodo transitorio all'emanazione di direttive, scaduto il termine non è più sottoposta ad alcuna condizione.

Il riconoscimento del diretto effetto degli articoli che prescrivono l'obbligo del trattamento nazionale ha comportato che, con la scadenza del periodo transitorio, non era più necessario emanare direttive di liberalizzazione. Quelle, invece, di coordinamento e di mutuo riconoscimento, con lo scopo di facilitare l'esercizio delle libertà, potevano ancora realizzare l'obiettivo di una concreta ed

altri Stati membri di stabilirsi o di prestare i loro servizi sul suo territorio, alle stesse condizioni imposte ai propri cittadini³⁹. Ogni discriminazione basata sulla nazionalità, quindi, è vietata⁴⁰.

La giurisprudenza comunitaria ha svolto un ruolo fondamentale nel definire la portata del divieto di discriminazioni, per adattarlo alla progressiva realizzazione del mercato interno. Secondo un'interpretazione teleologica comune alle tre libertà personali di circolazione⁴¹, sono vietate non solo le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza (o alla nazionalità, per le persone giuridiche), come espressamente previsto dal Trattato, ma anche qualsiasi discriminazione dissimulata che, basandosi su altri criteri di distinzione, pervenga al medesimo risultato⁴².

Tra i criteri, diversi dalla cittadinanza, che possono dissimulare una discriminazione vietata dal diritto comunitario, il più frequente è quello della residenza (o dello stabilimento, per le persone giuridiche): infatti, pur se operi nei confronti dei cittadini dello Stato di destinazione, riguarda comunque essenzialmente gli stranieri, che più probabilmente risiedono altrove⁴³.

effettiva applicazione dei diritti considerati.

³⁹ Il principio del trattamento nazionale riguarda non soltanto le normative che impediscano o condizionino l'accesso e/o l'esercizio di attività economiche o professionali, ma anche quelle comunque strumentali all'esercizio di tali attività. Sono, per esempio, incompatibili con il diritto comunitario le normative che escludano i cittadini di altri Stati membri dal diritto di acquistare o di godere beni immobili (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 1989 in causa n. 305/87, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*, in *Raccolta*, 1989, p. 1461, punti da 20 a 23), oppure quelle che escludano i non cittadini dall'accesso alle agevolazioni pubbliche in fatto di alloggio (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 14 gennaio 1988 in causa n. 63/86, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1988, p. 29, punto 29).

⁴⁰ Sebbene il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, sancito in via generale nell'art. 12 CE, si traduca spesso nel principio del trattamento nazionale, come negli artt. 39, par. 3, 40, lett. c., 43, par. 2, 50, par. 3, le due nozioni sono distinte.

Innanzitutto la portata applicativa dei due principi non è la stessa, poiché solo quello di non discriminazione vieta anche le discriminazioni orizzontali (cioè tra stranieri, cittadini di Stati membri diversi) e poiché il riferimento ad un trattamento nazionale potrebbe mancare, se non esistesse alcuna disposizione in tal senso nella legislazione nazionale in causa.

Inoltre, dall'analisi della giurisprudenza comunitaria si ricava che l'applicazione della regola del trattamento nazionale rischi di produrre effetti manifestamente discriminatori, se non è completata dal principio di equivalenza e mutuo riconoscimento.

⁴¹ Durante gli anni '70 e '80 la giurisprudenza comunitaria riteneva che la libera circolazione dei lavoratori, il diritto di stabilimento e la libera prestazione dei servizi si fondassero sullo stesso divieto di discriminazione in base alla nazionalità e che gli artt. 48, 59 e 65 fossero un'applicazione del divieto generale di cui all'art. 7 Trattato CEE. Cfr. sentenze della Corte di giustizia: del 7 luglio 1976 in causa n. 118/75, *Watson e Belmann*, in *Raccolta*, 1976, p. 1185, punto 9; del 13 dicembre 1984 in causa n. 251/83, *Haug-Adrión c. Frankfurter Versicherungs-ag*, in *Raccolta*, 1984, p. 4277, punto 18.

A partire dagli anni '90 la Corte di giustizia ha spinto i servizi verso un'ulteriore liberalizzazione, superando il divieto di non discriminazione ed orientandosi verso l'abolizione di qualsiasi restrizione, sia pure non discriminatoria. Gli sviluppi giurisprudenziali confermano, comunque, la tendenza a disciplinare le tre libertà personali di circolazione secondo un unico insieme di regole, pur variando le condizioni pratiche di attuazione.

⁴² Costante giurisprudenza della Corte di giustizia, a partire dalla sentenza del 12 febbraio 1974 in causa n. 152/73, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, in *Raccolta*, 1974, p. 153, punto 11.

⁴³ Cfr. sentenze della Corte di giustizia: del 15 gennaio 1986 in causa n. 41/84, *Pinna c. Caisse*

Rientrano nel divieto di discriminazione anche quelle forme di disparità di trattamento che solo indirettamente dipendono dalla residenza e, di conseguenza, dalla cittadinanza degli interessati⁴⁴.

d'allocations familiales de la Savoie, in *Raccolta*, 1986, p. 1, punti 23 e 24; dell'8 maggio 1990 in causa n. C-175/88, *Biehl c. Administration des contributions*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 1779, punto 14; del 14 febbraio 1995 in causa n. C-279/93, *Finanzamt Koeln-Alstadt c. Schumacker*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 225, punti 28 e 29.

Quest'ultima decisione ha aperto una breccia nell'ambito della tradizionale distinzione tra soggetti residenti e non, alla base del diritto fiscale internazionale e del diritto interpretativo dei trattati fiscali. Infatti, in materia fiscale la cittadinanza e la nazionalità non sono più elementi per la determinazione delle obbligazioni tributarie, mentre è la residenza che svolge un ruolo fondamentale, sia nell'ambito di un sistema a tassazione mondiale, sia territoriale, ai fini della "localizzazione" del reddito. Cfr. MARINO, *La residenza*, in UCKMAR (coordinato da), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, Cedam, 1999, p. 207 ss.

La situazione transfrontaliera comunitaria rappresenta, invece, un caso a parte, in considerazione delle caratteristiche di integrazione economica e politica dell'UE. Infatti, anche in materia fiscale la Corte di giustizia ha affermato non solo il divieto di discriminazione tra persone sulla base della cittadinanza, ma addirittura, in taluni casi, sulla base della residenza, offrendo la prospettiva di una visione unitaria della residenza, considerando che nell'UE esistono residenze più o meno vantaggiose.

Nel caso *Schumacker*, in particolare, un cittadino belga non percepiva redditi significativi nello Stato di residenza (Belgio) e traeva, invece, la parte essenziale delle sue risorse imponibili da un'attività di lavoro subordinato svolta in un altro Stato membro (Germania). Poiché la disciplina tributaria del Belgio, Stato di residenza, non consentiva tutte quelle agevolazioni derivanti dalla presa in considerazione della situazione personale e familiare del contribuente, la Corte di giustizia ha ritenuto che l'applicazione della normativa dello Stato membro ospitante - che tassava in misura maggiore i non residenti - fosse incompatibile con il diritto comunitario, non sussistendo alcuna obiettiva diversità di situazione, tale da giustificare una disparità di trattamento.

Tuttavia, è stato notato come sia difficile circoscrivere il caso *Schumacker* nella definizione giuridica di discriminazione, poiché la posizione soggettiva del non residente è condizionata dalla disciplina legislativa e/o amministrativa dello Stato d'origine e di residenza. Mancherebbe, quindi, il presupposto giuridico fondamentale della discriminazione, costituito dalla comparazione limitata ad un unico ordinamento giuridico. Si veda BIZIOLI, *Evoluzione del diritto di stabilimento*, cit. *supra*, nota 18, p. 396 ss.

Potrebbe trattarsi, invece, di un'applicazione qualitativamente diversificata del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento.

Partendo dal presupposto che la situazione soggettiva del contribuente deve sempre essere presa in considerazione e constatando che ciò non può essere fatto dallo Stato di origine - normalmente competente - poiché l'individuo in questione ottiene la totalità dei suoi redditi nel territorio dello Stato di destinazione, la Corte conclude che quest'ultimo Stato deve riconoscere la situazione soggettiva del contribuente.

Questa obbligazione dello Stato di destinazione sembra derivare da un principio di equivalenza e mutuo riconoscimento di sostituzione, secondo cui lo Stato membro di destinazione deve riconoscere e dare effetto ad una situazione non perché già riconosciuta dallo Stato membro di origine, ma perché non può esserlo. Si veda HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. *supra*, nota 9, p. 320 s.

⁴⁴ La Corte di giustizia ha espressamente riconosciuto che una norma nazionale, che escluda la possibilità di deduzione fiscale dei premi assicurativi versati ad una compagnia straniera, rischi di essere sfavorevole soprattutto per i cittadini residenti in altri Stati membri. Infatti, sono questi ultimi che concludono generalmente i loro contratti con compagnie assicurative stabilite nel proprio Stato di residenza. Cfr. sentenza *Bachmann*, cit. *supra*, nota 24, punto 9.

Nel caso specifico, tuttavia, la norma dell'ordinamento belga è giudicata compatibile con il diritto comunitario, poiché il diverso trattamento è giustificato dalla necessità di garantire la coerenza del sistema fiscale.

Prima di questa sentenza - e fino alla sentenza del 30 maggio 1989 in causa n. 33/88, *Allué e Coonan c. Università degli Studi di Venezia*, in *Raccolta*, 1989, p. 1591, in materia di libera circolazione delle persone - la Corte di giustizia, quando constataba una differenza di trattamento tra lavoratori nazionali e comunitari, fondata direttamente o indirettamente sulla nazionalità, riteneva subito discriminatoria la misura nazionale, senza verificare se la differenza di trattamento indirettamente discriminatoria potesse essere giustificata da una circostanza obiettiva. A partire dalle citate sentenze, invece, la Corte di giustizia esamina se una discriminazione indiretta nell'esercizio del-

Analogamente, costituiscono discriminazioni indirette le condizioni indistintamente applicabili, che possono essere soddisfatte più agevolmente dai cittadini nazionali che da quelli comunitari⁴⁵.

Con specifico riferimento alle professioni, i titoli di studio possono costituire criterio di discriminazione. Infatti, in assenza di armonizzazione, la disciplina dell'esercizio delle attività professionali ricade nella sfera di competenza degli Stati membri⁴⁶, che possono subordinare l'accesso e l'esercizio della professione alla sussistenza di requisiti e condizioni (quali il possesso di diplomi, certificati o attestazioni delle autorità nazionali) di per sé non formalmente discriminatori, ma di fatto più difficilmente accessibili agli stranieri⁴⁷.

Sino agli anni Novanta la Corte di giustizia non è andata oltre il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità, neppure nell'ambito della libera

le libertà considerate possa essere giustificata da una ragione imperativa, sebbene nessuna disposizione comunitaria preveda tale motivo di giustificazione. Si veda MARTIN, "Discriminations", "en-traves" et "raisons impérieuses" dans le Traité CE: trois concepts en quête d'identité, in *Cah. dr. eur.*, 1998, p. 616.

⁴⁵ Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 10 marzo 1993 in causa n. C-111/91, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato di Lussemburgo*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 817, punto 10, e del 4 ottobre 1991 in causa n. C-349/87, *Paraschi c. Landesversicherungsanstalt Werttemberg*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4501, punto 23; entrambe in materia di libera circolazione dei lavoratori.

⁴⁶ Cfr. sentenze della Corte di giustizia: del 12 luglio 1984 in causa n. 107/83, *Ordine degli avvocati del foro di Parigi c. Klopp*, in *Raccolta*, 1984, p. 2971, punti 17 e 18; del 19 gennaio 1988 in causa n. 296/86, *Gullung c. Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Colmar e Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Saverne*, in *Raccolta*, 1988, p. 111, punto 28; del 29 ottobre 1998 in cause riunite n. C-193/97 e n. C-194/97, *De Castro Freitas ed Escallier c. Ministre des Classes moyennes et du Tourisme*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 6747, punto 23 e annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 287.

⁴⁷ Tali imposizioni, diverse da Stato a Stato, avrebbero impedito ad una persona stabilita in uno Stato membro di prestare un'attività in un altro Stato membro, se non dopo aver soddisfatto, con evidente difficoltà, tutte le condizioni previste in quest'ultimo.

Il problema è stato risolto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Vlassopoulou* (del 7 maggio 1991 in causa n. C-340/89, *Vlassopoulou c. Ministerium Fuer Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Wuerttemberg*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 189 e in questa *Rivista*, 1992, p. 663 con commento di POMA, *La libera circolazione dei professionisti e il riconoscimento dei titoli di studio*, p. 669 ss.), che riprende ampiamente dei principi già definiti in una sentenza del 1987 relativa alla libera circolazione di un lavoratore dipendente (sentenza della Corte di giustizia del 15 ottobre 1987 in causa n. 222/86, *UNECTEF c. Heylens ed altri*, in *Raccolta*, 1987, p. 4097, punto 13). In particolare, le autorità dello Stato membro in cui il cittadino comunitario intende stabilirsi sono tenute a prendere in considerazione i diplomi, certificati ed altri titoli di cui il professionista migrante sia in possesso e la sua esperienza professionale, procedendo ad un raffronto tra le competenze attestate da questi diplomi e le conoscenze e le qualifiche richieste dalle norme nazionali. A seguito di tale raffronto le autorità possono richiedere, ove necessario, una compensazione nella forma di un periodo di prova o di esami supplementari.

La sentenza in esame è interessante poiché deduce l'obbligo degli Stati di tenere conto delle qualifiche già acquisite in un altro Stato membro direttamente dal Trattato, non essendo ancora applicabile la direttiva n. 89/48, istitutiva di un sistema generale di riconoscimento dei diplomi. Pertanto, la sentenza *Vlassopoulou* enuncia un principio insito nelle libertà fondamentali del Trattato (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 2000 in causa n. C-238/98, *Hocsman c. Ministre de l'Emploi et de la Solidarité*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6623, punto 24) e valido per tutte le professioni non assoggettate ad una normativa specifica. Si veda MORVIDUCCI, *Professioni*, in CHITI - GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 1015 s.

prestazione dei servizi⁴⁸, pur avendo esteso la portata del divieto alle discriminazioni indirette. Negli stessi anni, la giurisprudenza comunitaria ha delimitato il campo di applicazione del trattamento nazionale, contemperando tale regola con il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento, al fine di evitare effetti manifestamente discriminatori.

In particolare, la Corte di giustizia ha superato la regola del trattamento nazionale, quando limitativo della libertà di circolazione⁴⁹, e ne ha definito la portata applicativa, soprattutto con riferimento alla libera prestazione dei servizi⁵⁰. Il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità, infatti, non comporta che ai prestatori di servizi si applichi qualsiasi disciplina nazionale dello Stato di destinazione, incluse le norme relative ad attività permanenti e non temporanee⁵¹.

⁴⁸ Per un'esplicita limitazione al divieto di discriminazione in base alla nazionalità anche con riferimento alla libera prestazione dei servizi, si veda sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 1980 in causa n. 52/79, *Procuratore del Re c. Debauve ed altri*, in *Raccolta*, 1980, p. 833, punto 16.

In questa prima fase dell'elaborazione giurisprudenziale la libera prestazione dei servizi è sottoposta alla regola del trattamento nazionale, sebbene "corretto": la prestazione è disciplinata, in via di principio, dalla legislazione dello Stato di destinazione, salvo che per quelle misure che non sarebbe ragionevole imporre ai prestatori stranieri, già sottoposti ad una regolamentazione analoga nello Stato di origine.

Solo a partire dalle sentenze sulle guide turistiche (cfr. sentenze della Corte di giustizia del 26 febbraio 1991: in causa n. C-154/89, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 659; in causa n. C-180/89, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 709; in causa n. C-189/89, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4539) la disciplina della libera prestazione dei servizi va oltre il divieto di discriminazione, prevedendo l'eliminazione di qualsiasi restrizione, anche indistintamente applicabile. Secondo il nuovo orientamento giurisprudenziale le norme dello Stato di destinazione regolano la prestazione solo in via eccezionale, quando obiettivamente necessarie e proporzionali ad alcuni scopi di interesse generale, non sufficientemente protetti dalla legislazione a cui è sottoposto il prestatore nello Stato d'origine. Si veda HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. *supra*, nota 9, p. 125 ss.

⁴⁹ Cfr. sentenza *Klopp*, cit. *supra*, nota 46, punto 18. In questa decisione la Corte ha giudicato incompatibile con il diritto di stabilimento l'applicazione anche agli avvocati stranieri delle norme francesi, che impongono di avere un unico domicilio professionale. Pertanto, in alcuni casi opera una sorta di discriminazione a rovescio, che privilegia i professionisti comunitari rispetto a quelli nazionali.

⁵⁰ Infatti, la natura temporanea della prestazione ed il legame naturale che il prestatore conserva con il proprio Stato di origine possono escludere l'integrale applicazione della normativa dello Stato di destinazione, per la difficoltà delle autorità nazionali ospitanti di esercitare efficacemente la funzione di controllo e per evitare un'inaccettabile duplicazione di requisiti e controlli.

Tuttavia, la limitazione della portata del trattamento nazionale ha riguardato anche il diritto di stabilimento e la libera circolazione dei lavoratori. La giurisprudenza comunitaria degli anni '70 e '80 ha ammesso che condizioni specifiche siano applicate ai cittadini di altri Stati membri, senza che per tale diverso trattamento le misure dello Stato ospitante siano considerate discriminatorie. In particolare, l'applicazione di norme secondo criteri obiettivi non costituisce discriminazione (si vedano le sentenze della Corte di giustizia *Watson*, cit. *supra*, nota 41, punto 22, e del 12 dicembre 1989 in causa n. 265/88, *Messner*, in *Raccolta*, p. 4209, punti 8 e 11 e annotata in questa *Rivista*, 1990, p. 56, relativamente all'obbligo dei cittadini di altri Stati membri di denunciare la presenza alle autorità dello Stato ospitante) e differenze obiettive di situazione giustificano un diverso trattamento (si veda la sentenza della Corte di giustizia del 28 gennaio 1986 in causa n. C-270/83, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 1986, p. 273, punto 20, in cui la mancanza di una differenza obiettiva giustificativa porta a qualificare la misura nazionale discriminatoria).

⁵¹ È impensabile, quindi, che il prestatore di servizi debba soddisfare tutte le condizioni di accesso ed esercizio imposte dalla legislazione dello Stato membro di destinazione. Cfr. sentenza del-

La Corte di giustizia ha precisato l'entità ed i limiti delle misure restrittive che lo Stato di destinazione può imporre, soprattutto con riferimento alla libera prestazione di servizi⁵². Tenuto conto delle speciali caratteristiche di talune prestazioni, non si possono considerare incompatibili con il Trattato le condizioni specifiche imposte al prestatore, motivate dall'interesse generale ed obbligatorie nei confronti di tutte le persone e le imprese che esercitino la propria attività sul territorio di tale Stato, nella misura in cui tale interesse non risulti garantito dalle norme a cui il prestatore di servizi è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito⁵³. Tra le più frequenti esigenze di interesse generale, che giustificano l'imposizione di condizioni specifiche, rientrano la tutela dei destinatari della prestazione, il controllo del rispetto delle regole professionali, come anche la preoccupazione che la libertà di prestazione dei servizi possa essere utilizzata per eludere regole applicabili in caso di stabilimento.

Nel definire i limiti entro cui devono essere circoscritte le condizioni specifiche, la Corte di giustizia applica il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento. Il primo chiaro riferimento è contenuto nella sentenza *Van Wesemael*, secondo cui, qualora l'esercizio di un'attività sia subordinato al rilascio di una licenza ed al controllo delle autorità competenti nello Stato di origine ed in quello di destinazione, quest'ultimo Stato potrà imporre al prestatore condizioni specifiche⁵⁴ solo se obiettivamente necessarie. Non sarà tale l'imposizione, se le condizioni di rilascio della licenza siano le stesse nei due Stati membri e se le attività siano soggette ad un controllo adeguato nello Stato di origine⁵⁵.

la Corte di giustizia del 17 dicembre 1981 in causa n. 279/80, *Webb*, in *Raccolta*, 1981, p. 3305, punto 16.

⁵² Negli stessi anni la Corte di giustizia ammetteva misure nazionali limitative del diritto di stabilimento. Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 1977 in causa n. 71/76, *Thieffry c. Conseil de l'Ordre des avocats à la Cour de Paris*, in *Raccolta*, 1977, p. 765, punto 15/16, con riferimento alla necessità che la libertà di stabilimento rispetti le norme professionali giustificate dal pubblico interesse.

⁵³ Cfr. sentenze della Corte di giustizia: *Van Binsbergen*, cit. *supra*, nota 24, punto 12; *Coenen*, cit. *supra*, nota 24, punto 9/10; del 18 gennaio 1979 in cause riunite n. 110 e n. 111/78, *Pubblico ministero e Chambre syndicale des agents artistiques et impresarii de Belgique, ASBL c. Van Wesemael*, in *Raccolta*, 1979, p. 35, punto 28; *Debaue*, cit. *supra*, nota 48, punto 12; *Webb*, cit. *supra*, nota 51, punto 17.

Da queste sentenze emerge che l'esistenza di esigenze imperative connesse con l'interesse generale era presa in considerazione anche prima che la giurisprudenza si orientasse verso l'abolizione di qualsiasi ostacolo ingiustificato (si confronti il paragrafo successivo) e addirittura prima dell'introduzione ufficiale della teoria delle esigenze imperative, con *Cassis de Dijon*.

Tuttavia, mentre fino agli anni '80 la valutazione di esigenze specifiche di interesse generale o di circostanze obiettive avveniva prima di concludere sul carattere discriminatorio della misura nazionale, a partire dagli anni '90 la Corte di giustizia prima accerta l'esistenza di una restrizione e successivamente, nel caso di misure indistintamente applicabili - ma non solo -, esamina se ragioni imperative di interesse generale giustificano la norma e se la restrizione sia oggettivamente necessaria e proporzionata allo scopo perseguito.

⁵⁴ Quali l'obbligo di soddisfare le condizioni nazionali o di passare per il tramite di un altro soggetto, titolare della licenza nello Stato di destinazione.

⁵⁵ Cfr. sentenza *Van Wesemael*, cit. *supra*, nota 53, punti 29 e 30.

Questo ragionamento sottintende un sistema di mutuo riconoscimento, sebbene la Corte abbia evitato di pronunciarsi in modo generale sull'esistenza di un principio di equivalenza e mutuo riconoscimento.

2. *Dal divieto di discriminazioni in base alla nazionalità all'abolizione di qualsiasi ostacolo ingiustificato alla libera circolazione*

A partire dalla fine degli anni Ottanta, gli sviluppi giurisprudenziali in tema di libera prestazione dei servizi, prima, e di stabilimento, poi, rivelano connotazioni analoghe a quelle già elaborate dalla Corte di giustizia per la libera circolazione delle merci.

Il nuovo orientamento riflette l'approccio espansivo adottato nella sentenza *Dassonville*⁵⁶, che tende ad eliminare ogni restrizione, anche non discriminatoria, che si risolva in un ostacolo alla libera circolazione delle merci. La correlata giurisprudenza in tema di stabilimento e di libera prestazione dei servizi allarga il campo di applicazione del divieto di cui agli artt. 52 e 59 Trattato CEE, considerando incompatibili con il diritto comunitario non solo le misure nazionali discriminatorie, in fatto o in diritto, ma anche quelle che, sebbene applicabili senza alcuna distinzione in base alla nazionalità, sono suscettibili di ostacolare o rendere meno agevole, da parte dei cittadini comunitari, l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato⁵⁷.

La stessa conclusione di incompatibilità con il diritto comunitario si trova nella sentenza *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, cit. *supra*, nota 23, punto 65, relativamente al requisito dell'autorizzazione imposto dalla legislazione tedesca alle imprese di assicurazione di altri Stati membri che agiscano in prestazione di servizi nel territorio tedesco.

Nel caso *Webb* (cit. *supra*, nota 51), invece, i risultati dell'applicazione del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento sono diversi. Nonostante l'attività (fornitura di manodopera) sia sottoposta ad un regime di autorizzazione amministrativa sia nello Stato di origine sia in quello di destinazione, non si può negare a quest'ultimo il diritto di imporre agli stranieri l'obbligo di munirsi di una licenza, rilasciata secondo gli stessi criteri vigenti per i cittadini, qualora i presupposti per il rilascio nei due Stati membri siano diversi. In tale sentenza, il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento trova un'applicazione più moderata, per l'incidenza che avrebbe sul mercato del lavoro e sui suoi legami diretti con le fluttuazioni di disoccupazione ed inflazione. Cfr. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. *supra*, nota 9, p. 140 ss.

⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1974 in causa n. 8/74, *Dassonville*, in *Raccolta*, 1974, p. 837, punti 4 e 5.

⁵⁷ In materia di stabilimento si veda già sentenza della Corte di giustizia del 7 luglio 1988 in causa n. 143/87, *Stanton e SA Belge d'assurances "L'Étoile 1905" c. Inasti*, in *Raccolta*, 1988, p. 3877, punti 13 e 14. Tuttavia, il nuovo orientamento è evidente a partire dalla sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1993 in causa n. C-19/92, *Kraus c. Land Baden-Wuerttemberg*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 1663, punto 32 e in questa *Rivista*, 1995, p. 87 con commento di ADOBATI, *Laurea ed accesso alla libera professione nell'Unione europea*, p. 91 ss.; successivamente, si veda la sentenza *Gebhard*, cit. *supra*, nota 15, punto 37.

In materia di libera prestazione dei servizi, invece, l'indirizzo giurisprudenziale che mira ad eliminare qualsiasi ostacolo, anche non discriminatorio, si afferma per la prima volta con le sentenze della Corte di giustizia del 25 luglio 1991 in causa n. C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda ed altri c. Commissariaat voor de Media*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4007, punto 12 e in questa *Rivista*, 1992, p. 341 con commento di FIENGO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla pubblicità radiotelevisiva e la nuova lettura dell'art. 59 del Trattato Cee*, p. 349 ss. nonché, sempre del 25 luglio 1991, sentenza *Säger*, cit. *supra*, nota 13, punto 12. Successivamente, si

Tuttavia, non ogni difficoltà all'esercizio delle libertà di circolazione costituisce restrizione: in mancanza di armonizzazione, uno Stato membro può imporre, direttamente o indirettamente, regole tecniche che non si ritrovano necessariamente negli altri Stati membri⁵⁸; un divieto nazionale non costituisce restrizione solo perché altri Stati membri applicano regole meno severe⁵⁹; gli effetti restrittivi della normativa nazionale sulla libertà di circolazione non devono essere troppo aleatori ed indiretti⁶⁰.

L'orientamento giurisprudenziale in tema di servizi e stabilimento si è ispirato a quello in tema di merci anche con riferimento alla disciplina delle misure restrittive, secondo la formula *Cassis de Dijon*, che ha introdotto il principio di mutuo riconoscimento e la teoria delle esigenze imperative⁶¹. Pertanto, in mancanza di armonizzazione e di un regime di equivalenza, i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro con-

vedano, per esempio, le sentenze *Broede*, cit. supra, nota 28, punto 25, e del 9 luglio 1997 in causa n. C-222/95, *Société civile immobilière Parodi c. Banque H. Albert de Bary et Cie*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3899, punto 18.

Tuttavia, secondo parte della dottrina le prime sentenze che prevedono l'abolizione di qualsiasi restrizione, anche non discriminatoria, si fondano, in realtà, sul divieto di discriminazioni indirette, riproducendo sostanzialmente il ragionamento della giurisprudenza anteriore. Cfr. MARTIN, "Discriminations", *"entraves"*, cit. supra, nota 44, p. 570 ss. e O'LEARY, *The free movement of persons and services*, in CRAIG - DE BURCA (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford University Press, p. 400 ss.

⁵⁸ Cfr. sentenza *Peralta*, cit. supra, nota 12, punto 34.

⁵⁹ Cfr. sentenze della Corte di giustizia: *Peralta*, loc. cit., punto 48; del 10 maggio 1995 in causa n. C-384/93, *Alpine Investments BV c. Minister van Financien*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1141, punto 27.

⁶⁰ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 20 giugno 1996 in cause riunite da n. C-418/93 a n. C-421/93, da n. C-460/93 a n. C-462/93, n. C-464/93, da n. C-9/94 a n. C-11/94, n. C-14/94, n. C-15/94, n. C-23/94, n. C-24/94 e n. C-332/94, *Semeraro Casa Uno Srl c. Comune di Erbusco ed altri*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2975, punto 32.

⁶¹ Sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979 in causa n. 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung Fuer Branntwein*, in *Raccolta*, 1979, p. 649.

Il *Cassis de Dijon* è un liquore francese con un contenuto di alcool dal 15 al 20%. La catena tedesca di negozi *Rewe* intendeva importarlo e venderlo nella Repubblica federale di Germania, dove però era prescritto che i liquori a base di succhi di frutta potevano essere commercializzati solo se contenevano una percentuale di alcool di almeno il 25,5%. Dato che il legislatore comunitario non aveva ancora adottato una normativa sulla produzione ed il commercio di alcool, la Corte di giustizia ha stabilito che spettava agli Stati membri emanare, ciascuno sul proprio territorio, le relative disposizioni, precisando che, conformemente ad una concezione liberista del mercato, i prodotti legalmente fabbricati e posti in commercio in uno Stato membro dovevano poter accedere liberamente ai mercati degli altri Stati membri, salvo che vi ostassero motivi di carattere cogente connessi con la tutela della salute, la correttezza del commercio, la protezione dei consumatori, ecc.

Gli elementi della teoria delle esigenze imperative sono gli stessi in materia di merci e di servizi e consistono nell'esistenza di ragioni legate all'interesse generale, nella natura non discriminatoria della misura, nel suo carattere necessario e proporzionale e nell'applicazione del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento.

Tuttavia, la diversa natura di merci e servizi influisce sul contenuto della teoria delle esigenze imperative, sotto il profilo degli interessi perseguiti e dei soggetti diretti delle misure restrittive. Cfr. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. supra, nota 9, p. 282 ss.

Inoltre il *corpus* di esigenze imperative è applicabile secondo condizioni leggermente differenti anche nel quadro di stabilimento, libera prestazione dei servizi e lavoratori subordinati. Cfr. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, loc. cit., p. 290.

dizioni: applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo⁶².

Con l'elaborazione della teoria delle esigenze imperative la Corte di giustizia distingue tra misure discriminatorie e misure indistintamente applicabili⁶³.

Le prime sono compatibili con il diritto comunitario solo se rientrano tra le eccezioni espressamente previste dal Trattato agli artt. 46 e 55⁶⁴.

Le misure indistintamente applicabili, invece, ammettono giustificazioni anche diverse da quelle espressamente previste dal Trattato, elaborate dalla giurisprudenza comunitaria attraverso la teoria delle esigenze imperative⁶⁵.

Non è chiaro, tuttavia, se le discriminazioni indirette siano disciplinate come misure discriminatorie o indistintamente applicabili.

In materia di libera prestazione dei servizi, alcune sentenze ammettono che le discriminazioni indirette siano giustificate dalle sole eccezioni previste dal Trattato⁶⁶; altre volte, invece, la Corte valuta l'esistenza di esigenze impe-

⁶² Per il diritto di stabilimento, si vedano le sentenze *Kraus*, cit. supra, nota 57, punto 32 e *Gebhard*, cit. supra, nota 15, punto 37. Per la libera prestazione di servizi, si vedano le sentenze *Gouda*, cit. supra, nota 57, punti da 12 a 15 e *Säger*, cit. supra, nota 13, punto 15.

Recentemente la Corte ha riconosciuto che restrizioni alla libera prestazione dei servizi possano essere giustificate anche ex art. 86, par. 2 CE. Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1998 in causa n. C-266/96, *Corsica Ferries France SA c. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova e altri*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3949.

⁶³ Cioè non discriminatorie, né in diritto né in fatto.

Tuttavia, è stato osservato che la progressiva sofisticazione del ragionamento della Corte di giustizia nel determinare la portata e l'estensione delle libertà di circolazione ha creato una confusione terminologica sui concetti di discriminazione e di misura indistintamente applicabile. Si vedano i punti da 29 a 34 delle conclusioni dell'Avvocato Generale TESAURO nella sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 1998 in causa n. C-118/96, *Safir c. Skattemyndigheten i Dalarnas län*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1897, e il punto 50 delle conclusioni dello stesso Avvocato Generale nelle sentenze della Corte di giustizia, anch'esse del 28 aprile 1998, in causa n. C-158/96, *Kohll c. Union des caisses de maladie*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1931, e in causa n. C-120/95, *Decker c. Caisse de maladie des employés privés*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1831; entrambe le sentenze sono annotate in questa *Rivista*, 1999, p. 55. Si veda anche MARTIN, "Discriminations", "entraves", cit. supra, nota 44, p. 628 ss.

⁶⁴ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 1988 in causa n. 352/85, *Bond van Adverteerders ed altri c. Stato dei Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1988, p. 2085, punti 32 e 33.

⁶⁵ Per l'applicabilità della teoria delle esigenze imperative alle sole misure indistintamente applicabili si veda la sentenza della Corte di giustizia del 24 marzo 1994 in causa n. C-275/92, *Her Majesty's customs and excise c. Schindler*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 1039 e annotata in questa *Rivista*, 1994, p. 374, in cui l'Avvocato Generale aveva evitato di esprimersi sull'esistenza di effetti discriminatori della misura nazionale in questione, mentre la Corte ha ritenuto necessario assicurarsi dell'assenza di tali effetti, prima di giudicare la misura giustificata, in applicazione della teoria delle esigenze imperative.

Per un approccio critico all'applicabilità della teoria delle esigenze imperative solo con riferimento alle misure indistintamente applicabili e non anche a quelle discriminatorie si veda, nel parallelo settore delle merci, WEILER, *The Constitution of the Common Market place: text and context in the evolution of the free movement of goods*, in CRAIG - DE BURCA, *The evolution*, cit. supra, nota 57, p. 366.

⁶⁶ Si vedano le sentenze della Corte di giustizia *Bond van Adverteerders*, cit. supra, nota 64, punti 32 e 33 e del 18 giugno 1991 in causa n. C-269/89, *ERT AE e Panellinia omospondia syllogon prossopikou ERT c. DEP ed altri*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2925, punti 22 e 24. In entrambe la

rative anche con riferimento a misure espressamente giudicate discriminatorie⁶⁷; altre sentenze ancora qualificano le discriminazioni indirette come restrizioni, per applicare la teoria delle esigenze imperative rispettando, formalmente, il principio di non discriminazione previsto dal Trattato⁶⁸.

Anche in tema di libertà di stabilimento la giurisprudenza comunitaria ha talvolta applicato la teoria delle esigenze imperative a misure discriminatorie⁶⁹: l'esigenza di coerenza del sistema fiscale degli Stati membri ha giustificato misure fiscali indirettamente discriminatorie⁷⁰; inoltre, nella sentenza *Decker*⁷¹ la Corte di giustizia ha valutato direttamente se la misura restrittiva fosse giustificata da esigenze imperative, senza rispondere alla questione se fosse discriminatoria o meno.

Le esigenze imperative, connesse all'interesse generale e capaci di giustificare restrizioni alle libertà di circolazione, rappresentano una lista giurisprudenziale in costante crescita⁷², con un effetto potenzialmente molto inci-

Corte di giustizia, dopo aver constatato il carattere discriminatorio della misura nazionale, deduce che tali misure non possono essere giustificate se non da una disposizione derogatoria espressa.

⁶⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 3 febbraio 1982 in cause riunite n. 62 e n. 63/81, *Seco e Desquenne et Giral c. Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, in *Raccolta*, 1982, p. 223, punti 9 e 12, successivamente confermata dalle sentenze della Corte di giustizia: del 16 dicembre 1992 in causa n. C-211/91, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 6757, punti 6 e 9; *Corsica Ferries Italia srl, cit. supra*, nota 21, punti 33 e 36; del 14 novembre 1995 in causa n. C-484/93, *Svensson e Gustavsson c. Ministre du logement et de l'urbanisme*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3955, punti 12 e 18 e annotata in questa *Rivista*, 1996, p. 130.

⁶⁸ Si vedano, per esempio, sentenze della Corte di giustizia: *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, *cit. supra*, nota 23, punti 28 e 29; *Commissione c. Repubblica francese*, *cit. supra*, nota 48, punti 13 e 14; del 9 agosto 1994 in causa n. C-43/93, *Vander Elst c. Office des migrations internationales*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3803, punti 14 e 16 e annotata in questa *Rivista*, 1995, p. 332; del 28 marzo 1996 in causa n. C-272/94, *Guiot e Climatec SA*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1905, punti 10 e 11.

⁶⁹ Allo stato attuale, tuttavia, queste sentenze sono considerate eccezionali e si ritiene ancora valida la regola secondo cui la teoria delle esigenze imperative possa giustificare solo misure non discriminatorie. Cfr. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, *cit. supra*, nota 9, p. 272.

⁷⁰ Cfr. le sentenze della Corte di giustizia *Bachmann*, *cit. supra*, nota 24, e in causa n. C-300/90, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 305.

⁷¹ Cfr. sentenza *Decker*, *cit. supra*, nota 63.

⁷² Una loro ricognizione esemplificativa è presente nella sentenza *Gouda*, *cit. supra*, nota 57, punto 14. Tra le esigenze imperative riconosciute dalla Corte di giustizia successivamente a tale sentenza figurano: la tutela della sicurezza stradale (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 1994 in causa n. C-55/93, *Van Schaik*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 4837, punto 19), la protezione della reputazione del settore finanziario nazionale (cfr. sentenza *Alpine Investments BV*, *cit. supra*, nota 59, punto 44), la conservazione di un equilibrio tra società sportive, preservando una certa parità di possibilità e l'incertezza dei risultati (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1995 in causa n. C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL c. Bosman ed altri*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 4921, punto 106 e in questa *Rivista*, 1996, p. 311 con commento di TELCHINI, *Il caso Bosman: diritto comunitario e attività calcistica*, p. 323 ss.), il rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale (cfr. sentenze *Kohll*, *cit. supra*, nota 63, punto 41, e *Decker*, *cit. supra*, nota 63, punto 39) e la protezione dei creditori di una società contro il rischio di insolvenza (cfr. sentenza *Centros*, *cit. supra*, nota 34, punti 32 e 35).

Invece, non possono giustificare ostacoli alle libertà fondamentali di circolazione obiettivi di natura puramente economica (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 5 giugno 1997 in causa n. C-398/95, *SETTG c. Ergasias*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3091, punto 23 e annotata in questa *Rivista*,

sivo sull'ampiezza delle libertà comunitarie.

D'altro canto, però, la Corte di giustizia, per garantire un equilibrio tra l'applicazione della regola comunitaria e la tutela di contrastanti esigenze imperative, focalizza il suo controllo sui due elementi inerenti al principio di proporzionalità: la necessità obiettiva della misura e la sua adeguatezza allo scopo⁷³. In altri termini, lo stesso risultato di tutela dell'interesse generale non deve poter essere conseguito con misure meno restrittive.

Pur avendo una certa rilevanza pratica il criterio della necessità⁷⁴, nella maggior parte dei casi la Corte ricorre a quello dell'adeguatezza, valutato in considerazione della natura del servizio e delle conseguenze di un inadempimento⁷⁵.

Tra gli elementi della teoria delle esigenze imperative rientra anche l'applicazione del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento. Infatti, secondo la giurisprudenza comunitaria una misura nazionale restrittiva non è necessaria e, quindi, giustificata, se l'obiettivo che persegue sia già assicurato dalla legislazione dello Stato di origine del bene o del servizio in considerazione. Solo dopo l'applicazione del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento, qualora manchi un certo grado di equivalenza tra le disposizioni dello Stato d'origine e quello di destinazione, le disposizioni di quest'ultimo

1997, p. 508 ss.) o considerazioni di ordine esclusivamente amministrativo (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 26 gennaio 1999 in causa n. C-18/95, *Terhoeve c. Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/ Ondernemingen buitenland*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 345, punti 44 e 45).

⁷³ Un'illustrazione di questi due elementi del principio di proporzionalità si trova nella sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 2002 in causa n. C-390/99, *Canal Satélite Digital SL c. Administración General del Estrado*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 607. In questa pronuncia, la Corte di giustizia conferma che una procedura di autorizzazione preliminare limita sia la libertà di circolazione delle merci che la libera prestazione dei servizi; tuttavia, per essere giustificata ai fini di tali libertà fondamentali, una simile regolamentazione deve perseguire un obiettivo di interesse generale riconosciuto dal diritto comunitario e rispettare il principio di proporzionalità, vale a dire essere intesa a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito, limitandosi a quanto è necessario per raggiungerlo. In particolare, nei punti da 33 a 43 la Corte precisa i principi a cui una simile procedura di autorizzazione deve essere conforme per essere proporzionata.

Invece, dalla sentenza della Corte di giustizia del 10 settembre 1996 in causa n. C-11/95, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4115, punto 55, si ricava che l'onere di dimostrare, in modo sufficiente e particolareggiato, la necessità e l'adeguatezza della misura nazionale restrittiva grava sugli Stati membri.

Al principio di proporzionalità si riferisce anche un terzo elemento, rappresentato dall'esistenza di ricorsi effettivi. Più ampiamente, si veda HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. *supra*, nota 9, p. 280 ss.

⁷⁴ Si vedano le sentenze della Corte di giustizia *Gouda*, cit. *supra*, nota 57, punto 24, ed in causa n. C-353/89, *Commissione delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4069, punto 42.

⁷⁵ Si veda la sentenza *Säger*, cit. *supra*, nota 13, punto 20.

Valutando questi elementi, per esempio, nelle sentenze sulle guide turistiche la Corte di giustizia conclude per l'illegittimità della misura nazionale: cfr. sentenze *Commissione c. Repubblica francese*, *Commissione c. Repubblica italiana*, *Commissione c. Repubblica ellenica*, tutte cit. *supra*, nota 48.

Al contrario, nella sentenza *Alpine Investments BV*, cit. *supra*, nota 59, la misura restrittiva non appare sproporzionata, in considerazione della complessità dei mercati a termine e della rilevanza delle somme interessate.

potranno essere considerate necessarie e proporzionali allo scopo perseguito.

La teoria delle esigenze imperative, inoltre, opera nel rispetto della *pre-emption* comunitaria, secondo cui gli Stati membri possono legiferare nelle materie di competenza concorrente con la Comunità nella misura in cui la stessa non abbia esercitato le sue prerogative.

Pertanto, un'armonizzazione a livello comunitario della materia limita l'intervento autonomo degli Stati membri. In assenza, invece, di armonizzazione, non è esclusa un'azione unilaterale degli Stati membri, i cui limiti sono determinati in applicazione del principio di proporzionalità, a sua volta fondato sul principio di equivalenza e mutuo riconoscimento.

3. *Il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento nella giurisprudenza comunitaria su stabilimento e libera prestazione dei servizi*

Come visto nel paragrafo precedente, la giurisprudenza comunitaria è passata dal divieto di discriminazioni all'abolizione di qualsiasi ostacolo, allargando il campo di applicazione delle libertà fondamentali e, conseguentemente, del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento⁷⁶. In tutti i settori non armonizzati a livello comunitario o coperti da un'armonizzazione minima o opzionale⁷⁷, il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento rappresenta una tecnica fondamentale di integrazione, nel tentativo di risolvere il problema della frammentazione del mercato interno, dovuto a regolamentazioni differenti, ma parallelamente funzionali, degli Stati membri.

Correlativamente, la Corte ha elaborato la teoria delle esigenze imperative, per supplire alla carenza del legislatore comunitario e permettere agli Stati membri di perseguire interessi ignorati dal Trattato⁷⁸. In effetti, la realizzazione progressiva del mercato interno rischiava di sacrificare interessi generali di pari dignità, ma che per ragioni di opportunità o di fattibilità non figuravano espressamente tra gli obiettivi perseguiti o protetti dal Trattato⁷⁹.

⁷⁶ Soprattutto nei casi di libera prestazione dei servizi, la cui disciplina si fonda su tale principio. Nell'ambito delle libertà fondamentali di circolazione, infatti, la libera prestazione dei servizi, per il carattere temporaneo delle operazioni, è la modalità nei cui confronti il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento spiega la totalità dei suoi effetti.

⁷⁷ Per un approfondimento sulla tipologia delle direttive si veda CAPELLI, *Direttive di armonizzazione totale, direttive di armonizzazione parziale e direttive opzionali*, in questa Rivista, 2000, p. 755 ss.

⁷⁸ La natura giuridica delle esigenze imperative è controversa. I due orientamenti prevalenti le considerano, rispettivamente, una riserva di competenza a favore degli Stati membri o un corpo supplementare di eccezioni, di origine giurisprudenziale, alle regole del Trattato. Per maggiori dettagli, si veda HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. supra, nota 9, p. 255 s., 281 s., 312.

⁷⁹ Per un'interpretazione della giurisprudenza che si ispira a *Cassis de Dijon* come risposta alla necessità di allargare l'ambito delle eccezioni alle libertà fondamentali di circolazione, attraverso la teoria delle esigenze imperative, ed al problema della frammentazione del mercato, attraverso il principio di mutuo riconoscimento, si veda WEILER, *The Constitution of the Common Market Place*, cit. supra, nota 65, p. 364 ss.

Si è già detto, inoltre, che la teoria delle esigenze imperative opera nel rispetto della *pre-emption* comunitaria: il suo campo di applicazione è inversamente proporzionale al grado di intervento del legislatore comunitario. In assenza di tale intervento non è esclusa l'azione unilaterale degli Stati membri, i cui limiti sono determinati dall'applicazione di un *test* di necessità e proporzionalità, nel rispetto del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento.

Pertanto, teoria delle esigenze imperative, principio di proporzionalità e principio di equivalenza e mutuo riconoscimento sono intrinsecamente collegati. In particolare, se le restrizioni sono giustificate dall'interesse generale, applicate senza discriminazione, necessarie e proporzionali, lo Stato di destinazione può imporle nella misura in cui l'interesse perseguito non sia già salvaguardato dalle regole dello Stato di origine.

La liceità di misure nazionali restrittive si fonda, quindi, sull'applicazione combinata del principio di proporzionalità e di equivalenza e mutuo riconoscimento: il controllo di proporzionalità di una misura nazionale passa attraverso il riconoscimento degli effetti della legislazione dello Stato di origine dell'interessato.

In altri termini, la liceità delle restrizioni nazionali implica due valutazioni di proporzionalità: una, astratta, riguarda la regolamentazione dello Stato di destinazione, in rapporto allo scopo perseguito; un'altra, concreta, comporta un esame comparativo delle legislazioni dello Stato di origine e di destinazione, in applicazione del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento⁸⁰.

Nella pratica, tuttavia, la Corte di giustizia procede raramente alla comparazione diretta delle regolamentazioni nazionali; per lo più il controllo si limita alla proporzionalità astratta della legislazione dello Stato di destinazione⁸¹. Il ragionamento della Corte presume che gli Stati condividano gli stessi valori ed elabora un grado di protezione comunitario, con il quale compara la

⁸⁰ Si veda HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. supra, nota 9, p. 315 ss.

⁸¹ Attraverso il giudizio di proporzionalità la Corte di giustizia ha differenziato i risultati pratici, a seconda del campo di attività considerato, dell'interesse perseguito, della libertà pregiudicata e della natura della restrizione. Per esempio, misure restrittive saranno giudicate proporzionali allo scopo perseguito più facilmente nei casi di stabilimento che non di libera prestazione dei servizi. Cfr. FISICHELLA, *Il principio di mutuo riconoscimento e la libera circolazione delle professioni nell'Unione Europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 66.

Anche l'applicazione del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento può essere più o meno estesa, come già visto nel caso *Webb* (cfr. nota 55).

Inoltre, sebbene la Corte di giustizia non l'abbia previsto espressamente, un'opinione diffusa ritiene che il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento riguardi soprattutto le condizioni di accesso, e non di esercizio, dell'attività professionale. Di ciò si trova conferma nella legislazione comunitaria: le direttive di armonizzazione settoriale delle professioni, così come quelle istitutive di un sistema generale di riconoscimento dei diplomi, prevedono che il professionista sia comunque sottoposto alle regole deontologiche ed ai controlli dello Stato di destinazione. Si veda HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. supra, nota 9, p. 198, 396 s. e 415.

Per una distinzione tra norme che regolano l'accesso e norme che regolano l'esercizio, si veda anche HATZOPOULOS, *Recent developments*, cit. supra, nota 14, p. 68, e MARTIN, *"Discriminations", "entraves"*, cit. supra, nota 44, p. 622 s.

legislazione dello Stato di destinazione, al fine di valutare la proporzionalità.

Questo modo di procedere ha il vantaggio di rendere più semplice il controllo di una misura nazionale restrittiva; politicamente, è meno delicato verificare la proporzionalità rispetto allo scopo perseguito che non comparare il contenuto e l'efficacia della legislazione di Stati membri diversi.

Pertanto, nel delimitare i poteri riconosciuti agli Stati membri dalla teoria delle esigenze imperative, il ruolo del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento resta dissimulato.

Inoltre, gli effetti pratici di tale principio possono essere limitati da alcune sue caratteristiche intrinseche, quale l'applicazione rimessa in primo luogo alle autorità dello Stato membro di destinazione. Sia per l'obiettivo difficoltà ad avere una buona conoscenza delle regolamentazioni di altri Stati, sia per fini protezionistici o di salvaguardia della sovranità nazionale, le autorità dello Stato membro di destinazione non sempre accettano e riconoscono l'equivalenza funzionale degli obiettivi e dell'approccio normativo delle legislazioni di altri Stati membri, ritenendo che solo la propria disciplina nazionale garantisca una piena tutela. Il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento, quindi, non opera in modo interamente automatico, ma la sua portata reale è condizionata dal diritto dello Stato membro di destinazione di verificare che il livello di protezione offerto dalla legislazione dello Stato di origine sia equivalente al proprio, con riferimento ad un certo servizio⁸².

Un'altra caratteristica in grado di limitare l'applicazione efficace del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento è la sua connessione con il contenuto delle disposizioni nazionali. In particolare, tale principio obbliga gli Stati membri a constatare le similitudini tra le legislazioni coinvolte ed a trarne le conseguenze, nel senso dell'alleggerimento delle condizioni imponibili; se tale contenuto differisce notevolmente, il principio, pur mantenendo la validità formale, non può produrre i suoi effetti⁸³.

⁸² In materia di merci, con riferimento alla facoltà dello Stato membro di destinazione di esigere che il grado di protezione offerto dal prodotto proveniente da un altro Stato membro sia equivalente a quello previsto dalla sua regolamentazione nazionale, la Corte di giustizia ha dichiarato che nessuna considerazione volta a tutelare il consumatore nazionale milita a favore di una norma che impedisca a quest'ultimo di fare la conoscenza di un prodotto fabbricato secondo una tradizione differente di un altro Stato membro (sentenza della Corte di giustizia del 17 marzo 1983 in causa n. 94/82, *De Kikvorsch groothandel – import – export BV*, in *Raccolta*, 1983, p. 947, punto 8). Secondo la Corte, la protezione di un simile obiettivo può essere raggiunta con altri mezzi, che ostacolano meno gli scambi, come un'informazione adeguata del consumatore tramite un'etichettatura appropriata.

⁸³ Dalla possibilità di un diverso grado di similitudine delle legislazioni nazionali emerge la differenza tra equivalenza e mutuo riconoscimento. Sebbene spesso definiti come un unico principio, sono, in realtà, distinti: in particolare, nel caso di equivalenza le legislazioni sono identiche o molto simili; nel caso di mutuo riconoscimento, invece, le legislazioni sono funzionalmente parallele.

Sulla base di questi due principi si può introdurre un'ulteriore classificazione: 1. se le legislazioni degli Stati membri sono armonizzate a livello comunitario, gli effetti dell'equivalenza saranno organizzati dalla stessa normazione derivata o da uno strumento complementare; 2. se le legislazioni degli Stati membri, pur non essendo armonizzate, sono di fatto molto simili, si applica il princi-

Pertanto, in mancanza di un'armonizzazione di fatto o di diritto, si riduce l'efficacia pratica del principio, che, tuttavia, mantiene alcuni effetti certi: innanzitutto, obbligando gli Stati membri ad instaurare una procedura, volta ad apprezzare il grado di similitudine delle legislazioni nazionali⁸⁴. La Corte di giustizia ha precisato le condizioni di tale procedura in materia di riconoscimento o equivalenza delle qualifiche e degli altri titoli che attestano le capacità professionali⁸⁵; tuttavia, si ritiene che le regole così elaborate abbiano un'applicazione generale all'insieme degli elementi che condizionano l'accesso o l'esercizio delle attività economiche in ambito comunitario⁸⁶.

Un secondo effetto del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento, anche in mancanza di un'armonizzazione di fatto o di diritto, riguarda la disciplina della libera prestazione dei servizi.

Se, da un lato, la formulazione della teoria delle esigenze imperative e del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento è analoga per stabilimento e libera prestazione dei servizi⁸⁷, dall'altro tale approccio unitario va letto alla luce di alcune considerazioni.

In particolare, chi si stabilisce non può avvalersi di un'applicazione del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento ampia come quella di cui può giovare il prestatore di servizi⁸⁸. Altrimenti si avrebbe una discriminazione inversa nei confronti dei professionisti dello Stato ospitante, danneggiando la reputazione di quelli stranieri e provocando la reazione delle autorità di regolazione e giudiziarie dello Stato membro ospitante⁸⁹. In tema di stabilimento, quindi, l'operatore economico è sottoposto alla legislazione dello Stato ospitante, se non discriminatoria o eccessivamente restrittiva⁹⁰.

pio di equivalenza e gli Stati devono riconoscere l'efficacia delle situazioni formatesi secondo la regolamentazione parallela alla loro; 3. se le legislazioni degli Stati membri non sono armonizzate ma, nonostante alcune differenze, somiglino nelle grandi linee direttrici, non opera il principio di equivalenza, ma quello "volontaristico" del riconoscimento, i cui effetti possono essere più o meno ampi; 4. se le legislazioni degli Stati membri sono molto diverse, non può aversi alcuna forma di riconoscimento, in assenza di armonizzazione.

Si veda HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. supra, nota 9, p. 67 ss.

⁸⁴ L'obbligatorietà della procedura non incide, comunque, sui risultati della stessa, soprattutto sul grado di equivalenza o di riconoscimento da accordare alle qualifiche ed ai titoli stranieri.

⁸⁵ Cfr. sentenze *Heylens*, cit. supra, nota 47, punti da 13 a 15, e *Vlassopoulou*, cit. supra, nota 47, punti da 16 a 22.

⁸⁶ Si veda HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. supra, nota 9, p. 164.

⁸⁷ Come già detto, a partire dalla sentenza *Kraus*, cit. supra, nota 57, anche per il diritto di stabilimento si passa dal divieto di discriminazioni all'abolizione di qualsiasi ostacolo, fatta salva l'applicazione della teoria delle esigenze imperative.

⁸⁸ Infatti, diversamente dal prestatore di servizi, chi si stabilisce in uno Stato membro diverso da quello di origine sceglie di partecipare alla vita economica dello stesso in maniera stabile e continuativa.

⁸⁹ Si veda HATZOPOULOS, *Recent developments*, cit. supra, nota 14, p. 73.

⁹⁰ Eventualmente, l'applicazione della legislazione dello Stato ospitante può essere attenuata, in considerazione del trasferimento transfrontaliero. Cfr. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. supra, nota 9, p. 183 s.

Al prestatore di servizi, invece, si applica generalmente la legislazione dello Stato membro di origine⁹¹. Con riferimento alla libera prestazione dei servizi, il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento ha subito un'interpretazione evolutiva, passando da regola di prova per derogare al principio del trattamento nazionale a regola di fondo, limitata dal principio di proporzionalità.

In un primo tempo, in forza del principio del trattamento nazionale lo Stato membro di destinazione era libero di fissare le condizioni di accesso ed esercizio delle attività esercitate sul suo territorio, sia a titolo di stabilimento sia di libera prestazione di servizi. Tuttavia, in applicazione del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento, tale Stato era obbligato a prendere in considerazione requisiti, titoli ed esperienza acquisiti dall'interessato nel proprio Stato di origine⁹². Nella sua concezione originaria, pertanto, il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento si applicava a situazioni regolate esclusivamente o principalmente dalla legislazione dello Stato di destinazione e mirava a facilitare il compito degli operatori economici di provare che essi già soddisfacevano alle condizioni imposte dallo Stato di destinazione.

A partire dalla sentenza *Säger*, la Corte ha distinto in maniera netta la disciplina di stabilimento e libera prestazione di servizi, fondando quest'ultima

⁹¹ Tuttavia, la preferenza per la legislazione dello Stato di origine non è una regola assoluta. Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 1997 in causa n. C-233/94, *Repubblica federale di Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2405.

È stato osservato che il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento permette un'applicazione selettiva ed alternativa della regolamentazione dello Stato di origine o di destinazione. Nei casi finora esaminati dalla Corte di giustizia, soggetto al principio è lo Stato di destinazione, obbligato a tenere pienamente conto delle situazioni di fatto e di diritto dello Stato di origine.

Non si può escludere, tuttavia, che destinatario del principio sia lo Stato di origine.

Un primo esempio di questa potenziale diversificazione qualitativa del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento è contemplato dal caso *Alpine Investments BV* (cit. *supra*, nota 59), relativo ad una rara ipotesi di restrizione delle esportazioni.

I ricorrenti sostenevano che le autorità olandesi, nell'adottare la misura restrittiva, dovessero tenere conto delle regolamentazioni degli altri Stati membri, in cui i servizi in questione sarebbero stati esportati. L'argomentazione è sottile: non si trattava di comparare la legislazione olandese con quella degli altri Stati membri, considerandola incompatibile con il diritto comunitario, se più restrittiva.

Piuttosto, si chiedeva che lo Stato di origine, principalmente competente a regolamentare la prestazione di servizi, prendesse in considerazione ogni altra misura che potesse regolare la prestazione, in ragione del suo carattere transnazionale. Si tratta di una sorta di mutuo riconoscimento a rovescio, poiché spetterebbe allo Stato di origine riconoscere e dare pieno effetto alle regolamentazioni degli altri Stati membri, suscettibili di essere coinvolti dalla prestazione, al fine di evitare la doppia imposizione di obbligazioni.

Nella sentenza in questione la Corte ha rigettato tale argomentazione, constatando che lo Stato meglio in grado di disciplinare il *cold calling* è quello di origine, a partire dal quale viene effettuata la telefonata (punto 48).

Non è esclusa, quindi, l'applicazione della legislazione dello Stato di destinazione, quando quest'ultimo – e non quello di origine – sia meglio in grado di controllare le attività dei prestatori stabiliti in altri Stati membri. In tal caso sarebbe lo Stato di origine, in forza del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento, a doversi astenere dall'imporre le proprie regolamentazioni in materia.

Si veda HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. *supra*, nota 9, p. 78 ss.

⁹² Si veda HATZOPOULOS, loc. cit., p. 121-125 e p. 189 s. Cfr. anche sentenze della Corte di giustizia *Vlassopoulou*, cit. *supra*, nota 47, e del 7 maggio 1992 in causa n. C-104/91, *Colegio oficial de agentes de la propiedad inmobiliaria c. Borrell ed altri*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 3003 e annotata in questa *Rivista*, 1994, p. 719.

sul principio di equivalenza e mutuo riconoscimento. La legittimità delle misure restrittive della libera prestazione di servizi presuppone il riconoscimento completo, da parte dello Stato di destinazione, delle obbligazioni che gravano sul prestatore in forza della regolamentazione del suo Stato di stabilimento. La legislazione dello Stato di destinazione può regolare la prestazione solo eccezionalmente, se obiettivamente necessaria e proporzionale a qualche scopo di interesse generale non sufficientemente protetto dalla legislazione dello Stato di origine del prestatore⁹³. Pertanto, il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento non è più un mezzo di prova, ma diventa una regola sostanziale, che determina i poteri sussidiari dello Stato di destinazione per l'attuazione della libera prestazione dei servizi.

Quest'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sminuisce la necessità di un'armonizzazione di fatto o di diritto, privilegiando l'attuazione della libera prestazione dei servizi: anche in assenza di armonizzazione, la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale, non può essere limitata se non eccezionalmente, nel rispetto di determinate condizioni⁹⁴.

III. Il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento negli interventi legislativi comunitari volti ad agevolare l'accesso alle professioni

Come si è detto, l'applicazione giurisprudenziale del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento non è stata sempre efficace, sia perché spesso è prevalso un giudizio di proporzionalità, sia per alcune caratteristiche intrinseche al principio.

In determinati comparti gli obiettivi degli Stati membri non sono gli stessi. I sistemi nazionali perseguono molte altre finalità, oltre a quella del buon funzionamento dei mercati, con un ordine di priorità che varia tra Stati. Perciò, spesso, i regimi giuridici - per esempio fiscali o di previdenza sociale - divergono profondamente, in stretta connessione con la struttura, la storia e la tradizione di ogni Stato membro.

In questi settori, la diversità, la complessità e la specificità delle norme nazionali impediscono l'operatività stessa del mutuo riconoscimento⁹⁵ e la soluzione sinora prevista per realizzare il mercato interno è l'armonizzazione o,

⁹³ Si veda HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. supra, nota 9, p. 125-127.

⁹⁴ Si veda sentenza *Guiot*, cit. supra, nota 68, punto 11, e HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, loc. cit., p. 165-169.

⁹⁵ Diversamente, in assenza di armonizzazione o di adeguati temperamenti, la concorrenza tra ordinamenti, corollario del meccanismo di mutuo riconoscimento, potrebbe avere effetti perversi, favorendo la prevalenza del sistema nazionale con minori vincoli di mercato o inducendo ad avvalersi abusivamente del diritto comunitario, per sottrarsi all'impero delle leggi nazionali.

quanto meno, il coordinamento⁹⁶. Pertanto, se conformemente al "nuovo approccio"⁹⁷ il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento appare un'alternativa efficace all'armonizzazione totale, la sua applicazione è occasionalmente ma inevitabilmente connessa ad un'armonizzazione, che può avere diversi gradi di intensità. Anche la combinazione tra armonizzazione e mutuo riconoscimento non ha composizione stabile, ma varia in funzione dei campi specifici di applicazione.

Del resto, il perseguimento di una politica di armonizzazione rientra tra le competenze espressamente attribuite alla Comunità: nell'art. 3, lett. *h*. CE è previsto che l'azione della Comunità comporti il ravvicinamento delle legislazioni nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune. Base giuridica per l'armonizzazione possono essere sia le disposizioni speciali, legate alle varie politiche comunitarie settoriali, sia le disposizioni generali di cui agli artt. 94 e 95 CE (ex artt. 100 e 100A)⁹⁸. Tra le prime, in materia di servizi, rientrano gli artt. 46, par. 2, 52, par.1 e, con maggiore rilevanza per il suo carattere generale, l'art. 47 CE, costituito di tre paragrafi: il primo relativo al riconoscimento dei diplomi, il secondo al coordinamento delle norme nazionali per l'accesso e l'esercizio delle attività non salariate⁹⁹, il terzo alle professioni mediche e paramediche.

Scopo delle previste direttive è di conciliare la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi con l'applicazione delle norme nazionali che disciplinano la professione, giustificate dal pubblico interesse, vale a dire con le

⁹⁶ In termini generali, il coordinamento delle norme nazionali mediante la normativa comunitaria non incide sui regimi nazionali, ma definisce l'interfaccia tra questi regimi per quanto riguarda gli elementi transfrontalieri. Esempi di tale coordinamento sono, nel settore della sicurezza sociale, i regolamenti n. 1408/71 e n. 574/72 - che assicurano ai lavoratori dipendenti, ai lavoratori autonomi ed agli studenti lo stesso trattamento dei lavoratori nazionali, con riferimento ai diritti acquisiti nel quadro dei regimi di protezione sociale con forza di legge - e la direttiva n. 98/49 - relativa alla salvaguardia dei diritti a pensione complementare dei lavoratori subordinati ed autonomi che si spostano all'interno della Comunità -.

Un'altra forma di intervento è l'adozione di norme minime, intese unicamente a costituire una base normativa comune minima nelle diverse legislazioni nazionali. Nel settore della sicurezza sociale, per esempio, l'adozione di disposizioni minime è prevista nell'art. 137, par. 3.

Per maggiori dettagli si veda la Comunicazione della Commissione del 14 marzo 2000, COM(2000)114 def., *Il voto a maggioranza qualificata per gli aspetti inerenti al mercato unico nei settori dell'imposizione fiscale e della sicurezza sociale*.

⁹⁷ Proposto dalla Commissione, dettagliato nel Libro Bianco sul completamento del mercato interno ed avallato dagli Stati membri, con l'inserimento nell'Atto unico europeo.

⁹⁸ A differenza della libera circolazione delle merci, per cui il Trattato non prevede disposizioni particolari di armonizzazione e la base giuridica prevalente è rappresentata dagli artt. 94 e 95 CE, nel settore dei servizi esistono disposizioni speciali ed il ricorso a quelle generali è eccezionale. Si veda HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. *supra*, nota 9, p. 336 ss.

⁹⁹ Il secondo paragrafo dell'art. 47 CE prevede due procedure legislative: una eccezionale, è applicabile quando le direttive modificano i principi legislativi del regime delle professioni di almeno uno Stato membro e prevede il voto unanime del Consiglio, dopo la consultazione del Parlamento europeo; la seconda, invece, è applicabile negli altri casi, secondo la procedura di codecisione.

norme in tema di organizzazione, qualificazione, deontologia, controllo e responsabilità, purché detta applicazione avvenga in modo non discriminatorio¹⁰⁰.

L'armonizzazione così prevista è rimasta necessaria, nonostante gli strumenti di integrazione elaborati dalla giurisprudenza. Infatti, misure non discriminatorie, quali requisiti, condizioni e titoli per l'accesso a determinate attività, hanno continuato di fatto ad impedire o a rendere maggiormente difficoltosa l'effettiva circolazione dei professionisti, soprattutto se le misure restrittive, riflettendo interessi generali degni di tutela, non fossero censurabili alla luce della giurisprudenza sopra ricordata¹⁰¹.

Gli interventi legislativi hanno riguardato soprattutto il riconoscimento delle qualifiche professionali e dei diplomi di istruzione degli Stati membri¹⁰², premessa necessaria per l'esercizio effettivo delle libertà fondamentali di circolazione dei lavoratori, di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. In tali direttive è evidente come lo stesso legislatore comunitario ricorra al principio di equivalenza e mutuo riconoscimento, realizzando risultati maggiori rispetto a quelli conseguiti dalla Corte di giustizia. Il sistema di riconoscimento dei diplomi, infatti, è spesso organizzato a prescindere da una piena corrispondenza delle formazioni nazionali.

Le direttive, adottate dal Consiglio a partire dagli anni '60, sono riconducibili a tre tipologie: direttive transitorie, settoriali ed istitutive di un sistema generale di riconoscimento dei diplomi.

Le direttive c.d. transitorie, non più in vigore, riguardavano attività molto particolari ed il loro campo di applicazione era abbastanza ridotto¹⁰³. In attesa di un coordinamento delle legislazioni degli Stati membri, queste direttive preve-

¹⁰⁰ Cfr. sentenza *Thieffry*, cit. *supra*, nota 52, punto 11/12.

¹⁰¹ Si veda CONDINANZI - NASCIBENE, *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 283 ss.

¹⁰² Diverso dal riconoscimento accademico dei diplomi e dei periodi di studio. Per un approfondimento si veda BELLONI, *La libera circolazione degli avvocati nella Comunità europea*, Padova, Cedam, 1999, p. 180 ss.

¹⁰³ Rientrano in questa tipologia di direttive, fondate tra l'altro sull'art. 63, par. 2 Trattato CEE (ora art. 52, par. 1), le attività degli intermediari di commercio, dell'industria e dell'artigianato (direttiva n. 64/222 del Consiglio, del 25 febbraio 1964); alcune attività di trasformazione (direttiva n. 64/427 del Consiglio, del 7 giugno 1964); le attività di commercio al minuto (direttiva n. 68/364 del Consiglio, del 15 ottobre 1968); alcune attività relative all'industria alimentare ed alla produzione di bevande (direttiva n. 68/366 del Consiglio, del 15 ottobre 1968); alcune attività relative a servizi personali (direttiva n. 68/368 del Consiglio, del 15 ottobre 1968); le attività relative al commercio all'ingrosso ed agli intermediari in materia di carbone (direttiva n. 70/523 del Consiglio, del 30 novembre 1970); le attività relative al commercio ed alla distribuzione di prodotti tossici ed alla loro utilizzazione professionale (direttiva n. 74/556 del Consiglio, del 4 giugno 1974); le attività ambulanti (direttiva n. 75/369 del Consiglio, del 16 giugno 1975) ed altre attività (direttiva n. 75/368 del Consiglio, del 16 giugno 1975).

Parallelamente a queste direttive transitorie ne vennero adottate altre 25, dette di liberalizzazione, relative a diverse attività, con lo scopo fondamentale di assicurare il rispetto della regola del trattamento nazionale. Tuttavia, ai fini del ricorso al principio di equivalenza e mutuo riconoscimento sono più caratteristiche le direttive transitorie.

devano misure transitorie che obbligavano gli Stati ad ammettere i cittadini di altri Paesi membri ad esercitare le attività in questione, tenendo conto dell'esperienza e/o delle qualifiche precedentemente acquisite nello Stato d'origine.

In particolare, le direttive distinguevano a seconda che l'attività fosse o meno regolamentata nello Stato di destinazione. Nel primo caso, tale Stato avrebbe considerato equivalente alle condizioni richieste dalla propria normativa l'esercizio effettivo della professione, per un periodo di tempo determinato, in uno Stato che non imponesse requisiti. Nel secondo caso, invece, lo Stato di destinazione non poteva opporsi all'esercizio dell'attività nel proprio territorio, ma poteva chiedere alla Commissione l'autorizzazione per sottoporre l'ammissione dei cittadini di altri Stati membri alla prova della loro attitudine professionale. In entrambi i casi, l'accesso alle attività ruotava intorno a due elementi: l'esistenza di un ciclo di formazione attestato da un certificato, diploma o altro titolo di studio o, in alternativa, la prova di una certa esperienza acquisita nello Stato d'origine.

I principi introdotti con tali direttive sono espressione di un approccio legislativo innovativo, soprattutto nel contesto di quegli anni¹⁰⁴: in particolare, esse già prevedevano un'applicazione, sebbene prematura ed imperfetta, del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento¹⁰⁵.

Le direttive settoriali disciplinano l'esercizio di singole professioni – principalmente quelle mediche, paramediche e giuridiche¹⁰⁶ – e si collocano soprattutto nel periodo dal 1975 al 1985. Si tratta, nella maggior parte dei casi, di direttive adottate in coppia e contestualmente. La prima, di coordinamento, precisa il livello di accesso alla professione, descrive le conoscenze minime richieste, quantifica la durata degli studi, specifica il carattere teorico o pratico degli insegnamenti ed apporta altri elementi di coordinamento delle legislazioni nazionali. Gli Stati membri devono conformarsi interamente e perdono ogni facoltà di regolamentare unilateralmente le materie interessate. La seconda direttiva, di mutuo riconoscimento, completa quella di coordinamento ed istituisce una lista di diplomi per settori di attività, che devono obbligatoriamente essere riconosciuti come equivalenti.

¹⁰⁴ Solo con la sentenza *Vlassopoulos* (cit. supra, nota 47) la giurisprudenza comunitaria afferma definitivamente il principio secondo cui lo Stato di destinazione deve dare pieno effetto alle qualifiche ed all'esperienza acquisita dall'interessato nello Stato di origine.

¹⁰⁵ Con riferimento alle direttive transitorie si veda HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. supra, nota 9, p. 456 ss. e MORVIDUCCI, *Professioni*, cit. supra, nota 47, p. 1019 ss.

¹⁰⁶ Si vedano le direttive n. 75/362 e n. 75/363 del 16 giugno 1975 per la professione di medico; le direttive n. 78/1026 e n. 78/1027 del 18 dicembre 1978 per la professione di veterinario; le direttive n. 78/686 e n. 78/687 del 25 luglio 1978 per la professione di dentista; le direttive n. 85/432 e n. 85/433 del 16 settembre 1985 per la professione di farmacista; le direttive n. 77/452 e n. 77/453 del 27 giugno 1977 per la professione di infermiere; le direttive n. 80/154 e n. 80/155 del 21 gennaio 1980 per la professione di ostetrica.

Queste direttive settoriali, quindi, realizzano un'armonizzazione dei cicli di studi, corrispondenti alle qualifiche di cui, contemporaneamente, organizzano il riconoscimento. Il loro campo di applicazione è soprattutto quello sanitario, perché in tale settore l'armonizzazione preventiva non è stata difficile da realizzare, essendo già simili negli Stati membri le condizioni di esercizio ed, in particolare, le formazioni. La maggior parte di tali professioni, pertanto, beneficia di un riconoscimento reciproco completo dei titoli nazionali di accesso.

In questo sistema settoriale, caratterizzato da un reciproco riconoscimento contestuale all'armonizzazione, le direttive, piuttosto che organizzare il riconoscimento tra formazioni diverse, ne constatano in modo solenne l'equivalenza, essendo state precedentemente armonizzate dalle direttive di coordinamento¹⁰⁷.

Vi sono ulteriori professioni nei cui confronti la Comunità ha adottato direttive specifiche: tra queste, al fine di valutare l'interazione tra strumenti di integrazione, assume rilevanza la direttiva n. 85/384 del 10 giugno 1985, che disciplina la professione di architetto. Si tratta di una sola direttiva, che, contemporaneamente, opera una certa armonizzazione delle condizioni di conferimento dei diplomi ed organizza il loro mutuo riconoscimento. Tuttavia, anziché prevedere disposizioni dettagliate sul contenuto, la forma e le prove necessarie per acquisire il diploma di architetto, si limita a regolare la durata minima degli studi ed a fissare gli obiettivi generali della formazione¹⁰⁸.

Il sistema delineato da questa direttiva è atipico e rappresenta un ponte tra il sistema di riconoscimento settoriale e quello generale, poiché prevede un'armonizzazione opzionale. Infatti, la legislazione comunitaria è solo un modello di riferimento e gli Stati membri possono lasciare invariata la formazione per conseguire il diploma. Tuttavia, i diplomi regolarmente rilasciati, ma che non soddisfano le esigenze minime indicate nella direttiva, pur restando validi in ambito nazionale, non beneficiano del riconoscimento negli altri Stati membri.

La difficoltà ed i lunghi tempi richiesti per emanare una legislazione di riconoscimento reciproco settoriale – accompagnata, talvolta, da un'armonizzazione più o meno completa delle disposizioni legislative nazionali – hanno condotto a prevedere un sistema generale di riconoscimento della corrispondenza dei diplomi, per livello, valida per tutte le professioni regolamentate che non siano state oggetto di una legislazione comunitaria specifica. Tale sistema è stato creato in tre tempi e comprende le direttive n. 89/48 del 21 dicembre 1988, n. 92/51 del 18 giugno 1992 e n. 99/42 del 7 giugno 1999¹⁰⁹. La

¹⁰⁷ Si veda HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. supra, nota 9, p. 394 ss.

¹⁰⁸ Si veda MENGIOZZI, *La direttiva CEE relativa al settore dell'architettura*, in CIAN - MAFFEI ALBERTI - SCHLESINGER (a cura di), *Nuove leggi civ. comm.*, Padova, Cedam, 1986, p. 1280 ss.; HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. supra, nota 9, p. 397 ss.

¹⁰⁹ Recenti modifiche alla legislazione comunitaria sul riconoscimento dei diplomi sono state introdotte con la direttiva n. 2001/19 del 14 maggio 2001. Essa modifica molte direttive esistenti,

prima riguarda il riconoscimento dei diplomi di insegnamento superiore che sanciscono formazioni professionali della durata minima di tre anni; la seconda amplia il regime ai diplomi, attestati ed altri titoli diversi da quelli dell'insegnamento superiore di lunga durata, aventi il livello di ciclo breve di studi post-secondari o di studi professionali o di ciclo di studi secondari; la terza istituisce un meccanismo di riconoscimento delle qualifiche per le attività professionali disciplinate dalle direttive di liberalizzazione e transitorie e completa il sistema generale di riconoscimento delle qualifiche.

Fondamento del sistema generale è il principio di mutuo riconoscimento, compensato da meccanismi di adattamento, cui lo Stato membro ospitante può fare ricorso in caso di significative differenze tra la durata ed il contenuto dei programmi di formazione professionale¹¹⁰. Anziché armonizzare il contenuto della formazione, come per le direttive settoriali in coppia, vengono armonizzate le condizioni e le procedure di attuazione del principio di mutuo riconoscimento, nell'ambito di una stessa attività. In altri termini, vengono

tra cui quelle sul sistema generale di riconoscimento dei diplomi n. 89/48 e n. 92/51, nonché quelle settoriali riguardanti le professioni di infermiere responsabile dell'assistenza generale, dentista, veterinario, ostetrica, architetto, farmacista e medico. Il legislatore comunitario si adegua alla giurisprudenza della Corte di giustizia, facendo pesare anche l'esperienza professionale acquisita dal richiedente il riconoscimento. Per ulteriori dettagli si veda PRETO, *Le libere professioni in Europa*, Milano, Egea, 2001, p. 79 ss.

La valorizzazione dell'esperienza professionale come strumento di compensazione accentua il carattere di "fiducia reciproca" che sta alla base del principio di equivalenza e mutuo riconoscimento. Cfr. FISICHELLA, *Il principio di mutuo riconoscimento*, cit. supra, nota 81, p. 72. Per approfondimenti sulla "fiducia reciproca", su cui si fonda il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento, cfr. la sentenza della Corte di giustizia dell'11 maggio 1989 in causa n. 25/88, *Pubblico ministero c. Wurms* ved. Bouchara e la società Norlaine, in *Raccolta*, 1989, p. 1105, punto 18 e HATZOPOULOS, cit. supra, nota 9, p. 118-121.

¹¹⁰ L'autorità dello Stato ospitante, dietro richiesta dell'interessato, dovrà confrontare la formazione professionale conseguita dal soggetto con quella richiesta nello Stato di origine e riconoscere il titolo ottenuto in un altro Stato membro senza richiedere altri requisiti, salvo due eccezioni.

Innanzitutto, qualora risultino differenze sostanziali tra la formazione richiesta e quella ottenuta, è previsto il riconoscimento previa compensazione sotto forma di tirocinio di adeguamento o di prova attitudinale, la cui scelta spetta al richiedente, salvo per il caso delle professioni giuridiche. L'eventuale prova dovrà consistere in un esame atto a verificare le conoscenze professionali e deontologiche ed a valutare la capacità dell'esercizio della professione.

La seconda eccezione riguarda l'ipotesi in cui la formazione ricevuta nello Stato di origine sia stata di durata inferiore a quella richiesta nello Stato ospitante: in tal caso sarà richiesta un'esperienza professionale preliminare.

Il sistema sul riconoscimento delle qualifiche professionali e dei diplomi è complesso, tant'è che le istituzioni comunitarie avvertono la necessità di semplificare e di consolidare le regole esistenti. Per maggiori approfondimenti del tema si veda: FISICHELLA, *Il riconoscimento dei titoli professionali nell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 1996; PRETO, *Le libere professioni*, cit. supra, nota 109, p. 23-81. Con riferimento alla necessità di chiarire e di semplificare le norme sul riconoscimento delle qualifiche professionali, al fine di facilitare la libera circolazione delle persone qualificate tra gli Stati membri, la Commissione europea ha presentato una proposta di direttiva, COM(2002)119 def. del 7 marzo 2002. In particolare, vengono proposte modifiche delle norme esistenti, per una maggiore liberalizzazione della prestazione dei servizi, una maggiore automaticità nel riconoscimento delle qualifiche ed una maggiore flessibilità nelle procedure di aggiornamento della direttiva.

coordinate le procedure e le modalità di ricezione e di riconoscimento dei titoli professionali conseguiti negli altri Stati membri¹¹¹.

La tecnica legislativa adottata nei sistemi generali si fonda esclusivamente sul principio di mutuo riconoscimento e l'eventuale armonizzazione è un semplice elemento accessorio, che assicura l'applicazione efficace del mutuo riconoscimento, evitando che il ricorso a misure compensative crei ulteriori discriminazioni e limiti l'operatività del principio di mutuo riconoscimento¹¹².

Nell'ambito delle direttive settoriali una posizione atipica assume la disciplina della professione forense; infatti, la diversità tra formazioni e sistemi giuridici dei vari Stati membri rendeva difficile il riconoscimento reciproco completo dei diplomi. In un primo tempo si è autorizzato l'esercizio della professione con il titolo dello Stato di origine solo nella modalità della libera prestazione di servizi¹¹³; per la libertà di stabilimento, invece, era necessario il titolo professionale del Paese ospitante, anche in applicazione della direttiva n. 89/48.

La direttiva n. 98/5 del 16 febbraio 1998, invece, ha facilitato l'esercizio permanente della professione di avvocato con il titolo professionale dello Stato di origine, in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica.

Questa direttiva istituisce un meccanismo di riconoscimento reciproco dei diplomi più rapido e più snello rispetto al sistema generale. Infatti, quest'ultimo permette l'esercizio della professione con il titolo dello Stato ospitante, ma lo subordina al previo superamento di una prova attitudinale per la verifica dell'idoneità, in caso di differenze sostanziali nella formazione o nella durata della stessa¹¹⁴. Il nuovo sistema di riconoscimento, invece, consente all'avvocato «stabilito» di esercitare - pur con alcune riserve - con il proprio titolo professionale di origine senza la condizione della prova attitudinale. Dopo tre anni di attività effettiva e regolare nello Stato ospitante l'avvocato «stabilito» può scegliere di diventare avvocato «integrato», sempre senza alcuna prova attitudinale: può iscriversi all'albo dello Stato ospitante - non più in una sezione speciale, come per l'avvocato «stabilito» - ed esercitare la professione con il titolo del Paese ospitante¹¹⁵.

¹¹¹ Si veda HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. *supra*, nota 9, p. 455 ss.

¹¹² Così è avvenuto, per esempio, con riferimento al riconoscimento dell'abilitazione di avvocato, essendo la prova attitudinale compensativa estremamente differenziata da uno Stato membro all'altro per difficoltà, contenuto e procedure di attuazione, trasformandosi in occasione per facili discriminazioni. Si veda BELLONI, *La libera circolazione degli avvocati*, cit. *supra*, nota 102, p. 8 ss.

¹¹³ Si veda la direttiva n. 77/249 del 22 marzo 1977.

¹¹⁴ Nel caso della professione legale, queste differenze e l'assenza di armonizzazione impongono sempre il meccanismo delle misure compensative, che limita l'effettiva operatività del mutuo riconoscimento. Inoltre, la prova attitudinale, come già detto, può dar luogo a discriminazioni e rappresenta un ostacolo all'effettività della libertà di stabilimento.

¹¹⁵ Sul percorso di liberalizzazione comunitaria della professione forense si veda VICINTE, *L'avvocato in Europa*, Milano, Giuffrè, 1999; BELLONI, *La libera circolazione degli avvocati*, cit. *supra*, nota 102; PRETO, *Le libere professioni*, cit. *supra*, nota 109, p. 39-44.

Con questa direttiva il legislatore comunitario riconosce uno spazio ancora maggiore al principio di mutuo riconoscimento, preferendo, ad un sistema di controllo *a priori* di una qualifica dello Stato membro di origine in relazione alla formazione richiesta dallo Stato membro ospitante, una formula che garantisca, comunque, una tutela sostanziale dei consumatori ed una buona amministrazione della giustizia¹¹⁶.

IV. Conclusioni

Nonostante il processo di liberalizzazione e l'affermazione progressiva della libera circolazione dei professionisti, l'ordine giuridico europeo pone numerose restrizioni alle libertà individuali e, con esse, al gioco esclusivo delle forze di mercato. Lo stesso Trattato ammette regimi anche formalmente discriminatori, per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità e per quelle attività che partecipano all'esercizio di pubblici poteri¹¹⁷. La giurisprudenza comunitaria, inoltre, elaborando la teoria delle esigenze imperative, ha creato una lista in continua espansione delle prevalenti esigenze di interesse generale, sebbene limitate dal principio di proporzionalità e con onere della prova a carico dello Stato. Anche le direttive di armonizzazione prevedono limiti alla liberalizzazione, per esempio attraverso meccanismi di compensazione di frequente applicazione o imponendo le regole professionali e deontologiche dello Stato ospitante, indipendentemente da quelle dello Stato di origine¹¹⁸. Pertanto, il diritto comunitario ammette senza difficoltà che l'applicazione delle regole ordinarie delle attività economiche sia condizionata e

¹¹⁶ Tale formula comprende un'informazione per il consumatore, il cumulo delle norme professionali e deontologiche da osservare, l'assicurazione obbligatoria ed un regime disciplinare che associ le autorità competenti dello Stato membro di origine e dello Stato membro ospitante. Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 7 novembre 2000 in causa n. C-168/98, *Granducato di Lussemburgo c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 9131, punto 43 e annotata in questa *Rivista*, 2000, p. 773. In questa causa il Granducato di Lussemburgo aveva chiesto l'annullamento della direttiva n. 98/5 per violazione di alcuni principi del Trattato: in particolare, il diritto alla parità di trattamento, l'obbligo del voto unanime nell'adozione delle direttive che comportino mutamenti della legislazione nazionale ed il dovere di motivazione. La Corte di giustizia ha respinto il ricorso, affermando, tra l'altro, che la direttiva non solo non viola il divieto di discriminazione a danno degli avvocati nazionali (cfr. punti da 23 a 29), ma non compromette né il diritto alla protezione dei consumatori, né la buona amministrazione della giustizia (cfr. punti da 32 a 44).

¹¹⁷ Cfr. artt. 45, 46 e 55 CE.

Nel limite generale inerente alla partecipazione all'esercizio delle potestà pubbliche rientrano anche alcuni servizi resi dagli avvocati. Si veda DELLA CANANEA, *L'ordinamento delle professioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, Milano, Giuffrè, 2000, t. I, p. 822; si veda anche per un'indagine specifica sull'intervento dei poteri pubblici nell'ordinamento delle professioni.

¹¹⁸ I meccanismi di compensazione a cui si fa riferimento sono quelli previsti nelle direttive sul sistema generale di riconoscimento dei diplomi. Per una liberalizzazione limitata alle regole di accesso e non di esercizio delle attività, si vedano le direttive settoriali sugli avvocati e, in particolare, l'art. 4 della direttiva n. 77/249 e l'art. 6 della direttiva n. 98/5.

per certi versi esclusa, in presenza di attività il cui carattere essenziale per la collettività non consenta di affidarne la sorte alle sole leggi del mercato.

Nel definire quale e quanto mercato richiede l'Unione europea per gli ordinamenti professionali, quindi, va considerato che questi non sono connessi unicamente alla tutela del mercato ed alla promozione della concorrenza, ma anche a valori diversi, come la difesa dei consumatori. Per questo è necessario che la liberalizzazione avvenga in un adeguato contesto regolamentare, che utilizzi, comunque, strumenti di intervento il meno possibile restrittivi della concorrenza.

Tra i meccanismi di integrazione, il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento occupa un posto a sé nell'ordinamento giuridico comunitario. Rappresenta uno strumento flessibile, posto tra integrazione positiva e negativa: va oltre la semplice eliminazione degli ostacoli, poiché introduce una regolamentazione - finora, quella dello Stato d'origine -, ma non è un vero e proprio strumento di integrazione positiva, poiché non arriva a sostituire le regolamentazioni nazionali con una propriamente comunitaria. Inoltre, nelle mani del legislatore il principio di equivalenza e mutuo riconoscimento può realizzare risultati più ampi¹¹⁹.

Tuttavia, pur essendo da tempo acquisito e parte dell'*acquis* comunitario, questo principio non ha trovato sempre un'applicazione efficace. Ciò è dipeso in gran parte dalla mancanza di fiducia reciproca e di cooperazione amministrativa tra gli Stati membri - a cui è rimessa in primo luogo l'applicazione del principio -, associata ad una definizione poco chiara della nozione di interesse generale.

Il superamento di queste difficoltà richiede la comunitarizzazione degli interessi generali, per stabilire con maggiore chiarezza entro che limiti e a quali condizioni le regole possono rimanere diverse, assicurando livelli equivalenti di tutela sostanziale¹²⁰.

¹¹⁹ Un'ipotesi è quella del mutuo riconoscimento a rovescio, che sembra essere ammesso nella sentenza *Alpine Investments BV* (cit. supra, nota 59). Questa diversificazione qualitativa del principio è in grado di limitare gli eventuali effetti di "concorrenza al ribasso" che l'applicazione del meccanismo di mutuo riconoscimento potrebbe produrre in determinati settori. Con il mutuo riconoscimento a rovescio, infatti, la regolamentazione da applicare non sarebbe necessariamente quella dello Stato di origine e la scelta potrebbe essere effettuata tenendo conto della realizzazione efficace degli scopi di interesse generale. Tuttavia, il mutuo riconoscimento a rovescio dovrebbe essere organizzato in modo formale dalle istituzioni comunitarie, in stretta collaborazione con gli Stati membri. Cfr. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire*, cit. supra, nota 9, p. 79-86.

¹²⁰ Quasi paradossalmente, l'armonizzazione dovrebbe essere pensata e regolata come processo di differenziazione, anziché di uniformazione, magari limitandosi a fissare i nuovi fattori di regolazione ed indirizzo, quali la protezione del consumatore e la trasparenza.

Per alcune riflessioni sul principio di equivalenza e mutuo riconoscimento come strumento adatto a preservare le tradizioni e le diversità nazionali, regionali e locali, si veda MATTERA, *Le principe de la reconnaissance mutuelle: instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, régionales et locales*, RMUE, 1998, p. 5 ss.

Inoltre, sul grado di torsione delle dinamiche del mercato e della concorrenza influisce il livello di integrazione raggiunto per mezzo delle politiche complementari europee: un'integrazione più profonda opera a favore di un'effettiva sussidiarietà e di un sistema di autoregolazione, in cui le scelte pubbliche siano ridotte a situazioni ben definite e limitate. Si pensi all'importanza di iniziative comunitarie in settori collegati all'ordinamento professionale, come quello dell'istruzione superiore e della formazione professionale¹²¹, della sicurezza sociale e dell'imposizione fiscale. Spesso si tratta di materie in cui l'intervento comunitario deve rispettare determinati limiti, come l'esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni regolamentari degli Stati membri. Ancora una volta, quindi, emerge l'importanza di una cooperazione politica ed amministrativa degli Stati membri, tra loro e nel rapporto con la Comunità, a cui si associano nuovi strumenti di integrazione¹²².

Laura Lezzi*

¹²¹ Per ampi riferimenti sull'importanza di tali iniziative comunitarie per la facilitazione dell'esercizio della professione a livello comunitario si veda BELLONI, *La libera circolazione degli avvocati*, cit. supra, nota 102, p. 179 ss.

¹²² Un esempio di nuovo strumento è il recente esperimento istituzionale del coordinamento aperto, finalizzato ad un miglioramento delle procedure decisionali, senza una modifica delle competenze comunitarie. Si tratta di un modo di promuovere la cooperazione e lo scambio delle pratiche migliori e di concordare obiettivi ed orientamenti comuni agli Stati membri, a volte con il sostegno di piani nazionali d'azione, come nel caso dell'occupazione e della lotta contro l'esclusione sociale.

L'adeguamento del quadro normativo nazionale rispetto alle indicazioni comunitarie ed all'esperienza comparata diventa un fattore essenziale nel gioco competitivo dei soggetti economici, tenuti al rispetto di questo sistema di regole. In un ordinamento europeo pluralista, che ammette una varietà di equilibri fra diversi diritti e libertà (per esempio economici e sociali), i parametri di giudizio delle scelte pubbliche riguardano anche l'analisi degli effetti e dei risultati ottenuti, il confronto delle alternative possibili e dei loro vantaggi comparativi. Pertanto, il processo di integrazione si arricchisce di un nuovo modo di ragionare, rispondente ad una logica di *benchmarking*. Valutando di volta in volta il contesto di altri Stati membri dell'Unione europea, come anche esperienze extracomunitarie di Paesi in competizione su scala globale, si possono individuare, per esempio, le buone pratiche affermatesi nei diversi contesti nazionali o anche regionali, approfondendo le potenzialità ed i fattori di successo, per riflettere in termini di possibile trasposizione in altri contesti, alle cui esigenze vengono adattati.

Questa nuova logica, presupponendo la comparazione delle legislazioni degli Stati membri in base al loro contenuto ed efficacia, rientra nel principio ordinatore di equivalenza e compatibilità. Per la riconducibilità dei vari strumenti di esercizio e realizzazione delle attribuzioni comunitarie a tre principi ordinatori, individuabili in quelli di unicità ed uniformità, di equivalenza e compatibilità e di differenziazione, si veda TORCHIA, *Una Costituzione senza Stato*, p. 31 ss., su internet, <http://www.biicl.org/pdfs/7June/Torchia.pdf> e ISAE, *Rapporto annuale sullo stato dell'UE*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. XII.

* Avvocato in Lecce.

DOCUMENTAZIONE

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Salonicco, 19 - 20 giugno 2003*

1. Il Consiglio europeo si è riunito a Salonicco il 19 e il 20 giugno 2003. La riunione è stata preceduta da una relazione del Presidente del Parlamento europeo, Pat Cox, a cui ha fatto seguito uno scambio di opinioni sui punti principali all'ordine del giorno.

I. Convenzione/CIG

2. Il Consiglio europeo accoglie favorevolmente il progetto di Trattato costituzionale presentato dal Presidente della Convenzione, Valéry Giscard d'Estaing. Esso rappresenta un passo storico verso la realizzazione degli obiettivi dell'integrazione europea:

- avvicina la nostra Unione ai suoi cittadini,
- rafforza il carattere democratico della nostra Unione,
- agevola la capacità decisionale della nostra Unione, specialmente dopo l'allargamento,
- potenzia la capacità della nostra Unione di agire come una forza coerente e unita sulla scena internazionale e
- risponde efficacemente alle sfide che la globalizzazione e l'interdipendenza creano.

3. Il Consiglio europeo esprime la propria gratitudine al Presidente della Convenzione Valéry Giscard d'Estaing, ai Vicepresidenti Jean Luc Dehaene e Giuliano Amato, nonché ai membri e ai membri supplenti della Convenzione per il lavoro compiuto. La Convenzione si è rivelata utile come forum di dialogo democratico tra rappresentanti dei governi, dei parlamenti nazionali, del Parlamento europeo, della Commissione europea e della società civile.

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet www.europa.eu.int/council/off/conclu/index.htm (n.d.r.).

4. Il Consiglio europeo ritiene che la presentazione del progetto di Trattato costituzionale, nella versione in cui esso lo ha ricevuto, rappresenti la conclusione dei compiti della Convenzione definiti a Laeken e, di conseguenza, la fine dei lavori di quest'ultima. Tuttavia, sono ancora necessari alcuni lavori di carattere meramente tecnico per quanto riguarda la formulazione della parte III, che dovranno essere conclusi al più tardi entro il 15 luglio.

5. Il Consiglio europeo ha deciso che il testo del progetto di Trattato costituzionale è una buona base su cui avviare la Conferenza intergovernativa. Chiede alla prossima Presidenza italiana di avviare, nella sessione del Consiglio di luglio, la procedura prevista all'art. 48 del Trattato, affinché tale conferenza possa essere convocata nell'ottobre 2003. La conferenza dovrebbe terminare i suoi lavori e approvare il trattato costituzionale il più presto possibile e in tempo utile affinché sia conosciuto dai cittadini europei prima delle elezioni del Parlamento europeo del giugno 2004. Gli Stati aderenti parteciperanno pienamente alla Conferenza intergovernativa in condizioni di parità rispetto agli attuali Stati membri. Il trattato costituzionale sarà firmato dagli Stati membri dell'Unione allargata il più presto possibile successivamente al 1° maggio 2004.

6. La Conferenza intergovernativa sarà condotta dai Capi di Stato o di governo, assistiti dai membri del Consiglio «Affari generali e relazioni esterne». Il rappresentante della Commissione parteciperà alla Conferenza. Il Segretariato generale del Consiglio fungerà da segretariato della Conferenza. Il Parlamento europeo sarà strettamente associato e coinvolto nei lavori della Conferenza.

7. I tre Paesi candidati - Bulgaria e Romania, con cui i negoziati di adesione sono in corso, e Turchia - parteciperanno in qualità di osservatori a tutte le riunioni della conferenza.

II. Immigrazione, frontiere e asilo

8. Il Consiglio europeo di Siviglia ha sottolineato la necessità di accelerare l'attuazione di tutti gli aspetti del programma approvato a Tampere, specialmente per quanto riguarda questioni relative all'elaborazione di una politica comune europea in materia di asilo e migrazione.

9. Visto il valore di assoluta priorità politica attribuito alla migrazione, vi è la marcata esigenza di una politica dell'Unione maggiormente strutturata, che contempli l'intera gamma delle relazioni con i Paesi terzi, compresa la rapida conclusione di accordi di riammissione con i principali Paesi terzi di origine, nonché la promozione di un'ulteriore cooperazione con questi ultimi da considerare come un processo a doppio senso allo scopo di combattere la migrazione clandestina e di sondare canali di migrazione legale in base a precise condizioni.

In tale contesto, andrebbe ulteriormente esaminata e approfondita anche la questione di un'agevole integrazione dei migranti regolari nelle società dell'Ue. Inoltre, i mezzi finanziari a nostra disposizione per il prossimo triennio 2004-2006 dovrebbero essere accuratamente riesaminati e, tenuto conto del quadro generale e della necessità

di una disciplina di bilancio, le prospettive finanziarie successive al 2006 dovrebbero rispecchiare questa priorità politica della Comunità.

10. Il Consiglio europeo è pervenuto alle seguenti conclusioni per quanto riguarda:

L'elaborazione di una politica comune in materia di immigrazione clandestina, frontiere esterne, rimpatrio dei clandestini e cooperazione con i Paesi terzi

Visti (Omissis)

Gestione delle frontiere esterne (Omissis)

Rimpatrio dei clandestini (Omissis)

Partenariato con i Paesi terzi (Omissis)

Risorse finanziarie comunitarie e meccanismo di ripartizione degli oneri (Omissis)

Asilo

24. Il Consiglio europeo ha ribadito la sua determinazione a istituire un regime europeo comune in materia di asilo, come chiesto nella riunione dell'ottobre 1999 di Tampere e specificato nel giugno 2002 a Siviglia. In questo contesto è fondamentale che il Consiglio assicuri l'adozione, entro la fine del 2003, della legislazione di base ancora in sospeso, vale a dire la proposta di direttiva del Consiglio recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi ed apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto dello *status* di protezione e la proposta di direttiva del Consiglio recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri al fine del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato.

(Omissis)

Lo sviluppo, a livello di Unione europea, di una politica di integrazione dei cittadini di Paesi terzi che soggiornano legalmente nel suo territorio

28. Il Consiglio europeo reputa necessaria l'elaborazione di una politica globale e pluridimensionale per l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi che soggiornano legalmente, ed ai quali, ai sensi delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere ed ai fini della loro attuazione, dovrebbero essere garantiti diritti e obblighi analoghi a quelli dei cittadini dell'Ue. In considerazione del fatto che un'effettiva integrazione contribuisce alla coesione sociale e al benessere economico, tale politica dovrebbe abbracciare fattori quali l'occupazione, la partecipazione economica, l'istruzione e la formazione linguistica, la sanità e i servizi sociali, l'alloggio e le problematiche urbane nonché la cultura e la partecipazione alla vita sociale. A tale riguardo il Consiglio europeo si compiace dell'accordo raggiunto sulle direttive in materia di ricongiungi-

mento familiare e di *status* dei soggiornanti di lungo periodo, che sono strumenti essenziali per l'integrazione dei cittadini di Paesi terzi.
(*Omissis*)

III. ALLARGAMENTO

36. In seguito alla firma ad Atene, il 16 aprile 2003, del Trattato di adesione - in cui abbiamo proclamato che «l'adesione è un nuovo contratto tra i nostri cittadini e non semplicemente un trattato tra Stati» - i risultati dei *referendum* svoltisi a Malta, in Slovenia, in Ungheria, in Lituania, nella Repubblica slovacca, in Polonia e nella Repubblica ceca danno ulteriore impulso al processo di ratifica. Tale processo deve essere completato in tempo utile per consentire l'adesione dei dieci nuovi Stati membri all'Unione il 1° maggio 2004. Nei mesi a venire i dieci Stati aderenti dovranno perseverare negli sforzi al fine di trovarsi ben preparati ad assumersi gli obblighi che loro incombono in virtù dell'adesione. Ci si riferisce anche alla necessaria traduzione dell'*acquis* comunitario. Per garantire il successo dell'allargamento il controllo di tali preparativi è stato intensificato sulla base delle relazioni presentate periodicamente dalla Commissione.
(*Omissis*)

IV. Cipro (*Omissis*)

V. Balcani occidentali (*Omissis*)

VI. Europa allargata / Nuovi vicini (*Omissis*)

VII. Seguito del Consiglio europeo della primavera 2003

Indirizzi di massima per le politiche economiche e orientamenti in materia di occupazione

(*Omissis*)

BCE

47. I Capi di Stato o di Governo hanno deciso in merito alla candidatura di Jean-Claude Trichet alla presidenza della Banca centrale europea. Invitano il Consiglio (Ecofin) ad avviare le procedure di cui all'art. 112 del Trattato nella prossima sessione.
(*Omissis*)

Progressi dell'agenda di riforma di Lisbona (*Omissis*)

VIII. Relazioni esterne, Pesc e Pesd

Strategia per la sicurezza dell'UE (*Omissis*)

Pesd *(Omissis)*

Armi di distruzione di massa *(Omissis)*

Agenzia nel settore delle capacità di difesa *(Omissis)*

Relazioni con il mondo arabo *(Omissis)*

Partenariato euromediterraneo *(Omissis)*

USA *(Omissis)*

Strategie comuni *(Omissis)*

Lotta contro l'HIV/AIDS, la tubercolosi e la malaria *(Omissis)*

Diritto internazionale umanitario *(Omissis)*

Corte penale internazionale *(Omissis)*

Diplomazia verde *(Omissis)*

Medio Oriente *(Omissis)*

Iraq *(Omissis)*

Iran *(Omissis)*

Corea del Nord *(Omissis)*

Timor orientale

Rifugiati (Omissis)

Sostegno elettorale (Omissis)

Birmania *(Omissis)*

Cuba *(Omissis)*

Africa centrale *(Omissis)*

ALLEGATO I

Relazione della Presidenza al Consiglio europeo sull'azione esterna dell'Ue nella lotta contro il terrorismo (comprese Pesc/Pesd)**Introduzione**

Basandosi sulle conclusioni del Consiglio europeo di Siviglia e facendo seguito a quelle del Consiglio «Affari generali e relazioni esterne» del dicembre 2002, l'approccio multidimensionale della lotta al terrorismo è stato sviluppato in tutti gli aspetti della politica esterna dell'UE.

La presente relazione, che costituisce il seguito delle raccomandazioni contenute nella relazione al Consiglio «Affari generali e relazioni esterne» del 4 dicembre 2002, illustra nei dettagli i progressi conseguiti.

A. Relazioni dell'Ue con i Paesi Terzi

1. *Analisi della minaccia (Omissis)*
2. *Valutazione tematica (Omissis)*
3. *Relazione del Gruppo sul fondamentalismo radicale e il terrorismo (Omissis)*
4. *Revisione degli aspetti della lotta al terrorismo nelle relazioni con i Paesi terzi (Omissis)*
5. *Dialogo politico (Omissis)*
6. *Linee direttrici per un'impostazione comune della lotta contro il terrorismo (Omissis)*

B. Assistenza tecnica ai Paesi terzi

1. *Assistenza tecnica dell'UE ai paesi terzi (ai sensi della risoluzione 1373 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite) (Omissis)*
2. *Inventario dell'assistenza bilaterale degli Stati membri a Paesi terzi (Omissis)*

C. Lotta contro il finanziamento del terrorismo (Omissis)**D. Cooperazione con le organizzazioni internazionali, i consessi regionali ed altri partner**

1. *Organizzazioni internazionali e consessi regionali (Omissis)*
2. *Cooperazione bilaterale (Omissis)*

E. Cooperazione tra pilastri (Omissis)**F. Pesd (Omissis)**

ALLEGATO II

Dichiarazione del Consiglio europeo sulla non proliferazione delle armi di distruzione di massa

(Omissis)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

APOLOGIA DI UN NOME: UN'INTERPRETAZIONE DEL METODO COMUNITARIO E DELL'*ESPRIT COMMUNAUTAIRE**

Sommario: 1. *Le radici della Comunità europea* - 2. *Le origini dell'Unione europea* - 3. *Prospettive* - 4. *Conclusione*.

1. Le radici della Comunità europea

Nell'ambito del folto dibattito sulla costituzionalizzazione dell'Unione europea risulta poco sollevata la questione del nome del futuro assetto organizzativo dei popoli europei. È evidente che la questione è marginale, forse banale, e che letteralmente è destinata ad annegare nel mare dei problemi aperti e dei contributi specialistici che giuristi, storici, economisti, filosofi della politica e del diritto, politici (ma l'elenco dovrebbe continuare ...), dedicano al tema. Ci si permette allora, se non altro a titolo di curiosità, di avanzare qualche nostra personale opinione su questo "cavillo nominalistico"; e in particolare, lo anticipiamo per dovere di chiarezza e sincerità, di spezzare una lancia in favore di quello tra i due nomi "contendenti" che in ogni caso, ormai con certezza, sarà destinato progressivamente a soccombere. Il nome difeso, cui alludiamo, è quello di Comunità europea (CE), oggi sopravanzato a incolmabile distanza dalla denominazione di Unione europea (UE) che viene usata in modo sempre più diffuso e generalizzato¹. La difesa trova la sua principale motivazione nel fatto che tale nome, che pure è nato in modo apparentemente casuale, sembra tuttavia rispondere allo spirito più autentico delle attese e delle speranze che circolavano nell'Europa del secondo dopoguerra, e che hanno direttamente alimentato gli stessi Padri fondatori e il progetto da essi fortemente voluto e portato a realizzazione.

* Scritto ai primi di luglio del 2002.

¹ Ed anche, a diritto vigente, giuridicamente corretto: per tutti si veda la chiara dimostrazione di ciò in TIZZANO, *La personalità internazionale dell'Unione*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 377.

Nelle sue memorie Jean Monnet racconta che il nome Comunità europea nacque quasi per caso, durante gli ultimi e decisivi colloqui con i suoi più stretti collaboratori; in special modo l'assetto istituzionale e forse il nome erano stati affrontati assieme all'autorevole giurista internazionalista Paul Reuter, che da tempo andava riflettendo su come far avanzare, con l'arma gentile del diritto, la Comunità internazionale verso l'ordine e la pace. Lo stesso Reuter era del tutto persuaso che la soluzione non fosse nel diritto internazionale; e che d'altra parte gli ordinamenti nazionali interni e in particolare i sistemi costituzionali e politici erano come bloccati, paralizzati in un atteggiamento obbligato dall'opprimente discesa della cortina di ferro. Dal punto di vista istituzionale, giuridico, più ancora politico, bisognava quindi "inventare". E la "squadra Monnet" scelse, mi sembra, di ripartire dalle persone, dagli uomini e dai loro valori, e si manterrà tenacemente fedele a uno dei caratteri fondamentali del pensiero e dell'azione di Monnet: «convincere gli uomini a parlare fra loro è il massimo che si possa fare per la pace ... il miglior contributo che si possa dare alla civiltà è permettere agli uomini di evolversi in seno a comunità liberamente costituite. Ma per arrivarvi bisogna concentrarsi su quest'unico obiettivo e non aspettarsi nulla dagli altri, se non che vengano a voi quando constatano che la vostra volontà è irremovibile. Ne abbiamo fatto la prova con la Comunità europea». Se è vero che il ruolo imprescindibile e vitale per la futura Comunità è individuato dallo stesso Monnet nelle Istituzioni, emerge con chiarezza dal suo racconto *a posteriori* che esse sono considerate di importanza capitale proprio perché ingrediente indispensabile a ogni dialogo *duraturo* e *ordinato*, da un lato tra le stesse persone e dall'altro tra le diverse comunità nazionali. Tant'è vero che si tende a parlare – nelle memorie di Monnet ma pure nella stessa dichiarazione Schuman – non tanto di unione tra Stati, quanto di incontro e collaborazione tra le nazioni europee, tra le produzioni europee, tra i popoli e i cittadini europei².

Siamo del resto in un periodo in cui anche il pensiero filosofico-politico è lacerato dalle immani e sanguinanti tragedie offerte dall'Europa nel primo cinquantennio del secolo. Fortunatamente l'animo europeo cerca di ripartire dal suo illustre passato, di recuperarne il meglio, e instancabilmente si pone questioni e vuole trovare vie di uscita. Il pensiero di rinnovamento cristiano dei filosofi francesi Mounier e Maritain, il pensiero liberale europeo di Cro-

² Per le memorie di J. MONNET se ne può vedere la traduzione italiana: *Cittadino d'Europa*, Milano, Rusconi, 1978 (ai Capitoli 11-14 la ricostruzione delle vicende riferite nel testo, e dall'ultimo tra essi è tratta la citazione riportata). A proposito dell'esigenza di ripartire dalle persone, dai loro diritti, dalla loro creatività, è anche utile rammentare che la lucida mente liberale-liberista di EINAUDI andava esaltando, negli scritti economici degli anni '45-'48, le straordinarie potenzialità del settore dei servizi in quanto capace di esaltare le capacità creative del singolo, di metterlo in primo piano rispetto ai grandi capitali e alle stesse autorità pubbliche, di stimolarlo ad ingegnarsi, ad apprendere e a insegnare. Il settore dei servizi, in effetti, è il terreno ideale tramite il quale far partecipare i singoli, e farli dialogare con gli altri e con le istituzioni.

ce, di Einaudi e di Chabod, le grandi pagine sulla dignità assoluta e intangibile dell'uomo di un Primo Levi o dei romanzi e dei saggi di Silone e di Camus, la convinta prospettiva europea di Altiero Spinelli, di de Rougemont, del professor Brugmans e di molti altri, tutte queste voci nel loro nucleo più essenziale chiedono di ripartire dall'uomo e dai suoi insopprimibili valori. Ma non dall'individuo singolo bensì dall'uomo quale consegnatoci dalla ricchissima e potente cultura europea del passato: l'uomo «comunitario», che solo nella comunità può trovare la più piena espressione di sé, la propria verità e i propri valori, e che solo nella comunità può dispiegare appieno tutte le sue energie spirituali. Si è giustamente parlato del concetto europeo di microcosmo aperto, antico e sempre rivolto all'avvenire, in continua comunicazione-ascolto con l'esterno, destinato per sua essenza a espandersi accogliendo anziché dominando³.

Ricordo ancora che proprio in quei tragici e cruciali anni '40 del secolo scorso Maritain parlava di una nuova società da costruire e rifondare sulle ceneri dell'olocausto, marcata da quattro fondamentali caratteri: 1. società «personalista», con la persona umana riconosciuta precedente e superiore allo Stato, né suddita né semplicemente cittadina di esso. 2. Società «comunitaria», con una concezione dell'uomo forgiata, sul fertile *humus* dell'Atene di Pericle e del pensiero aristotelico, in secoli di cultura greca, romana, cristiana e poi laica: cioè di un uomo che di regola trova la sua più piena realizzazione nella libera partecipazione alla collettività e nell'attiva opera a favore del bene comune di essa, distinto dal proprio interesse particolare; di un uomo che patisce invece un terribile impoverimento quando si abbandoni all'isolamento e alla chiusura in sé, e all'esaltazione della propria individualità (e vari dittatori europei di diverse epoche storiche ne hanno offerto le più icastiche e terribili prove). Dunque una Comunità di persone libere, tendenzialmente aperte alla società, in positiva tensione tra l'esercizio delle proprie libertà e il coinvolgimento diretto nella ricerca del bene comune delle comunità via via superiori. 3. Società «pluralista», ovvero segnata da una necessaria sussidiarietà congenita nell'organizzazione sociale: prima alla persona e alla famiglia in cui cresce spetta effettuare le proprie scelte di vita, e alle associazioni e gruppi di persone perseguire fini comuni, condivisi, e nelle quali ognuno può dare ed imparare; poi interviene la comunità cittadina o le associazioni di cittadini per rispondere a quei bisogni ai quali i singoli non potrebbero provvedere con pari efficacia; poi ancora alle comunità regionali e nazionali

³ A proposito della temperie filosofico-sociale dell'epoca spicca il pensiero di K. Popper, teso a un deciso rinnovamento fondato sull'uomo e sulla sua ragione. In particolare nei due volumi de «La società aperta e i suoi nemici», editi nel 1945, il filosofo viennese attribuisce un'importanza essenziale al ruolo delle istituzioni intese come luogo di incontro dei cittadini, come palestre per l'esercizio della propria ragione da parte di ognuno, al fine di progredire verso una società sempre più aperta e razionale. Cfr. K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, Armando, 1996.

organizzate in Stato toccheranno scelte legate a problemi che marcano il loro territorio e la loro identità culturale distinta e distintiva. 4. Infine, conclude Maritain, società «cristiana», definizione questa che sembra comunque da intendere, giungendo da una voce conscia dell'importanza del laicismo e della distinzione tra Stato e Chiesa, come «di cultura europea»: greca e anche romana e anche cristiana e anche laica e amante della conoscenza e di ogni scienza⁴. Ebbene, almeno in questa parte il pensiero di Maritain esercitò parecchi stimoli sugli stessi costruttori dell'Europa comunitaria quali De Gasperi, in particolare tramite gli stimoli di Dossetti, Adenauer, concreto ma anche attento alle correnti ideali da seguire per uscire dalla trappola delle democrazie bloccate del panorama europeo, i cattolici francesi Schuman e Bidault.

Si può affermare che la prospettiva del progetto Monnet e queste correnti ideali si siano riunite naturalmente, seppur in parte inconsapevolmente, in quell'organizzazione sociale che forse meglio non si sarebbe potuto definire se non Comunità europea? Forse sì. E se si è partiti dall'economia è perché il provvidenziale pragmatismo di Monnet sapeva che ricercare un dialogo e una comunanza di interessi economici tra gli uomini è più agevole e immediato; quando sono i numeri e le concrete prospettive di vantaggi finanziari ad essere mostrati, è facile convincere ciascuno della missione e fargliela piacere. Quel che oggi importa è comunque che una tra le grandi novità della Comunità europea, assieme a molte altre, è stato il suo *carattere dialogico o circolare* che desidera coinvolgere direttamente anche il piano più basso, delle persone e dei loro gruppi. Era essenziale abbandonare lo schema verticale proprio agli Stati, con autorità pubbliche e cittadini in ordine discendente, anche se nel rispetto dei diritti civili dei secondi. Le esperienze nazionali sono state feconde di risultati sino a che centrate sul valore delle persone e delle varie comunità, arricchendo incredibilmente il panorama europeo con molteplici universi culturali espressi da ciascuna quanto a storia, scienze umane, scienze giuridiche e sociali, matematiche e naturali, lingua, costumi. Esse, e gli Stati che le incarnavano, si sono poi chiusi proprio a causa di un assetto troppo verticale: verso l'esterno hanno voluto imporsi in nome non di ciò che erano, ma di apodittici sacri valori patri: e hanno voluto dominare; verso l'interno hanno fatto lo stesso anche quando la struttura statale era sufficientemente salda: e hanno disconosciuto gli universi culturali regionali di cui pure erano e sono imprescindibilmente intessute, né sono riusciti a coinvolgere i cittadini per altra via che il voto e la rappresentanza nei parlamenti nazionali.

⁴ J. MARITAIN, *I diritti dell'uomo e la legge naturale*, Milano, Comunità, 1953; si vedano anche dello stesso Autore, sul rapporto tra persona e società organizzata: *La persona umana e il bene comune*, Brescia, Morcelliana, 1948; e *L'uomo e lo Stato*, Milano, Vita e Pensiero, 1953.

In un quadro siffatto l'esigenza posta ai costruttori della Comunità era, da un lato, quella di abbandonare la *propaganda*, propria alle dittature rigidamente verticali; dall'altro anche di cominciare a por fine o almeno attenuare la *polemica* politica-ideologica, fortissima negli Stati nazionali dell'Europa dell'epoca, anch'essi strutturati in modo parzialmente ancora verticale nonostante il suffragio universale. Questa trappola della polemica ideologica, pur giustificata nell'immediato dopoguerra, rischiava alla lunga di chiudere gli stessi rappresentanti politici in una lotta pura, fatta di sterili massime e priva di contatti con la realtà e le persone; inoltre l'abitudine all'orazione più che all'analisi/decisione poteva disancorare i politici dall'obiettivo dell'efficienza in nome del perseguimento di interessi particolari, e concentrarne l'attenzione sull'imperativo della conquista del voto con ogni mezzo. Bisognava invece mettere in *dialogo* sui problemi concreti tutte le realtà europee, attribuendo a istituzioni dialogiche alcuni obiettivi prestabiliti da perseguire con efficienza nel rispetto di taluni fondamentali principi del diritto, fissando regole giuridiche obbligatorie per tutti, mettendo le istituzioni europee/comunitarie in rapporto con le istituzioni nazionali e, in parecchie aree, in diretta comunicazione con le stesse persone e con le imprese⁵.

Non c'è allora da stupirsi di quella giurisprudenza della Corte di giustizia che sin dall'inizio fece delle persone fisiche e giuridiche veri e propri soggetti a pieno diritto dell'ordinamento comunitario, Ceca e poi Cee, suscitando uno scalpore che molti, politici, diplomatici, giuristi provarono all'epoca⁶. Né sorprende la giurisprudenza fattasi sempre più precisa ed esigente in fatto di tutela giuridica dei diritti fondamentali delle persone; quella che ha dichiarato la capacità anche delle direttive comunitarie di creare veri e propri diritti soggettivi, personali, in capo a persone fisiche e giuridiche; quella che concede azione diretta contro uno Stato membro agli stessi cittadini europei, quando i loro diritti (comunitari) siano dal primo violati; o quella che sceglie di rinvenire la base giuridica degli atti, in caso di duplice ambito materiale senza prevalenza dell'uno sull'altro, nella competenza materiale che coinvolge maggiormente il Parlamento europeo, in quanto la partecipazione dei cittadini è elemento fondamentale delle democrazie europee⁷. E non c'è da

⁵ Mi sembra cioè che nel modello istituzionale delle Comunità degli anni '50 e nella sua ispirazione già fosse insita, allo stato embrionale almeno, questa rinnovata concezione di una democrazia più partecipata, efficiente, tollerante, e che poi sia stata progressivamente (e ancora imperfettamente) sviluppata con le successive riforme dei Trattati. Una simile impostazione già post-ideologica era in effetti impossibile nei singoli Stati membri, nell'immediato dopoguerra e ancora per molti anni, a causa delle rigide imposizioni della guerra fredda.

⁶ Sentenza *van Gend en Loos* del 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, in *Raccolta*, 1963, p. 3.

⁷ Sentenze *Stauder* del 12 novembre 1969 in causa n. 29/69, in *Raccolta*, 1969, p. 419; *SACE* del 17 dicembre 1970 in causa n. 33/70, in *Raccolta*, 1970, p. 1213; *Francovich* del 19 novembre 1991 in cause n. 6/90 e n. 9/90, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357 e in questa *Rivista*, 1992, p. 81 con nota di F. CAPELLI, *Un «pungolo» per i Paesi inadempienti*, p. 91; *Commissione c. Consiglio* dell'11 giugno 1991 in causa n. C-300/89, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2867 e in questa *Rivista*, 1992,

stupirsi infine che negli anni successivi la Comunità e le sue Istituzioni, Commissione e Corte di giustizia e poi anche il Parlamento europeo, abbiano voluto privilegiare questa circolarità dialogica, ricercando la cooperazione e la partecipazione delle autorità nazionali, delle imprese, poi dei cittadini, senza divenire un super-Stato ma ponendosi quale livello superiore di ordinamenti integrati nazionali, regionali, locali, delle persone fisiche e giuridiche.

La sussidiarietà, se non mi sbaglio, è un'impronta genetica primordiale della Comunità europea e della sua struttura, un carattere destinato poi a imporsi progressivamente⁸. Si tratta di una sussidiarietà che vuole innanzitutto porre in primo piano le persone e farle partecipare alla Comunità europea, dialogando tra esse e con le Istituzioni della Comunità di cui fanno parte. Le stesse Istituzioni devono essere dialogiche all'interno come all'esterno. Senza di esse l'operato dei singoli si disperde e manca inevitabilmente di continuità; ma esse devono essere luoghi di incontro tra persone e tra organi diversi, punti di incrocio e confronto tra competenze e interessi molteplici, centri aperti agli stimoli delle ricche e diverse sensibilità sociali, nazionali, regionali-locali. In caso contrario, come insegnano le burocrazie nazionali, anche le istituzioni rischiano quella chiusura in se stesse che ne segnerebbe la progressiva sterilità⁹. A questo proposito è significativo rammentare che agli inizi degli anni '60 Monnet e il presidente americano Kennedy si trovarono in ottima sintonia. Entrambi credevano nel valore di stimolo reciproco e di fecondità democratica di una *partnership* paritaria tra USA e un'Europa davvero unita; entrambi, all'interno dei loro Paesi (cioè degli USA e della Comunità) erano persuasi, e hanno più volte testualmente affermato, che la vera virtù della democrazia, e la sua nuova frontiera, consisteva nel consentire a chiunque fosse disposto a partecipare alla vita politica di farlo, cioè di

p. 677 con commento di G. SCOGNAMIGLIO, *Le basi giuridiche dell'azione ambientale: relazione tra l'art. 100 A e l'art. 130 S del Trattato*, p. 683.

⁸ Va osservato, sia pur sul diverso piano religioso, che nelle due fondamentali encicliche di GIOVANNI XXIII° degli anni '60, *Mater et Magistra* (1961) e *Pacem in terris* (1963), viene enunciata compiutamente anche la concezione cattolica della sussidiarietà all'interno della società e, rispettivamente, della società internazionale.

⁹ Questa apertura mi sembra iscritta già nell'impostazione originaria della Comunità e in seguito sviluppata sempre più col maturare delle condizioni ideali. Penso ai tanti pareri da acquisire o comunque sollecitati nei vari processi normativi-esecutivi-amministrativi, del CES, poi anche del CdR, dei Comitati tecnico-scientifici che rappresentano le competenze e sensibilità di tutte le Comunità nazionali europee, delle associazioni di cittadini rappresentanti i più vari interessi. Penso anche, senza poter fare qui più che un accenno, alla procedura legislativa che vede partecipare in fase di proposta un organo altamente competente e slegato da interessi politici contingenti, per garantire efficienza e direzione omogenea alla legislazione; che con la codecisione vede su un piede di parità i rappresentanti dei popoli europei e rispettivamente delle comunità nazionali; e che riconosce un ruolo, per ora limitato, delle comunità regionali e delle stesse parti sociali organizzate. Oggi è pure significativo (e ancor raro negli Stati membri) l'invito che viene sempre più frequentemente rivolto a tutti i cittadini anche singoli e "destrutturati", e che viene insistentemente e attivamente pubblicizzato grazie ai mezzi telematici, ad esprimersi sulle proposte legislative in corso. La meta ideale che ne risulta è che ogni soggetto di diritto possa dirsi in qualche modo autore e responsabile della legge che poi dovrà regolarne la vita economico-sociale.

farsi parte attiva nel disegnare le comuni regole democratiche disciplinanti la vita civile e nel partecipare agli organi politici della comunità competenti a gestirle. Di qui, dalle persone e a salire verso l'alto, era legittimo attendersi che questo concetto, sul piano europeo, si allargasse sino ad abbracciare, nel nome della sussidiarietà, la partecipazione alla vita democratica delle comunità comunali, regionali, nazionali ed europea, dialoganti ciascuna al loro interno e tra un livello e l'altro, senza compartimenti stagni e senza che l'una possa dirsi migliore dell'altra o possa imporsi sull'altra.

2. Le origini dell'Unione europea

Il nome di Unione politica europea trae la sua origine prima dal c.d. Piano Fouchet, presentato negli anni '61-'62 dal Governo francese del generale de Gaulle. Il piano proponeva una messa in comune da parte degli Stati delle problematiche di politica estera, di difesa, e culturali-educative; aveva un Consiglio che decideva all'unanimità, con facoltà per gli Stati di astenersi o non partecipare alle decisioni, nel qual caso esse non avrebbero vincolato lo Stato in questione sino alla sua esplicita accettazione; l'Assemblea parlamentare aveva poteri di interrogazione e raccomandazione; la Commissione esecutiva era formata da rappresentanti dei governi con funzioni simili a quelle di un segretariato del Consiglio. L'idea poteva essere a quel tempo positiva nella misura in cui avrebbe avviato una cooperazione e un dialogo su materie delicate, in cui la cautela suggeriva di mantenere il modello intergovernativo e verticale, con rapporti esclusivi tra i vertici delle pubbliche autorità degli Stati. Sennonché modifiche seguenti da parte francese introdussero nel progetto di una tale Unione europea degli elementi di palese rottura con l'esistente sistema delle Comunità. Si inserirono anche competenze economiche dell'Unione che andavano a sovrapporsi con quelle delle tre Comunità in funzione; e soprattutto si modificò la clausola del Piano relativa alla revisione dopo un triennio, prospettando «delle riforme ... che potrebbero tendere a semplificare, al fine di razionalizzarle e di coordinarle, le diverse modalità di cooperazione fra gli Stati membri», ed espungendo l'inciso originario «effettuate nel rispetto delle strutture previste dai Trattati di Parigi e di Roma». L'iniziativa era chiaramente rivolta contro le Comunità esistenti e il loro metodo-modello. È abbastanza pacifico, nelle analisi sui negoziati che sono state proposte, che l'intendimento era di riassorbire le Comunità in una prospettiva intergovernativa con gli Stati assolutamente protagonisti, padroni del gioco sia all'interno del loro territorio e del loro ordinamento, sia all'esterno in ordine alle decisioni da concertare insieme in sede europea¹⁰.

¹⁰ Per la ricostruzione delle vicende del piano Fouchet cfr. A. SILJ, *Europe's Political Puzzle: a*

Il termine Unione europea è stato ripreso ufficialmente dal Presidente francese Pompidou al vertice dei capi di Stato di Parigi del 1972, per indicare, in modo a dire il vero piuttosto confuso, una struttura unitaria dell'integrazione e cooperazione europea che, oltre alle questioni economiche, trattasse anche quelle legate alla politica estera e alla difesa. Nonostante la genericità della proposta essa non pareva comunque più anti-comunitaria, pur mantenendo l'impostazione governativa e verticale, la quale rende più facile il reciproco sospetto e la polemica pregiudiziale, e meno assiduo e fruttuoso il dialogo. Di qui, dalla proposta Pompidou del 1972, prende avvio il noto percorso che porterà a un'Unione anche politica, estesa al coordinamento in fatto di politica estera e difesa, e che passerà per il secondo vertice di Parigi del 1974 con il mandato al belga Tindemans, per il rapporto Tindemans dell'anno seguente, per il Rapporto di Londra del 1981 e la dichiarazione Gensher-Colombo del 1983, sino ai Trattati di Amsterdam e di Nizza.

La strutturazione a più pilastri abbozzata nell'Atto unico e inaugurata a Maastricht è stata certamente utile: ha permesso alla Comunità europea di proseguire senza interferenze ed ha avviato un produttivo confronto e una concreta azione comune nella PESC, inclusa la difesa, e nella cooperazione su giustizia e affari interni. Il metodo intergovernativo ha tuttavia rivelato le proprie lacune, e ha conosciuto, accanto a casi di dialogo costruttivo coronato da decisioni, momenti di polemica di entità poco consueta in ambito comunitario dove il confronto, anche aspro e combattivo, rallenta o proroga magari le decisioni ma di regola trova poi le risorse per farsi fruttuoso e non arenarsi. Del resto proprio le questioni di politica estera, il problema della difesa, le problematiche della giustizia specialmente penale, il tema dell'immigrazione, le politiche di asilo, sono spesso dominati nei vari Paesi da posizioni preconcepite più che da giudizi ponderati scaturiti da analisi e dibattiti. Tali preconcetti e pregiudizi sono il lascito di un passato talora secolare che si ripete in modo irrazionale, senza ricordare le proprie originarie ragioni; o di diatribe intrise talora di interessi particolaristici talora, pur oltre un decennio dopo la caduta del muro di Berlino!, da ideologie astratte. Il contraddittorio atteggiamento dei Paesi membri nella crisi balcanica, con una divisione tra filo-serbi e filo-croati e sloveni, ne è un emblema¹¹.

Queste polemiche, che all'interno dei vari Paesi sopravvivono con incredibile pervicacia ai radicali mutamenti storico-sociali avvenuti, hanno prodot-

Study of the Fouchet Negotiations and of the 1963 Veto, Cambridge - Massachusetts, Harvard University, 1967; B. OLIVI, *L'Europa difficile*, Bologna, Il Mulino, 1998 (Cap. 2); e G. MAMMARELLA, *Storia d'Europa dal 1945 ad oggi*, Roma-Bari, Laterza, 1997 (Cap. 12). Cfr. anche il Capitolo 17 delle citate Memorie di MONNET, *Cittadino d'Europa*, cit. supra, nota 2.

¹¹ Per considerazioni di quest'ordine v. R. TOULEMON, *La construction de l'Europe*, Parigi, Gallimard, 1994 (*passim*); e sulle ultime vicende ID., *De l'Europe économique à l'Europe politique par la méthode communautaire*, RMCUE, 2002, p. 216.

to guasti e ancor più determinato ritardi alla cooperazione europea. Non è da escludere che le loro ripercussioni si siano avute anche sul piano della Comunità europea. Sembra plausibile che esse potranno stemperarsi solo con la progressiva comunitarizzazione, con la loro riconduzione più o meno completa nella struttura circolare e dialogica della Comunità, dove ognuno porta le sue idee, la sua cultura storico-linguistica, la sua mentalità, e contribuisce a formare un ragionato giudizio (questa volta post-giudizio, non pre-giudizio) europeo su questioni che come poche altre, nel mondo attuale, sembrano meglio affrontabili a livello comunitario-europeo. Proprio qui, allora, il metodo comunitario potrebbe costituire la chiave per risolvere controversie aspre e apparentemente senza uscita. Certo, ancora una volta è necessaria la fiducia reciproca e la fede nell'uomo europeo e nella sua capacità di decidere bene; senza di essa ognuno continuerà a ritenere di essere sempre più adeguato degli altri e non accetterà decisioni a maggioranza che potrebbero dispiacerli.

3. Prospettive

La recente storia comunitaria ha dimostrato che è stato il primo pilastro a prestare gli strumenti per operare efficacemente agli altri pilastri, e ad espandersi ridimensionandoli, generalmente con un aumento generale del tasso di democraticità e di partecipazione del sistema politico europeo. Dal quadro istituzionale unico al comune regime finanziario, dal regime linguistico al problema dell'accesso ai documenti delle Istituzioni dell'Unione europea, dalla progressiva ricomprensione nel pilastro comunitario di competenze prima appartenenti agli altri sino alla recente comunitarizzazione delle problematiche sensibili dell'immigrazione¹². Queste ultime, si noti, sembravano tabù per il sistema comunitario ancor più che la politica estera e la difesa, a causa di consistenti forze politiche presenti in molti Stati membri che volevano assolutamente mantenerle nell'agone nazionale. Intorno ad esse, non solo nei *media* ma anche nei Parlamenti e all'interno della società civile, si sono frequentemente ascoltati accesi e vibrati accenti polemici legati ai sacri valori patri o a pregiudiziali e non ben comprensibili convinzioni storico-politico-filosofiche (così, almeno, ribattezzate dagli interessati); flebile è stato il vero dialogo sulle questioni, scarse le analisi serie e più ancora l'ampia diffusione delle analisi svolte; rarissimo l'invito ad associazioni e a cittadini tutti di intervenire sul tema, di esprimersi su eventuali progetti legislativi, ecc.. Eppure la comunitarizzazione pare aver "forzato" il dialogo, tra interlocutori

¹² Ricostruisce la progressiva estensione del primo pilastro e delle sue norme e principi G. ISAAC, *Le pilier communautaire de l'Union européenne, un pilier pas comme les autres*, in *Cah. dr. eur.*, 2001, p. 45.

che forse non avevano neppure una grande volontà di dialogare. Il metodo partecipativo comunitario ha dato risalto alle autorità dei vari Paesi competenti e che quotidianamente si confrontano sul campo con i problemi concreti e reali; ha coinvolto Università affidando loro studi in materia; ha aperto un canale di comunicazione con la società civile e i cittadini sulle proposte avanzate dalla Commissione. Pare infine che tutto ciò stia producendo buoni frutti, testimoniati da accordi di massima raggiunti al Consiglio europeo di Siviglia del 21-22 giugno 2002.

Si potrebbe affermare, in quest'ottica, che i Padri fondatori abbiano già progettato la nuova frontiera della democrazia, preparando negli anni '50 un meccanismo *ad hoc* per il dopo guerra fredda. Attornata da sistemi democratici ancora bloccati nella vecchia logica liberismo/comunismo o destra/sinistra (incluso forse quello USA), l'Europa più di altri, sul piano comunitario, sembra aver saputo mantenere toni sufficientemente pacati tra le varie sensibilità politiche. Ancor oggi in diversi Stati la polemica politica è forte, e le cronache offrono ancora, seppur meno che in passato, dibattiti politici animati da confusione tra bene collettivo e interesse politico-particolaristico, a volte persino da contrapposizioni ideologiche vuote e non fondate su scelte precise. Invece, nella Comunità-Unione europea, le filosofie politico-sociali che ispirano l'animo del cittadino europeo paiono in grado di convivere con maggiore rispetto e con la consapevolezza di rappresentare solo degli *habitus* mentali-culturali diversi, non necessariamente migliori degli altri¹³. Sinora in ambito comunitario anche i nodi maggiori sono stati di regola sciolti con un atteggiamento abbastanza aperto, di dialogo costante, di massimo riconoscimento della legittimità delle altrui posizioni. In fondo, è il meccanismo dialogico a mille voci che lo impone e che educa a praticarlo. Ciò mette la straordinaria ricchezza spirituale delle varie comunità nazionali, e le energie delle varie sensibilità di filosofia politica forgiate nei secoli dal pensiero europeo, le mette nelle condizioni migliori per esprimere le soluzioni più ragionate, ponderate, proficue ed efficaci.

¹³ Ad oggi, in sintesi, vi è il movimento o gruppo socialdemocratico, o solidale, più attento alla posizione dei più svantaggiati e alle strutture pubbliche/private destinate a tutelarli e coinvolgerli; quello liberale, che in linea di massima privilegia un approccio ispirato dalla tolleranza e dalla promozione delle libertà delle persone e delle varie comunità di cui fanno parte, e da una larga ma vigile fiducia nel loro senso di responsabilità; quello popolare-istituzionale, quest'ultimo che alla fiducia nelle libertà della persona, comunque doverosa per chiunque voglia dirsi europeo, privilegia in linea di massima una cura maggiore alla forza e all'efficacia delle istituzioni pubbliche, sia al fine della miglior tutela delle persone stesse, sia per la salvaguardia di determinate convinzioni e assetti sociali, economici, morali). Si aggiungono altre famiglie politiche, oggi anche la consistente Europa delle nazioni. Mi sembra che in realtà si possa finalmente parlare di maggiori inclinazioni più che di strutture di pensiero radicalmente e completamente irriducibili l'un l'altra: attorno a valori fondanti, le libertà e i diritti fondamentali di Nizza, vi è spazio per ricercare assieme la loro concretizzazione migliore, con doverose ma non furiose battaglie sulle regole e sui principi.

Lo stesso pragmatismo sembra valere nell'ambito dei rapporti tra piani di governo differenti. Il fatto di vincolare le Istituzioni comunitarie al perseguimento efficiente di dati obiettivi e principi, e ad operare entro un assetto circolare-orizzontale, fa spesso in modo che tra i vari livelli (europeo, nazionale, regionale, comunale) non vi sia un rapporto di subordinazione/separazione, e di antagonismo, ma di integrazione reciproca, di completamento progressivo e sempre di qualità, di declinazione secondo ciascuna voce europea di approcci, principi, regole comuni; e comuni perché comunitariamente e democraticamente decise. L'un piano non è migliore dell'altro; deve semplicemente fare cose diverse.

Se si vuole, come tutti vogliono, scongiurare un super-Stato europeo, se si vogliono tutelare in modo autentico quelli che sono i veri interessi nazionali al di là delle vuote formule (la cultura; la lingua; i vari assetti territoriali ed economico-sociali formatisi nel corso degli anni; l'identità delle varie comunità infra-nazionali che si concreta in forme di autogoverno, in determinati sistemi socio-educativi, in modi di comportarsi e di interagire), crediamo che il metodo comunitario sia il migliore. Un'Unione di Stati, aggiungasi pure di Stati-nazione, potrebbe invece determinare alla fine una riproposizione di schemi politici superati; per lo meno, si correrebbe il rischio di non sfruttare pienamente i fecondi semi sparsi dai Padri fondatori e coltivati in seguito, di non sviluppare in ogni loro potenzialità quelle che sono promesse (in parte già inveratesi) di una nuova frontiera della democrazia umana quale forse nessun'altra area geografico-sociale al mondo è sinora riuscita a proporre. Insomma, l'assunto qui sostenuto è: più Comunità europea nella futura Europa; meno Unione di Stati, e meno Stati europei.

In ogni caso, al di là della sottigliezza nominalistica, forse chi può prendere utilmente e positivamente il testimone dall'esperienza comunitaria quale essa è stata impostata sin dall'inizio è solo un'Unione di Stati-nazione dove il termine Nazione sia inteso in modo aperto e in senso ampio culturale, secondo il secolare insegnamento di filosofi, storici, sociologi di ogni epoca e in particolare del nostro tempo globale. Nazioni quindi legate ai valori delle persone, dedite a promuoverne il pieno sviluppo, non aggrappate all'appartenenza formale o alla mera vicinanza o comunanza di interessi economici o anche sociali o peggio nazionalistici-sacrali. Una simile Unione di Stati-nazione "comunitaria" comprenderebbe allora, necessariamente, la comune Nazione-comunità europea come la catalana, la comunità nazionale irlandese e la comunità triveneta, la comunità italiana e quella bavarese, ognuna con le proprie competenze, nel massimo rispetto e nella massima fiducia delle forme di assetto politico-sociale scelte democraticamente ai vari livelli. Ne segue in modo ovvio il rispetto e la valorizzazione delle differenze, ad esempio tra modello più centralistico (penso alla Francia) e più regionalistico

(penso a Germania e Spagna), con la possibilità di ognuno di colloquiare e imparare da ogni altro. In quest'ottica non si tratterebbe di porre veti a nessun livello, ma di andare ovunque nella comune patria europea venendo accettati per quel che si è, con la propria storia, cultura, conoscenze, lingua, mentalità. L'*esprit européen* e regole democratiche sempre più circolari e partecipative conducono poi alla soluzione, rispetto alla quale vincitori e vinti potranno dire di non essere stati marginalizzati. Uno dei cardini della Comunità europea cui tutti partecipano è infatti quello di essere Comunità di diritto; diritto che ad ogni livello dovrebbe essere partecipato, rigorosamente motivato, ricco di strumenti anti-discriminatori e di tutela delle libertà fondamentali, e poi obbligatoriamente da osservare.

In tal quadro, e al livello europeo, la distinzione tra pilastri dovrebbe sparire a favore di una completa generalizzazione del metodo comunitario eventualmente modulato a seconda delle politiche. La cooperazione intergovernativa sarebbe soltanto una sorta di sala di attesa per quelle comunità nazionali che ancora non si sentano pronte a certi passi avanti; sarebbe la via ideale per mantenere coesa la comunità dei popoli europei consentendo a taluno di essi, tramite le cooperazioni rafforzate, di sperimentare nuove vie di democrazia sempre più partecipata. E se davvero si vuole un'Europa politica, o più politica, forse la si otterrebbe non "statalizzando" la Comunità in uno Stato Unione di Stati, bensì "comunitarizzando" un po' gli Stati membri. Ad esempio, si potrebbe pensare all'obbligo accettato da ogni partecipante e da iscrivere nel Trattato-Costituzione del 2004 di incardinare nel proprio sistema il principio di sussidiarietà, in termini equivalenti, se anche non identici, a quelli valevoli per la Comunità¹⁴. Ciò avvierebbe dei processi, sovranamente e democraticamente decisi da ogni comunità nazionale, di reale conversione del sistema da verticale in orizzontale, indurrebbe ogni autorità a maggiore dialogo e pragmatismo, educerebbe autorità e cittadini al sentimento di appartenere a una grande comunità multilivello dove ognuno è chiamato a partecipare in modo paritario rispetto a ogni altro, in modo responsabile e tollerante. O ancora, si potrebbe prevedere un qualche obbligo giuridico per ogni comunità di invertere concretamente l'antico brocardo che *ignorantia legis non excusat*, mediante una completa e gratuita messa a disposizione di tutte le norme giuridicamente vincolanti: per via elettronica, sull'esempio del sito eur-lex comunitario, con la completa raccolta di codici e legislazioni esistenti, raggiungibili mediante agevoli indici di repertorio o cronologici; *off-line*, con la

¹⁴ Sul punto credo deludente più che promettente la recente modifica costituzionale italiana, che ha introdotto il principio di sussidiarietà all'art. 118. A differenza di quello comunitario, definito e poi specificato nel pertinente Protocollo al Trattato di Amsterdam, il principio italiano non riceve alcuna definizione, né aiuta molto l'accostamento ai poco chiari principi di differenziazione e di adeguatezza (forse quest'ultimo soltanto può gettare qualche luce sulla sussidiarietà italiana).

disseminazione in municipi, strutture pubbliche, tribunali, biblioteche statali e comunali – secondo le decisioni di ogni comunità – dei codici e delle legislazioni nella versione attualmente in vigore (in fondo i veri proprietari del diritto sono i cittadini, non i legislatori né i giudici).

Il quadro istituzionale comunitario andrebbe allora migliorato in senso partecipativo, non ricondotto a moduli statali per rimediare a un presunto *deficit* democratico comunitario. Il modello comunitario ha certo diverse cose da apprendere dai sistemi in vigore nei vari Stati, nel senso per esempio di più ampie forme di voto popolare; inoltre recenti e successive modifiche lo hanno reso in parte contorto. D'altro lato anche molti Stati potrebbero avviarsi verso sistemi più comunitari: con Consigli di Ministri regionali; con esecutivi più neutri, dipendenti da obiettivi e da alcuni principi basilari piuttosto che da giochi di potere di carattere parlamentare o elettorale; e via discorrendo, a seconda delle soluzioni condivise da ogni comunità. Il sistema democratico europeo sarebbe così orientato, nel suo complesso, verso la virtuosa direzione di una società di Persone, tutte partecipi come cittadini di Stati, o sistemi istituzionali, partecipati e disegnati per ricercare e realizzare il bene comune.

4. Conclusione

Dunque, dovrebbe essere la Comunità europea a imprimere il marchio alla nuova impresa avviata più di 50 anni fa dai Padri fondatori. Si avrebbe una Comunità europea di Comunità nazionali, a loro volta composte spesso da comunità regionali, con l'ultima comunità politica al successivo livello dove effettivamente si pongano problemi delicati, che coinvolgono mentalità e abitudini delle persone e che pertanto possano definirsi problemi politici e non solo amministrativi (in Italia, mi sembra, le comunità comunali). Ogni comunità potrebbe imparare da ogni altra, affinare i propri metodi, esportarne taluni aspetti. Ogni comunità avrebbe il suo diritto istituzionale, il suo diritto materiale, con una separazione dialogata, ma necessariamente chiara e trasparente, delle competenze e dei poteri rispettivi. Ogni persona, credo, dovrebbe avere in ogni comunità gli stessi diritti che l'animo europeo è sin qui pervenuto a riconoscere come fondamentali (quelli di Nizza)¹⁵; e sarebbe poi sog-

¹⁵ Avranno probabilmente ripercussioni anche sulla soluzione del valore a ogni livello e in ogni campo dei diritti fondamentali di Nizza le recenti sentenze del Tribunale di primo grado delle Comunità europee che ne ha fatto esplicita applicazione: *max.mobil Telekommunikation c. Commissione* del 30 gennaio 2002 in causa n. T-54/99, in *Raccolta*, 2002, II, p. 313 e in questa *Rivista*, *supra*, p. 277 con commento di M. MICHELETTI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, interpretazione per principi generali e pluralismo giuridico*, p. 281 e *Jégo-Quéré c. Commissione* del 3 maggio 2002 in causa n. T-177/01, in *Raccolta*, 2002, II, p. 2365 e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 519. La seconda, certo destinata alla celebrità almeno se confermata dalla Corte, ha in

getto di diritto a pieno titolo ed in parte coautore delle norme, rispettivamente, comunitarie/europee-nazionali-regionali-comunali. Infine l'attribuire l'iniziativa innanzitutto alle persone e alle loro associazioni, in dialogo tra esse e con ogni autorità pubblica (senza barriere e schermi tra livelli) sarebbe la migliore garanzia di una democrazia sempre più partecipata, razionale, ordinata, appunto comunitaria.

Imboccare con coraggio e convinzione questa strada (ed oggi non è scontato che così sarà) è tanto più importante quando si è alla vigilia di un allargamento decisivo per l'integrazione europea. È essenziale che i nuovi *partner* acquisiscano rapidamente la cultura e il metodo comunitario; che ne siano ispirati anche all'interno dei loro ordinamenti; che possano dissipare le voci e le ansie di chi, in essi, teme di entrare in un Super-Stato appena dopo aver strappato definitivamente i legacci imposti dal sistema sovietico. Un esempio, tra gli altri, è lo spinoso caso di Cipro. La comunità cipriota avrebbe più *chances* di trovare risposte ai suoi problemi nel metodo Monnet, in una sussidiarietà non discriminatoria per nessuno, in una messa in dialogo attiva e non attendista (e meglio ancora attraverso istituzioni o istituzionalizzata), delle due comunità greca e turca, delle comunità cittadine, delle persone, delle associazioni; meno promettente sembra la via delle classiche ed estenuanti trattative "politiche" sfocianti poi in soluzioni imposte alla popolazione.

Insomma, e anche al di là della questione formale dei nomi, la ricchezza del metodo comunitario, che da più parti oggi si mette in discussione, è ancora tra le punte più avanzate della democrazia sul nostro pianeta, modello per molte altre parti del nostro mondo oramai così globale e interdependente. Il metodo comunitario non è soltanto un ottimo strumento di cooperazione economica, ma da rivedere ove si varchino i limiti del terreno economico-monetario. Piuttosto, esso sembra fondato e radicato direttamente nei valori più alti dell'uomo, nel suo bisogno di libertà e di libertà di partecipare alla società (e di non farlo), nei vari aspetti della sua intangibile dignità; e se così è, può concludersi che si tratta piuttosto di uno strumento squisitamente politico, e intrinsecamente democratico.

Per chiudere, l'impresa comunitaria maturata a cavallo degli anni '50 del secolo scorso, e i suoi artefici, meritano aggiornamenti che non mutino però lo spirito originario. Del resto, credo che a statisti come Monnet e Schuman,

particolare riconosciuto – con motivazione e conclusione che peraltro lasciano adito a diversi dubbi – che: l'art. 230 CE sul diritto dei singoli di impugnare atti comunitari se da essi direttamente e individualmente interessati, così come sinora interpretato lungo tutti i cinquant'anni di vita dell'ordinamento comunitario, era illegittimo perché non conforme al diritto a un ricorso effettivo garantito dall'art. 47 della Carta di Nizza, e dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo; e che pertanto s'imponesse una rilettura del disposto in senso conforme a tale irrinunciabile diritto, giungendo a considerare «direttamente e individualmente interessato» chiunque si trovi in una situazione giuridica che sia direttamente lesa, in modo certo e attuale, dall'atto impugnato, in quanto esso restringe i suoi diritti o gli impone nuovi o maggiori obblighi.

Adenauer e De Gasperi e Spaak, e poi Delors e Kohl, e ancora Dehaene e Ciampi e Prodi, possa davvero applicarsi una definizione profondamente vera che Camus scrisse proprio al tempo della nascita del progetto comunitario, ossia che: «tutti i grandi riformatori cercano di costruire nella storia quello che Shakespeare, Cervantes, Molière, Tolstoj hanno saputo creare: un mondo sempre pronto ad appagare la fame di libertà e di dignità che sta in cuore ad ogni uomo»¹⁶. Per citare altri due autori, può anche suggerirsi che i Padri fondatori, dinanzi all'annientamento dell'animo europeo perseguito dai regimi nazi-fascisti e da quelli sovietico-comunisti, abbiano voluto fare di quelle tragiche esperienze un'occasione di travaglio rigenerante come la notte dell'Innominato manzoniano, o le mefistofeliche tentazioni del Faust di Goethe; riannodando il dialogo tra sensibilità europee all'evidenza comuni e destinate ad incontrarsi, essi hanno sortito l'effetto del dialogo col Cardinal Federigo o dell'incontro con Greta e poi con Elena, e hanno restituito alla comunità, alla Comunità europea, un uomo positivo, creativo, aperto, assetato di dare e di ricevere ogni giorno qualcosa, desideroso sempre di creare e di realizzare¹⁷. Come si vede da queste poche suggestioni letterarie e come moltissime menti lucide hanno dimostrato almeno da tutto l'800 a questa parte, la Comunità è già il frutto del riannodarsi di fili culturali, perciò politici, provenienti dall'omogenea, molteplice, variegata famiglia europea.

Paolo Pallaro*

¹⁶ A. CAMUS, *L'homme révolté*, Paris, Gallimard, 1951 (Cap. IV); se ne veda la traduzione italiana *L'uomo in rivolta*, Milano, Bompiani, 1999.

¹⁷ Già pochi anni dopo la prima guerra mondiale Paul VALÉRY paragonava l'Europa e l'animo europeo a un Amleto che «medita sulla vita e sulla morte. Ha per fantocci tutti gli oggetti delle nostre controversie; ha per rimorsi tutti i nostri titoli di gloria; è accasciato sotto il peso delle scoperte, delle conoscenze ...» (P. VALÉRY, *Variété*, I - *La crise de l'esprit*, p. 19), citato in C. CURCIO, *Europa, storia di un'idea*, Torino, ERI, 1978 (Cap. X).

* Dottore di ricerca in Diritto delle Comunità europee.

RECENSIONI

Massimo Panebianco, *Global Peace e Guerre d'Oriente*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 115, Euro 15,00

In una fase di profonda trasformazione del sistema internazionale di sicurezza collettiva nel quale si è registrato il crollo del regime ONU segnato dagli artt. 41-42 della Carta, l'esperienza recente dell'ultimo decennio degli anni '90 e dell'inizio del XXI secolo risulta contrassegnato da una profonda distanza rispetto ad ogni precedente noto.

Mentre la bozza di Trattato costituzionale europeo si preoccupa di assicurare un profondo rafforzamento delle sue competenze in materia di politica estera di sicurezza e di difesa comune (PESC-PESD), sembra profondamente modificato il quadro normativo esterno conseguente al sistema mondiale di sicurezza collettiva. Da tempo la dottrina aveva sottolineato la crisi del modello centrale di organizzazione internazionale conseguente alla disattivazione del sistema operativo delle Nazioni Unite ed alla sua protratta inefficienza come sistema difensivo reale. A tale inattività non avevano certo contribuito a riparare le forme sostitutive elaborate nel decennio degli anni '90 mediante misure di *peace-enforcing* delegate a Stati della Comunità internazionale chiamati a supplire ai macroscopici vuoti operativi delle stesse Nazioni Unite.

In tale problematica generale si inserisce il volume qui recensito al quale spetta il grande merito di aver focalizzato le prospettive del nuovo *de iure belli ac pacis* nelle tre grandi aree di conflitto manifestatesi a partire dall'ultimo decennio del XX secolo. L'autore propone, come modello interpretativo, la definizione di un'unica area di conflitto armato suddivisa nelle tre sub-aree connesse delle guerre balcaniche, dei conflitti in Medio Oriente, fino a quello recente Iraq-Usa ed infine in Asia centrale dopo il conflitto afgano. Di tale grande area di conflitto, l'autore esamina le varie tipologie ritenendo già sufficientemente configurata l'ipotesi di una rilettura dell'art. 24 della Carta dell'Onu sotto la spinta di alcuni Stati auto-legittimatisi ad esercitare in modo privilegiato alcune funzioni di polizia internazionale.

L'autore, peraltro, contrappone ad una visione cosmopolitica del *de iure belli ac pacis* (p. 63-64) la posizione comunitaria di Stati neutrali o indifferenti nell'ambito della libertà normativa consentita all'ordinamento internazionale, posizione che gli Stati dell'Unione europea hanno largamente adotta-

to sotto il vigore dell'attuale ordinamento comunitario. L'autore individua, altresì, un'ulteriore ipotesi di soluzione che egli definisce "istituzionale" (p. 62-63) e che ritiene degna di rafforzamento normativo in piena sintonia tra l'azione universale di pacificazione e quella regionale operata in sede Nato ed Unione europea.

Il volume presenta così una lettura largamente anti-convenzionale rispetto ai *cliché* dottrinali ponendo a continuo confronto la normativa internazionale con quella dei regimi determinatisi in ragione di esigenze particolari collegate alle varie aree di conflitto. In tale contesto, appare interessante la tipologia dei conflitti armati analizzati con particolare riferimento alle nuove misure di polizia internazionale, adottate nella specie: misure anti-invasione, anti-terrorismo, anti-razzismo, anti-pulizia etnica ed infine anti-riarmo atomico, chimico e batteriologico. Così concepito, il volume si inquadra nel più recente filone della dottrina europeistica e internazionalistica particolarmente attenta allo studio del *policy making* per l'elaborazione del nuovo Trattato dell'Unione europea.

Nell'indice del volume si segnala una larga parte introduttiva (p. 1-22) contenente un'interessante chiave di lettura combinata delle tre aree di conflitto (Balceni, Medio Oriente, Asia centrale) come una unica grande regione di crisi e dove viene definito il concetto di *Global peace* (p. 4-8); il capitolo primo (p. 23-53) dedicato più da vicino all'analisi critica delle guerre balcaniche, dello sgretolamento dell'ex-Jugoslavia, nonché dell'apparizione di nuovi Stati effettivi e effimeri o fantoccio (p. 37-48) che si sono disputati il diritto all'esistenza internazionalmente riconosciuta dando luogo ad una vera e propria guerra sui riconoscimenti; il capitolo secondo (p. 55-95) che affronta i conflitti in Medio Oriente partendo dalla contrapposizione tra Occidente mediterraneo ed Oriente arabo-islamico (p. 55-60), evidenziando la natura strategica dell'area mediorientale, il ruolo della Chiesa e delle altre confessioni religiose per la soluzione della crisi (p. 81-86) e ponendo l'accento sul particolare *status* internazionale a cui è stato sottoposto l'Iraq dopo l'invasione del territorio kuwaitiano, nonché sottolineando la decadenza dell'Autorità nazionale palestinese e come la soluzione della questione palestinese abbia un'enorme incidenza per la realizzazione di una effettiva pacificazione globale (p. 86-88). Si segnala, altresì, il terzo ed ultimo capitolo (p. 97-111) che, oltre ad occuparsi della terza area di crisi, Asia centrale con riferimento al conflitto afgano ed alle problematiche connesse al terrorismo internazionale (p. 102-103), ridefinisce i confini dell'Europa ed il ruolo degli Stati europei (p. 97-102); esamina l'organizzazione regionale asiatica e le problematiche connesse alla *self security* (p. 109-111).

Teresa Russo

Sergio M. Carbone, *Il nuovo spazio giudiziario europeo dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento CE 44/2001*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 316, Euro 22,50

La progressiva integrazione economica tra i Paesi membri della Comunità europea ha reso necessario superare le diversità esistenti nelle discipline nazionali relativamente all'esercizio della giurisdizione in materia civile e commerciale individuando, da un lato, secondo parametri uniformi i giudici competenti per tutto il territorio comunitario e, dall'altro, garantendo alle decisioni adottate da tali giudici identici effetti all'interno dei diversi sistemi giuridici nazionali.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam si è verificata una notevole estensione delle competenze comunitarie proprio con riferimento al settore della cooperazione giudiziaria in materia civile secondo quanto previsto dal titolo IV del Trattato Ce, in particolare dall'art. 61, lett. c. in attuazione degli obiettivi dell'Unione europea tra cui quello di conservare e sviluppare uno «spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

Con riferimento a tale obiettivo si è provveduto, a' sensi dell'art. 65 CE, a comunitarizzare tutto «il settore della cooperazione giudiziaria che presenti implicazioni transfrontaliere». L'impostazione accolta nel Trattato di Amsterdam muta la base giuridica e il quadro normativo all'interno del quale il sistema della Convenzione di Bruxelles ha regolato il funzionamento dello spazio giudiziario europeo. L'atto comunitario che contiene la nuova disciplina sull'esercizio della giurisdizione civile e commerciale e il riconoscimento delle decisioni giudiziarie straniere è il Regolamento n. 44/2001 del 22 dicembre 2001. Si pone in linea di assoluta continuità con la Convenzione di Bruxelles e, nel suo ambito di applicazione, sostituisce nel territorio comunitario la Convenzione stessa.

L'A. nell'opera che qui si recensisce, prende in esame, in modo completo ed esaustivo, la nuova disciplina, raffrontandola con le corrispondenti norme sia nazionali sia convenzionali.

L'opera è strutturata in quattro capi. Il Capo I tratta dell'evoluzione della disciplina dello spazio giudiziario europeo ed analizza in modo puntuale l'iter formativo del sistema uniforme di diritto internazionale privato. Il Capo II e il Capo III si occupano dei titoli di giurisdizione, dei criteri di distribuzione e di coordinamento dell'esercizio della competenza giurisdizionale nello spazio giudiziario europeo. Il Capo IV, infine, si concentra sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie straniere con particolare riguardo ai loro effetti e alla tipologia di controlli che il giudice nazionale deve effettuare. L'opera è corredata da un'ampia appendice bibliografica sul tema e dagli atti normativi pertinenti.

Giovanna Lisotta

Sergio Ventura, *Principi di Diritto dell'Alimentazione*, Franco Angeli, Milano, pp. 171, Euro 13,00

In questi ultimi anni, il dibattito sulla sicurezza alimentare ha assunto in tutta l'Europa un'importanza eccezionale, di fronte a fenomeni come l'encefalopatia spongiforme bovina (ESB), la carne agli "ormoni", il pollo alla "diossina", la peste suina, la salmonellosi e, da ultimo, gli organismi geneticamente modificati (OGM).

Assistendo al dibattito spesso confuso ed impreciso che si svolge sui *media*, l'opinione pubblica è giustamente preoccupata e disorientata. Essa avverte sempre più l'esigenza di essere correttamente informata su una legislazione alimentare particolarmente complessa, per potere comprendere le cause di certi eventi che occupano un grande spazio nei vari *mass media*.

Il lavoro di Sergio Ventura, nato dalle lezioni impartite agli studenti del corso di laurea in «Scienze e tecnologie alimentari» presso la Facoltà di Agraria dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, giunge al momento opportuno per cercare di rispondere in modo chiaro a tale esigenza e quindi è destinato non solo agli studenti ed agli "addetti ai lavori", ma anche al "comune consumatore". Il libro, che si avvale della lunga e vastissima esperienza dell'Autore presso la Commissione europea, riassume anzitutto in modo pregevole le nozioni fondamentali del diritto dell'alimentazione. A tal fine, nella parte *generale*, dopo aver analizzato le fonti comunitarie e nazionali, sottolineando anche l'importanza del «Codex Alimentarius» in quanto raccolta di norme destinate ad influenzare le legislazioni alimentari sul piano mondiale, il libro esamina attentamente gli obiettivi generali e specifici di tale legislazione, i metodi legislativi ed infine il tema di grande rilevanza della libera circolazione dei prodotti alimentari nella Comunità europea.

Nella parte *speciale*, data l'ampiezza della materia e nei limiti di un corso universitario, il libro analizza le principali norme "orizzontali" in tre capitoli dedicati all'identificazione dei prodotti sul mercato, agli additivi e agli OGM.

Merita in particolare di essere segnalata l'analisi approfondita del tema dell'identificazione dei prodotti alimentari, mediante la pregevole trattazione di temi di grande interesse come l'etichettatura, presentazione e pubblicità (p. 95 ss.), i marchi, segnatamente quelli di qualità e i limiti della loro tutela (p. 100 ss.), le Denominazioni d'origine protette (DOP), le Indicazioni geografiche protette (IGP) e le Specialità tradizionali garantite (STG) (p. 110 ss.) ed infine i prodotti "biologici" (p. 129 ss.).

In conclusione, il libro di Sergio Ventura rappresenta un prezioso strumento per potersi orientare nella comprensione del settore particolarmente complesso della legislazione alimentare, settore in cui s'intrecciano molto spesso norme nazionali (statali e regionali) e norme comunitarie, sentenze della Corte costituzionale e dei giudici ordinari nonché decisioni del giudice comunitario.

Fabio Gencarelli

ARTICOLI

IL REGOLAMENTO CE N. 44/2001 SULLA COMPETENZA GIURISDIZIONALE E SULL'ESECUZIONE DELLE SENTENZE*

PARTE PRIMA

LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA CIVILE E COMMERCIALE: DALLA CONVENZIONE DI BRUXELLES AL REGOLAMENTO (CE) N. 44/2001

Sommario: *Introduzione - 1 Il regolamento (Ce) n. 44/2001: considerazioni generali - 2. La competenza giurisdizionale - 2.1 I criteri generali - 2.2 I criteri speciali di competenza giurisdizionale concorrente - 2.3 I criteri di concentrazione della competenza giurisdizionale - 2.4 I criteri di competenza giurisdizionale protettiva - 2.5 I criteri di competenza giurisdizionale esclusiva - 2.6 Il foro dei provvedimenti cautelari e provvisori 3. La proroga della competenza giurisdizionale 3.1 L'accordo extraprocessuale - 3.2 La cd. proroga tacita - 4. Controllo della competenza giurisdizionale, litispendenza e connessione.*

Introduzione

Nel cammino verso l'integrazione dei sistemi giudiziari intrapreso dai Paesi appartenenti all'Unione europea – con particolare riferimento alla semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali (art. 293, già 220, del Trattato CE, quarto trattino), ma anche con riflessi sul potenziamento nella Comunità della tutela giuridica delle persone residenti nel suo territorio (prospettiva che riecheggia, in qualche misura, l'obiettivo fissato dal primo trattino della stessa disposizione) – la Convenzione adottata

* Questo scritto riproduce, con l'inserzione in nota dei riferimenti bibliografici e giurisprudenziali essenziali, il testo della relazione predisposta per il Corso decentrato di diritto comunitario tenutosi a Salerno il 21 febbraio 2003 ed organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura e dalla Corte d'appello di Salerno con il sostegno della Commissione europea nel quadro dell'azione "Robert Schuman" sul tema «La cooperazione giudiziaria in materia civile».

La redazione informa i lettori che la Parte Seconda del presente articolo sarà pubblicata nel n. 4/2003.

a Bruxelles il 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, resa esecutiva in Italia con L. 21 giugno 1971, n. 804, costituisce, per comune osservazione, uno degli snodi essenziali, all'un tempo approdo e trampolino di lancio di quella progressione verso forme sempre più evolute che negli ultimi anni ha registrato ulteriori, sensibili accelerazioni.

Con essa, i sei Stati membri originari della Comunità europea hanno fissato - a tempo illimitato (art. 66) - un regime uniforme al fine di stabilire i criteri di individuazione della competenza giurisdizionale in ordine alle liti in materia civile e commerciale (e questo settore non sembrava rientrare in via immediata nel programma indicato dall'art. 293 prima citato), sì da evitare o attenuare i fenomeni di *forum shopping* nell'ambito del loro spazio giudiziario, e di disciplinare un rito semplificato per il riconoscimento e la dichiarazione di esecutività delle decisioni (oltre che delle transazioni giudiziarie e degli atti autentici) emesse nello stesso spazio (settore pienamente rientrante nel quarto trattino dello stesso art. 293).

La Convenzione ha registrato la progressiva adesione degli Stati che sono entrati man mano a far parte della Comunità europea¹.

Essa, poi, è stata "duplicata" mediante la conclusione della Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 - resa esecutiva in Italia con l. 10 febbraio 1992, n. 198 -, stipulata fra i Paesi della Comunità europea e quelli appartenenti all'Associazione europea di libero scambio (AESL oppure EFTA: area oggi circoscritta, dopo la progressiva adesione alla Comunità dei Paesi sopra citati, a Svizzera, Norvegia ed Islanda)².

Sono state così assorbite svariate convenzioni bilaterali che regolavano la materia nei rapporti fra i singoli Stati aderenti agli strumenti sopra indicati.

La proiezione verso le future forme di cooperazione si profila, del resto, iscritta nel codice genetico della Convenzione di Bruxelles che, all'art. 63, importa il riconoscimento che ogni Stato che diventa membro della Comunità

¹ L'ampliamento della sfera di operatività della Convenzione si è avuto con la Convenzione di Lussemburgo del 9 ottobre 1978, relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito, poi con la Convenzione di Lussemburgo del 25 ottobre 1982, relativa all'adesione della Repubblica ellenica, poi con la Convenzione di San Sebastian del 26 maggio 1989, relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese, nonché con la Convenzione di Dublino del 29 novembre 1996, relativa all'adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica della Finlandia e del Regno di Svezia.

² Mentre la prima si è caratterizzata per la clausola *si omnes* (art. 62 della Convenzione di Bruxelles, in base a cui essa è entrata in vigore il primo giorno del terzo mese successivo all'avvenuto deposito dello strumento di ratifica da parte dello Stato firmatario che vi ha proceduto per ultimo), l'efficacia della seconda è stata modulata sulla base delle progressive ratifiche (art. 61 della Convenzione di Lugano in base a cui essa è entrata in vigore il primo giorno del terzo mese successivo alla data in cui due Stati, uno membro della Comunità ed uno membro dell'Associazione europea di libero scambio, hanno depositato gli strumenti di ratifica, mentre nei confronti di ogni altro Stato firmatario essa è entrata in vigore il primo giorno del terzo mese successivo al deposito del rispettivo strumento di ratifica).

ha l'obbligo di accettare le Convenzione stessa come base per i negoziati necessari ad assicurare l'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 220 - ora 293 - del Trattato nei rapporti fra gli Stati contraenti e quello Stato.

Esula dall'economia di queste note ripercorrere le tappe che hanno contraddistinto un trentennio di applicazione di questo strumento; di esse si potrà dare soltanto qualche (disorganico) accenno nel corso dell'esame della normativa del regolamento n. 44/2001. Mette, tuttavia, conto ricordare quello che viene considerato uno degli strumenti che hanno determinato la diffusione applicativa della Convenzione stessa: il radicamento in capo alla Corte di giustizia della competenza ad interpretarne le disposizioni.

Questa competenza, non prevista direttamente nella Convenzione, bensì semplicemente prefigurata in una dichiarazione comune rilasciata all'atto della firma, è stata sancita dal Protocollo relativo all'interpretazione da parte della Corte suddetta adottato a Lussemburgo il 3 giugno 1971, ratificato in Italia con l. 19 maggio 1975, n. 180. Il Protocollo ha conferito alla Corte la competenza a pronunciarsi sull'interpretazione della Convenzione, del Protocollo ad essa (contestualmente) allegato e dello stesso Protocollo istitutivo della competenza in esame; man mano che sono state stipulate le Convenzioni di adesione dei Paesi diventati membri della Comunità europea, la competenza interpretativa si è estesa a queste ulteriori Convenzioni (art. 1 del Protocollo).

Il sistema di rinvio delle questioni interpretative alla Corte di giustizia si connota per elementi di contiguità, ma anche per elementi di distinzione rispetto al rinvio pregiudiziale disciplinato dall'art. 234 (già 177) del Trattato CE.

Invero, con riferimento alla giurisdizione di ultima istanza della Corte di cassazione³ (per quanto concerne l'Italia), quando la questione interpretativa dei succitati testi si presenti necessaria per emettere la decisione sul punto, essa è tenuta a rimettere la questione stessa alla Corte di giustizia.

Inoltre, sono abilitate a rimettere la questione interpretativa rilevante alla Corte comunitaria, senza peraltro esservi obbligate, le altre giurisdizioni quando giudicano in grado d'appello e quando giudicano in sede di opposizione nel procedimento di somministrazione dell'*exequatur* regolato dall'art. 37 della Convenzione (art. 3). E, dunque, il rinvio è, per il sistema di interpretazione della Convenzione, precluso ai giudici di primo grado⁴, allo scopo di evitare il paventato affollamento di istanze, il carattere dispersivo delle iniziative ed il conseguente rallentamento dei processi.

³ Per gli altri Stati le rispettive giurisdizioni sono elencate all'art. 2 del Protocollo.

⁴ Come ha di recente avuto occasione di evidenziare la sentenza della Corte di giustizia del 22 marzo 2002 in causa n. C-24/02, *Marseille Fret S A c. Seatrans Shipping co. Ltd.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 217, la quale ha ribadito di non essere competente a pronunciarsi su una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da un giudice di prima istanza in relazione all'interpretazione della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 ed anche in relazione al regolamento n. 44/2001, a sèguito di rinvio finalizzato a risolvere questioni interpretative inerenti alla prima ed alla seconda delle indicate fonti effettuato dal *Tribunal de commerce* di Marsiglia.

Ulteriore procedimento finalizzato all'estrinsecazione della competenza interpretativa della Corte di giustizia è dal Protocollo (art. 4) previsto, per così dire, *a posteriori*, ossia quando una decisione emessa da una giurisdizione di uno Stato contraente e che sia passata in giudicato si profili in contrasto con la già fornita interpretazione della Corte comunitaria oppure con l'interpretazione data da una decisione emessa dalle giurisdizioni di ultima istanza (per l'Italia, la Corte di cassazione) o da giurisdizioni in grado di appello. Il potere di promuovere il procedimento interpretativo spetta ai Procuratori Generali presso le Corti di cassazione e ad ogni altra autorità designata dai singoli Stati. La finalità di ottenere, per il futuro, la certezza del diritto uniforme comporta che l'interpretazione della Corte di giustizia viene in questo procedimento raggiunta senza, peraltro, poter intaccare il giudicato della decisione che ha dato materia allo stesso.

Il ruolo giocato dalla Corte nel garantire la certezza del diritto convenzionale e l'uniforme applicazione della relativa sfera normativa, in consonanza con gli scopi dalla stessa perseguiti, è generalmente considerato di grande rilevanza. Esso si è estrinsecato valorizzando, in tale prospettiva e per quanto possibile, un'interpretazione autonoma dei precetti convenzionali al fine (sempre per quanto consentito dall'articolazione del sistema convenzionale) di non far prevalere le interpretazioni, inevitabilmente eccentriche, rivenienti dai singoli sistemi giuridici degli Stati membri⁵.

Il legame con il complessivo ordinamento comunitario si è per tale via rafforzato, essendosi realizzato, anzi, un processo in certa misura osmotico fra l'interpretazione della Convenzione ed i principi di quel più vasto ordinamento, in modo che questo strumento convenzionale viene considerato come parte non avulsa dal tutto⁶.

In tale cornice, si è anche posto l'interrogativo sul se la Corte comunitaria fosse competente a pronunciarsi sulla normazione dettata in sede nazionale per estendere l'applicazione dei precetti convenzionali; la Corte, tuttavia, si è dichiarata non competente a pronunciarsi sull'interpretazione di norme della Convenzione di Bruxelles che siano state rese applicabili da una legge nazionale al di fuori del campo d'applicazione della Convenzione stessa, quando tale

⁵ Cfr., fra le varie pronunzie che evidenziano l'esigenza di assicurare, nella misura del possibile, l'eguaglianza e l'uniformità dei diritti e delle obbligazioni che discendono dalla Convenzione per gli Stati contraenti e per i soggetti interessati ed, in tale prospettiva, di determinare in maniera autonoma, nel diritto comunitario, il senso dell'espressioni interpretate, con riferimento nella specie ai diritti reali immobiliari al fine del riscontro della competenza esclusiva, sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 1990 in causa n. 365/88, *Kongress Agentur GmbH c. Zeehaghe B V*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 57.

⁶ Cfr. per ogni più ampio ragguaglio le riflessioni di L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 37-51.

legge non operi un rinvio diretto ed incondizionato a tale Convenzione e non sussista il vincolo del giudice nazionale all'interpretazione fornita dalla Corte⁷.

Lo sviluppo di tale tesi viene pertanto indirizzato⁸ nel senso che, quando invece il rinvio operato dalla legislazione interna al sistema convenzionale allo scopo della sua applicazione in ipotesi ulteriori rispetto alla sua sfera di operatività sia diretto ed incondizionato, dovrebbe sussistere la competenza interpretativa vincolante della Corte comunitaria.

La funzione interpretativa così lumeggiata non riguarda direttamente l'ambito della Convenzione di Lugano, non essendosi ritenuto da parte degli Stati contraenti non appartenenti alla Comunità europea di accettare in modo diretto la correlativa giurisdizione della Corte di giustizia, organo comunque appartenente ad un'entità a cui essi non partecipano. Tuttavia il Protocollo 2 allegato a questa Convenzione stabilisce che i giudici di ciascuno Stato contraente «tengono debitamente conto» nell'applicazione e nell'interpretazione della Convenzione dei principi definiti da ogni decisione pertinente emessa dai giudici degli altri Stati contraenti in merito alla disposizioni della stessa Convenzione. Si è apprestato, così, per via indiretta, un meccanismo per cui le decisioni degli Stati contraenti (già) aderenti alla Convenzione di Bruxelles e, dunque, anche le decisioni interpretative della Corte di giustizia (a cui si deve adeguare la giurisprudenza nazionale degli Stati contraenti) entrano a far parte del patrimonio ermeneutico di cui debbono disporre i giudici che applicano la Convenzione di Lugano, in tal senso essendosi poste le basi per attenuare, se non escludere, i pericoli di divergenze interpretative: perciò il protocollo contempla anche i criteri per la trasmissione e la raccolta delle decisioni rilevanti a cura di un organismo centrale.

Per altro verso, l'art. 54 *ter* della stessa Convenzione lascia espressamente impregiudicata l'applicazione della Convenzione di Bruxelles fra gli Stati membri della stessa, stabilendo in modo tassativo i casi in cui ha la prevalenza l'applicazione dei criteri posti dalla Convenzione di Lugano al fine di proteggere la posizione del convenuto domiciliato in uno Stato contraente di

⁷ Come si argomenta dalla sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 1995 in causa n. C-346/93, *Kleinwort Benson Ltd. c. City Glasgow District Council*, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 365, sulla base, fra l'altro, dell'osservazione che, diversamente opinando, si dovrebbe pervenire alla conclusione che le soluzioni fornite dalla Corte di giustizia ai giudici degli Stati contraenti abbiano valore puramente consultivo e siano prive di efficacia vincolante: il che snaturerebbe la funzione della Corte di giustizia quale concepita dal sopra citato protocollo del 3 giugno 1971, vale a dire quella di un organo giurisdizionale che pronuncia sentenze vincolanti. Per un'interessante ricostruzione tesa a riscontrare nell'estensione dell'applicazione della Convenzione di Bruxelles all'ambito previsto dall'art. 3, comma secondo, l. 31 maggio 1995, n. 218, un corrispondente spazio di estrinsecazione della competenza interpretativa della Corte; cfr., altresì, L. MARI, *Delimitazione della giurisdizione italiana mediante rinvio alla convenzione di Bruxelles del 1968 e competenza pregiudiziale della Corte di giustizia* (nota alla sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 1995 cit.), *ivi*, p. 366 ss.

⁸ Cfr. S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 33-34, sulla scorta anche degli elementi esposti dalla sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 1997 in causa n. C-28/95, *Leur c. Bloem*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4161).

questa sola Convenzione e statuendo che il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione possono essere rifiutati se la competenza giurisdizionale che l'ha fondata differisce da quella della Convenzione stessa ed il riconoscimento o l'esecuzione sono richiesti contro una parte domiciliata in uno Stato contraente di detta Convenzione che non sia anche membro della Comunità europea (salvi i concorrenti criteri in vigore nello Stato richiesto).

A fronte di tale contesto, sempre più evoluto, si è registrata (dopo la spinta data dall'Atto unico europeo del 1986) l'inclusione nel Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 sull'Unione europea della cooperazione in materia di giustizia ed affari interni al fine di favorire - anche sul piano giudiziario e di sicurezza interna - la sempre maggiore circolazione dei cittadini dell'Unione attraverso le frontiere interne, sì da realizzare tendenzialmente un'unica, esterna frontiera. Nel cd. terzo pilastro scaturito dal cennato Trattato si è regolata la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni (inizialmente comprensiva, per quanto concerne il campo giudiziario, del ramo civile e di quello penale), prevedendo che il Consiglio dell'Unione europea potesse adottare *posizioni comuni* (le quali definiscono l'orientamento dell'Unione in ordine a questioni specifiche), procedesse ad *azioni comuni*, quando ciò fosse considerato necessario in base al principio di sussidiarietà, elaborasse, fatta salva la sfera di operatività dell'art. 220 - poi 293 - del Trattato CE, *convenzioni* la cui adozione venisse raccomandata agli Stati membri conformemente alle loro rispettive norme costituzionali (art. K3 del Trattato di Maastricht).

Tuttavia⁹, la difficoltà emersa nella concreta realizzazione delle cooperazione giudiziaria secondo i moduli previsti da quella fonte ha inciso in sede di revisione del Trattato di Maastricht con la conseguente concentrazione dello sforzo innovatore verso un modello tendente alla *comunitarizzazione* della materia, adottato sulla falsariga della disposizione (detta "norma passerella") di cui all'originario art. K9 del Trattato suddetto. Così, all'esito del Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, nel Titolo IV (ex Titolo III *bis*), dedicato alla disciplina di visti, asilo, immigrazione ed altre posizioni connesse con la libera circolazione delle persone, è stato introdotto nel Trattato CE l'art. 65 (già art. 73M) che ha fissato la competenza della Comunità ad adottare misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere, sempre «per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno», ed ha incluso espressamente fra le misure da assumersi quelle che riguardano:

⁹ Sul tema molto utile è la chiara ricostruzione di G. GIACALONE, *La cooperazione giudiziaria civile nell'Unione Europea*, intervento tenuto nel Seminario di studio decentrato di diritto comunitario del CSM svoltosi a Salerno il 20 ottobre 2000 sul tema «Il Trattato di Amsterdam e l'evoluzione del diritto dell'Unione Europea», p. 2-9 del dattiloscritto.

a. il miglioramento e la semplificazione di tre settori:

a1. del sistema per la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziari; a2. della cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova; a3. del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, comprese le decisioni extragiudiziarie;

b. la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale;

c. l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri.

Oltre alla previsione della possibile adozione di misure finalizzate a garantire la cooperazione tra i servizi delle amministrazioni degli Stati membri e tra questi ed i servizi della Commissione (art. 66), risulta prescritto anche il procedimento per la produzione della normativa comunitaria nei segnalati ambiti (art. 67), con la fissazione di un periodo di un quinquennio dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam (1° maggio 1999) durante il quale la produzione stessa è deliberata dal Consiglio all'unanimità, su proposta della Commissione od anche su iniziativa di uno Stato membro, previa consultazione del Parlamento europeo.

Successivamente, la deliberazione del Consiglio è attivata dalla proposta della (sola) Commissione (cui spetta, tuttavia, di esaminare, al fine della sua sottoposizione al Consiglio, qualsiasi richiesta di proposta formulata da uno Stato membro. Sempre dopo la scadenza del quinquennio, il Consiglio, dopo avere consultato il Parlamento europeo, può stabilire all'unanimità di assoggettare l'emanazione della disciplina di uno o più fra i settori sopra indicati alla procedura di codecisione regolata dall'art. 251 del Trattato CE (procedura che, quando attuata, apre più ampie prospettive di partecipazione democratica alla normazione comunitaria, per il coinvolgimento del Parlamento europeo), adattando le competenze della Corte di giustizia in materia¹⁰.

Per le materie comprese nel Titolo IV - e quindi anche per i settori sopra elencati - il ruolo della Corte di giustizia è regolato dall'art. 68 del Trattato CE che disciplina per esplicito il solo rinvio (come si dirà, necessario) innanzi alla giurisdizione di ultima istanza in ordine a questioni concernenti l'interpretazione delle norme del titolo stesso oppure la validità e l'interpretazione degli atti delle istituzioni comunitarie fondati sulle medesime norme (salvo il limite alla materia di cui all'art. 62, qui non rilevante).

¹⁰ Sull'articolazione del processo di rafforzamento della cooperazione giudiziaria in Europa nella materia civile, con puntuali e specifici ragguagli sui regolamenti n. 44/2001 e n. 1347/2000, v. il contributo di G. RAITI, *Evoluzione e tendenze della cooperazione giudiziaria civile in Europa dopo il Trattato di Amsterdam (in particolare alla luce delle più recenti discipline sul riconoscimento e l'exequatur delle decisioni)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 241.

Al fianco del ricorso incidentale è previsto il ricorso in via diretta da parte del Consiglio, della Commissione o di uno Stato membro al fine dell'interpretazione di una delle richiamate norme, con decisione che non si applica alle sentenze passate in giudicato.

Fra i frutti di tale rinnovata cornice della cooperazione comunitaria in materia civile vanno inseriti i regolamenti (Ce) del Consiglio n. 1346/2000 del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza¹¹, n. 1347/2000 del 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi¹², n. 1348/2000 del 29 maggio 2000, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile e commerciale¹³, n. 44/2001 del 22 dicembre, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (indicato anche come «Bruxelles uno», mentre quello n. 1347/2000, relativo alla materia matrimoniale e della potestà genitoriale, è definito come «Bruxelles due»), nonché il Regolamento (CE) del Consiglio n. 1206/2001 del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale¹⁴.

¹¹ Fra gli studi dedicati a questo regolamento cfr., gli altri, L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 677; R. CAPONI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 220; L. PANZANI, *Il regolamento sulle procedure d'insolvenza*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2002, p. 436 e L. DANIELE, *Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 33.

¹² V., fra i molti approfondimenti già dedicati a questa fonte, cfr. M. FINOCCHIARO, *Commento al regolamento Ce del Consiglio 29 maggio 2000 n. 1347/2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi*, in *Guida al diritto*, 2000, n. 29, p. 102; F. MOSCONI, *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 376; F. UCCELLA, *La prima pietra per la costruzione di un diritto europeo delle relazioni familiari: il regolamento n. 1347 del 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi*, in *Giust. civ.*, 2001, II, p. 319 e G. OBERTO, *Il regolamento del Consiglio (Ce) n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità parentale nei confronti dei figli comuni*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2002, p. 361.

¹³ V. in materia G. CAMPEIS - A. DE PAULI, *Prime riflessioni sulla disciplina delle notifiche in materia civile e commerciale nell'Unione europea (regolamento del Consiglio 29 maggio 2000 n. 1348/2000/Ce)*, in *Giust. civ.*, 2001, II, p. 239; A. RONCO, *Le notificazioni internazionali intra-comunitarie ed il regolamento n. 1348 del 29 maggio 2000*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2002, p. 395; M. FRIGO, *Il regolamento comunitario sulle notificazioni in materia civile o commerciale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 102 e P. BIAVATI, *Notificazioni e comunicazioni in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 501.

¹⁴ Con riferimento al quale cfr., fra gli altri, G. GIACALONE, *Rivoluzione delle rogatorie per le prove nei procedimenti civili e commerciali - Il giudice potrà assumere direttamente il mezzo istruttorio (commento a regolamento Ce Consiglio n. 1206/01 e decisione Ce Consiglio n. 2001/470)*, in *Dir. e giustizia*, 2001, fasc. 30, p. 48; G. GIOIA, *Cooperazione fra autorità giudiziarie degli Stati Ce nell'assunzione delle prove in materia civile e commerciale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, p. 1159, e L. FUMAGALLI, *La nuova disciplina comunitaria dell'assunzione delle prove all'estero in materia civile*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 327.

L'emanazione del regolamento n. 44/2001, che qui primariamente rileva, ha quindi assorbito il progetto di revisione parallela delle Convenzioni di Bruxelles e di Lugano cui il Consiglio aveva dato l'avvio nella sessione del 4-5 dicembre 1997, cui era seguita la proposta della Commissione¹⁵.

Questa rete di regolamenti, costituente l'esito dell'impulso impresso dal Trattato di Amsterdam¹⁶ al processo di comunitarizzazione, a sua volta accompagnata da altri atti comunitari di sicura rilevanza, apre scenari certo più vasti per la concreta realizzazione dello spazio giudiziario europeo¹⁷, sebbene - nella fonte di cui si approfondirà l'esame nelle pagine seguenti, come in alcune delle altre pure citate - siano individuabili i sintomi di un'Europa "a geometria variabile" nel settore della cooperazione civile, limite che trova un suo segnale concreto già nella posizione di distanza assunta dal Regno Unito, dall'Irlanda e dalla Danimarca rispetto all'applicazione del Titolo IV del Trattato CE, secondo quanto disposto dall'art. 69¹⁸.

Gli ulteriori sviluppi dovrebbero approdare ad una qualche forma di titolo esecutivo europeo, traguardo da tempo perseguito dai fautori del rafforzamento dello spazio giudiziario europeo: si ricorda, al riguardo, la proposta di regolamento del Consiglio 2002/0090 del 18 aprile istitutivo del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, tesa ad approntare, sempre per la materia civile e commerciale oggetto del presente studio e con riferimento al settore dei diritti di credito pecuniari liquidi ed esigibili, che siano definibili non contestati alla stregua dei criteri ivi dettati (fra i quali è compreso quello relativo alla mancata comparizione in giudizio), un titolo - certificato direttamente dal giudice dello Stato d'origine - idoneo a fondare l'esecuzione in ogni Stato membro senza necessità di *exequatur*¹⁹.

Intanto, in attuazione della direttiva n. 2000/35/Ce, il legislatore interno ha fatto seguire il dlgs 9 ottobre 2002, n. 231, che ha disciplinato, per l'ambito

¹⁵ La proposta è pubblicata in *Guce* n. C 33 del 31 gennaio 1998.

¹⁶ A sua volta consolidato dal Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001, in *Guce* n. C 80 del 10 marzo 2001, p. 1.

¹⁷ Annette, in particolare, all'emanazione del regolamento n. 44/2001 la nascita del diritto processuale civile comunitario come nuova branca del diritto A. CONVERSO, *La giurisdizione unica europea - Il regolamento (Ce) 44/2001*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2002, p. 267.

¹⁸ Cfr. sull'argomento le riflessioni di G. TARZIA, *L'ordine europeo del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 912-915, il quale, sotto altro aspetto, stima quali ulteriori indici ordinali di particolare significato nel senso del perseguimento dell'uniformità comunitaria la direttiva n. 2000/35/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 giugno 2000, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento delle transazioni commerciali, e la decisione del Consiglio del 28 maggio 2001 per l'istituzione di una rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale; per una ricapitolazione delle molteplici iniziative di cooperazione, specialmente in ordine al reciproco riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale, v. altresì il Programma di provvedimenti pubblicato dalle Comunità il 15 gennaio 2001, in *Guce* n. C del 15 gennaio 2001, p. 12, ripreso da G. WALTER, *L'influenza del diritto europeo sul diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 558.

¹⁹ Cfr. per ogni ragguaglio F. DE STEFANO, *Il titolo esecutivo europeo: forse non più un'utopia*, in *Questione Giustizia*, 2002, p. 915-919.

delle transazioni commerciali (dalle stesse esclusi la materia risarcitoria ed i contratti di consumo), la decorrenza ed il tasso degli interessi moratori al fine di colmare il divario esistente tra gli Stati dell'Unione europea in ordine ai termini contrattuali di pagamento e, quindi, di porre un argine ai ritardi nei pagamenti, serio ostacolo al buon funzionamento del mercato interno.

Sarà la concreta applicazione di questi ed altri strumenti a stabilire in qual modo e grado la nuova dimensione della cooperazione europea implicata dalla loro adozione sarà valsa a favorire la libera circolazione delle persone ed il migliore funzionamento del mercato interno; così come sarà interessante valutare se ed in quale misura l'effetto interattivo fra gli ordinamenti nazionali determinato da quella applicazione - *in parte qua* sottoposta all'egida esegetica della Corte comunitaria - avrà contribuito all'effettivo ravvicinamento dei sistemi di procedura dei vari Stati membri: tendenza - questa - che, pur contrastata dalle posizioni tese alla conservazione delle peculiarità nazionali e dalle diffidenze che da tali posizioni vengono generate (soprattutto in quei Paesi che ritengono di avvalersi di regimi processuali più giusti ed evoluti), resta viva e comunque funzionale alla piena realizzazione del mercato unico²⁰.

Il ravvicinamento effettivo fra i moduli, le garanzie ed anche, se non soprattutto, i ritmi dei vari sistemi processuali degli Stati membri costituiscono, d'altronde, la base necessaria affinché nell'Unione maturi (il convincimento della sostanziale equivalenza fra i sistemi stessi e quindi) la necessaria fiducia verso una più diffusa adozione di strumenti esecutivi europei, pure dietro la spinta persuasiva che può imprimere l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea contemplante il diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale: punto d'approdo della diuturna opera giurisprudenziale della Corte di giustizia e, progressivamente, del legislatore comunitario, ma anche base di partenza per l'apprestamento di più evoluti ed armonizzati meccanismi di protezione giudiziale delle posizioni giuridiche rilevanti per il diritto dell'Unione²¹.

²⁰ Sottolinea particolarmente questo aspetto F. DE STEFANO, *L'evoluzione della procedura civile nel diritto comunitario*, Relazione tenuta nel Corso decentrato di diritto comunitario del CSM svoltosi a Potenza il 14 marzo 2002, p. 21 ss. del dattiloscritto; per un esaustivo panorama dei numerosi riflessi sulle procedura civile interna delle iniziative normative di matrice comunitaria; e, sull'inevitabile ricaduta sui sistemi processuali nazionali della stessa cooperazione giudiziaria in materia di controversie transnazionali, v. anche G. WALTER, *L'influenza del diritto europeo*, cit. *supra*, nota 18, p. 554. Sul Trattato di Amsterdam v., per tutti, A. TIZZANO, *Profili generali del Trattato di Amsterdam*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, p. 267, e P. BIAVATI, *Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 805.

²¹ Convincente, al riguardo, si profila l'analisi svolta da N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Le discipline comunitarie relative al processo civile (Atti del XXIII Convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile)*, Milano, 2002, spec. p. 42-52 e 100-107. Più in generale, sulle complessive energie da suscitare nel percorso da compiere verso il consolidamento dell'Unione europea cfr. le riflessioni di F. CAPELLI, *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'unione politica dell'Europa*, in questa *Rivista*, 2001, p. 651.

In questa prospettiva occorre qui dedicare qualche osservazione alla verifica dei contenuti di uno degli strumenti citati, il regolamento n. 44/2001.

1. Il regolamento (Ce) n. 44/2001: considerazioni generali

Il Consiglio dell'Unione europea ha adottato il 22 dicembre 2000 il regolamento (Ce) n. 44/2001 avente ad oggetto la disciplina della competenza giurisdizionale, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Esso - ai sensi del primo comma dell'art. 68 - è, in prima analisi, destinato a sostituire, tra gli Stati membri, le disposizioni della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, fatta eccezione per i territori degli Stati membri assoggettati alla Convenzione ma esclusi dal regolamento, in conformità dell'art. 299 del Trattato.

Viene, quindi, espressamente stabilita la continuità fra Convenzione e regolamento, per entrambi i profili disciplinati dalle due fonti, ossia quello relativo alle regole uniformi sulla giurisdizione in materia civile e commerciale (nel segno della armonizzazione cd. orizzontale), da un lato, e quello relativo all'efficacia extraterritoriale delle decisioni nella stessa materia (nel segno della armonizzazione cd. verticale), dall'altro. Resta così confermato il carattere detto «doppio» della disciplina in esame, in relazione alla duplicità dei segnalati piani su cui essa agisce, piani non coincidenti quanto alla sfera rispettivamente regolata, ma evidentemente connessi (siccome quante volte le regole sulla competenza giurisdizionale orienteranno l'avente diritto verso la formazione del titolo giudiziale nel territorio dello Stato membro in cui esso dovrà essere eseguito, sarà parallelamente assorbito il problema della sfera di efficacia territoriale del titolo ottenuto).

Va subito precisato che nella sfera di operatività del regolamento non è compresa la Danimarca (art. 1, par. 3): infatti, l'oggetto del regolamento rientra tra le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile proposte in base al titolo IV (art. 65) del Trattato, escluso (per *opting out*) dall'ambito operante nei confronti dello Stato danese, secondo gli artt. 1 e 2 del Protocollo 5 relativo alla posizione della Danimarca allegato al Trattato sull'Unione europea e al Trattato istitutivo della Comunità europea: in forza di questa opzione, la Danimarca, non partecipando all'adozione da parte del Consiglio delle misure proposte a norma del suddetto titolo, non è vincolata a disposizioni e provvedimenti adottati e ad accordi internazionali conclusi dalla Comunità sulla base di quel titolo; né le decisioni della Corte di giustizia sull'interpretazione delle relative norme e misure potranno avere effetto nel territorio danese; il ché, tuttavia, non esclude che quello Stato non possa avere interesse ad intervenire nelle relative cause in sede comunitaria²².

²² Cfr. P. SIMONE, *Il criterio speciale di competenza di cui all'art. 5, n. 3, della Convenzione di Bruxelles del 1968 e la giurisdizione del giudice italiano. Nuovi profili derivanti dall'adozione*

Pertanto, quando usa la locuzione Stato membro, la fonte in esame intende tutti gli Stati membri ad eccezione della Danimarca.

Viceversa, pur essendosene riservata la facoltà (ex art. 3 del protocollo 4 allegato al Trattato ed inerente alle loro posizioni), il Regno Unito e l'Irlanda hanno aderito (*opting in*) all'adozione del regolamento e rientrano nella corrispondente sfera di applicazione.

Consegue che la Convenzione di Bruxelles avrà ancora piena applicazione nei rapporti tra la Danimarca e gli altri Stati membri, come pure essa dispiegherà perdurante operatività nei territori degli Stati membri di cui al succitato art. 299.

Il limite all'uniformità normativa costituito dalla mancata estensione alla Danimarca degli effetti del regolamento in questione (come di altre fonti adottate quali misure prefigurate dal ricordato titolo IV) potrà essere superato attraverso la stipulazione di specifica Convenzione fra l'Unione europea (e/o i suoi Stati membri), da un lato, e lo Stato danese, dall'altro²³.

Sotto il profilo temporale, il regolamento è entrato in vigore il 1° marzo 2002 (art. 76).

È però da segnalare che - in linea generale - le sue disposizioni si applicano soltanto alle azioni proposte ed agli atti pubblici formati in epoca successiva alla detta data (art. 66, primo comma).

Da tale principio (conforme al criterio della *perpetuatio iurisdictionis*) vengono eccettuate le situazioni di fatto che, pur relative ad azioni proposte nello Stato membro d'origine in tempo antecedente all'entrata in vigore del regolamento, si contraddistinguono per i seguenti requisiti:

1. la decisione in merito ad esse sia stata emessa (dall'autorità giudiziaria dello Stato d'origine) posteriormente all'entrata in vigore (1° marzo 2002);

2A. le azioni stesse siano state proposte nello Stato d'origine posteriormente all'entrata in vigore, sia in quello Stato e sia nello Stato richiesto, della Convenzione di Bruxelles o della Convenzione di Lugano; oppure: 2B. in tutti gli altri casi in cui le norme sulla competenza giurisdizionale applicate risultino conformi a quelle stabilite dal capo II del regolamento o a quelle stabilite da una Convenzione tra lo Stato d'origine e lo Stato richiesto in vigore al momento di proposizione dell'azione.

Poi, il regolamento in esame (ex art. 69) - riprendendo la disciplina già stabilita dalla Convenzione di Bruxelles (art. 55) - sostituisce, sempre fra gli Stati membri nei descritti limiti, una serie di Convenzioni bilaterali disciplinanti la medesima materia (oltre che il Trattato di Bruxelles del 24 novembre

del regolamento del Consiglio 22 dicembre 2000 n. 44/2001/Ce (nota a sent. Cass., Sez. un., del 15 novembre 2000, n. 1179), in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 3014.

²³ Indica questa prospettiva F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European conflict of laws revolution?"*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 881-882.

1961 intervenuto tra il Belgio, i Paesi Bassi ed il Lussemburgo sulla competenza giudiziaria ed altre materie)²⁴.

È naturalmente fatta salva (dall'art. 70, par. 1) l'operatività anche di queste Convenzioni (e del cennato Trattato) per la parte in cui esse disciplinano materie diverse da quella oggetto del regolamento nonché (ex art. 70, par. 2, in relazione all'art. 69) per le decisioni emesse e gli atti formati prima del 1° marzo 2002 le quali, *ratione temporis*, esulano dalla sfera di applicabilità del regolamento stesso.

Circa quest'ultimo punto, la connessione con la già citata base della disciplina transitoria di cui all'art. 66 è immediatamente chiara con riguardo agli atti pubblici: per quelli formati prima del 1° marzo 2002 spiegano effetto le Convenzioni, per quelli formati successivamente vale il regolamento.

Essa è coerente anche con riferimento al settore delle decisioni, riservando alla perdurante operatività della disciplina convenzionale quelle emesse prima del 1° marzo 2002. Infatti, il già riportato regime delle eccezioni di cui all'art. 66, par. 2 - estensivo dell'applicazione regolamentare a decisioni relative ad alcune delle azioni proposte prima dell'entrata in vigore del regolamento -, riguarda pur sempre decisioni emesse dopo l'entrata in vigore.

Riassumendo: 1. per le decisioni emesse prima dell'entrata in vigore del regolamento, si applica il regime convenzionale; 2. per le decisioni emesse dopo l'entrata in vigore del regolamento e relative ad azioni proposte anch'esse posteriormente a detta data, si applica il regime regolamentare; 3. per le decisioni emesse dopo l'entrata in vigore del regolamento ma relative ad azioni proposte prima della detta data si applica il regime previgente e, quindi, anche il regime convenzionale, salve le eccezioni disciplinate dal secondo par. dell'art. 66.

Con riferimento al rapporto con le altre Convenzioni che disciplinino gli stessi istituti processuali (competenza giurisdizionale ed efficacia delle decisioni) ma in ordine a materie particolari, il regolamento (all'art. 71) ha, di massima, confermato la cd. clausola di subordinazione che contempla il persistente rispetto di quelle Convenzioni anche nei rapporti *inter se*, salva l'applicazione in ogni caso dell'art. 26 del regolamento (quanto al procedimento di esame della competenza). Invece, la procedura per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni emesse in applicazione di quelle Convenzioni è comunque disciplinata dalla norme del regolamento.

La scelta, non scontata, resta in ogni caso circoscritta esclusivamente alle questioni disciplinate specificamente dalla singola Convenzione su materie particolari, mentre ogni altro profilo, di carattere aspecifico, deve ritenersi regolato dallo strumento generale.

²⁴ Con particolare riferimento all'Italia, fra le Convenzioni sostituite sono da ricordare quella con la Francia (Roma, 3 giugno 1930), quella con la Germania (Roma, 9 marzo 1936), quella con i Paesi Bassi (Roma, 17 aprile 1959), quella con il Belgio (Roma, 6 aprile 1962), quella con l'Austria (Roma, 16 novembre 1971), quella con la Spagna (Madrid, 22 maggio 1973).

Parallelamente (ed, anzi, a maggior ragione), il principio di subordinazione ora illustrato vale per le fonti comunitarie e per quelle nazionali armonizzate dettate in esecuzione delle prime (art. 67).

In ordine alla definizione dei limiti di operatività *ratione materiae*, va rammentato che l'art. 1 del regolamento, in modo conforme alle corrispondenti disposizioni delle Convenzioni di Bruxelles e Lugano, formalizza l'esclusione dal suo campo di applicazione della materia fiscale, doganale ed amministrativa e ribadisce che esulano dalla sua disciplina: *a.* lo stato e la capacità delle persone fisiche, il regime patrimoniale fra coniugi, i testamenti e le successioni; *b.* i fallimenti, i concordati e le procedure affini; *c.* la sicurezza sociale; *d.* l'arbitrato.

Rimandando a studi specifici l'approfondimento delle linee di confine di carattere oggettivo²⁵, può brevemente ricordarsi che: la materia amministrativa esclusa viene individuata soltanto in quella in cui si riscontri il dispiegamento di una potestà d'imperio, senza rilievo del giudice (amministrativo od ordinario) dello Stato membro cui spetti di conoscere delle relative controversie; nella materia della sicurezza sociale vengono ricomprese le controversie derivanti dai rapporti tra l'amministrazione, da un lato, ed i datori di lavoro e/o i lavoratori, dall'altro, mentre ne restano fuori (e, dunque, rientrano, ove del caso, nell'ambito che qui rileva) le controversie che l'ente di sicurezza instauri, per proprio diritto o in via surrogatoria, nei confronti dei terzi; nella materia fallimentare, il regolamento n. 1346/2000 all'art. 25 attrae alla sfera di operatività di quella fonte, non solo le controversie che derivano dalla procedura di insolvenza, ma anche quelle ad essa strettamente connesse, anche per essere inserite nella relativa procedura, secondo la disciplina propria della medesima - e, quindi, tenendo conto del grado di *vis attractiva* prevista da ciascun ordinamento nazionale -, mentre si lasciano tendenzialmente fuori della materia (e, quindi, si inseriscono nella sfera di applicazione della disciplina transfrontaliera civile e commerciale) i procedimenti aventi ad oggetto le controversie non strettamente connesse con la procedura fallimentare oppure consequenziali a quelle²⁶; circa l'arbitrato, la giurisprudenza comunitaria interpreta l'esclusione in senso complessivo, in essa comprendendo la controversia relativa alla nomina di un arbitro pendente davanti al giudice statale ed anche se tale controversia pone preliminarmente la questione dell'esisten-

²⁵ V. in particolare L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles, I, Il sistema della competenza*, Padova, Cedam, 1999, p. 83-108 nonché i riferimenti contenuti in C. FONTANA, *La circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale: dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento comunitario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 271-274; con specifico riferimento al settore fiscale cfr. il contributo di F. SEATZU, *Materia fiscale e Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 621.

²⁶ In tal senso F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, Cedam, 2003, p. 50-51, che riporta il conforme orientamento di *High Court of Justice*, Gran Bretagna, sentenza del 3 febbraio 2000, in *All ER*, 2000, 2, p. 776.

za o validità di un compromesso di arbitrato²⁷, senza che, tuttavia, resti per ciò vulnerata l'autonomia del procedimento cautelare rispetto alla causa di merito da devolversi agli arbitri, dovendo privilegiarsi la specifica natura dei diritti oggetto di tutela²⁸.

Quel che particolarmente rileva è che, fra le varie possibili opzioni, la giurisprudenza comunitaria ha annesso carattere di autonomia alla nozione relativa alla materia civile e commerciale concretante lo spettro oggettivo di applicazione della fonte in esame, essendosi, nell'operatività dell'esperienza convenzionale, acquisito il principio secondo cui occorre prescindere dai riferimenti relativi agli ordinamenti interni sul sistema creato dalla fonte sopranazionale e sui principi generali desumibili dall'insieme degli ordinamenti che vi partecipano²⁹.

Ed, anche con riferimento all'esatta individuazione della materia civile e commerciale qui rilevante, essa viene inquadrata in modo tale da far rientrare nello spettro di applicazione dello strumento convenzionale tutto quanto non sia sicuramente escluso dalle eccezioni sopra elencate. Tale linea dovrebbe essere, *a fortiori*, seguita con riferimento alla parallela disciplina ora posta dal regolamento.

A tal proposito, mette anzi conto segnalare che, in armonia con la prassi interpretativa delle fonti comunitarie e, quindi, in coerenza con le ragioni che presiedono alla sua emanazione, l'esegesi della disciplina regolamentare non potrà non ispirarsi ai principi ermeneutici che si sono andati consolidando *in subiecta materia*: quali, innanzi tutto, il canone dell'autonomia, salva disposizione contraria, dei concetti di diritto comunitario rispetto a quelli degli ordinamenti interni, il canone dell'interpretazione restrittiva delle disposizioni comportanti eccezione rispetto ai principi generali dell'ordinamento dell'Unione ed il canone del preminente fondamento del principio di effettività per il conseguimento della *ratio* concretamente perseguita dalla norma comunitaria³⁰.

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 1991 in causa n. C-190/89, *Soc. Marc Rich c. Soc. it. impianti*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 159.

²⁸ Va, infatti, ricordato che la sentenza della Corte di giustizia del 17 novembre 1998 in causa n. C-391/95, *Van Uden Maritime B V c. Deco-Line*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 140, ha chiarito che, laddove l'oggetto di una domanda di provvedimenti provvisori verta su una questione che rientra nell'ambito d'applicazione *ratione materiae* della Convenzione di Bruxelles, quest'ultima si applica ed il suo art. 24 - ora, art. 31 del regolamento - può giustificare la competenza del giudice del procedimento sommario anche se è già stato promosso o può essere avviato un giudizio di merito e anche se questo giudizio dovesse svolgersi dinanzi ad arbitri.

²⁹ Cfr. per la sentenza della Corte di giustizia del 22 febbraio 1979 in causa n. 133/78, *Gourdain c. Nadler*, in *Foro it.*, 1979, IV, c. 254 e la sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1980 in causa n. 814/79, *Gov. Olanda c. Rüffer*, *Foro it.*, 1981, IV, c. 409; in questo secondo caso, applicando il concetto autonomo di materia civile e commerciale elaborato, la Corte ha concluso che esso non comprende le liti come quella cui si riferisce il giudice nazionale, promosse dall'amministratore delle vie d'acqua pubbliche contro la persona legalmente responsabile, onde recuperare le spese sostenute per la rimozione di un relitto, che l'amministratore abbia effettuato o fatto effettuare nell'esercizio della sua potestà d'imperio.

³⁰ Cfr., sull'ermeneutica della normativa comunitaria con specifico riferimento alla fonte in esame, le riflessioni di A. CONVERSO, *La giurisdizione unica europea*, cit. *supra*, nota 17, p. 279 ss.

Sempre in sede di esame generale, non può trascurarsi di verificare il ruolo che in sede interpretativa è stato assegnato - anche rispetto a questo regolamento, ma più in generale - rispetto alla normativa generata ai sensi del Titolo IV del Trattato CE alla Corte di giustizia. Opera al riguardo il disposto del già ricordato art. 68 del Trattato: e non irrilevanti sono le differenze fra il regime convenzionale, basato sul Protocollo aggiuntivo prima analizzato, e quello che, in virtù del richiamo dell'art. 68, si applica al regolamento.

Premessa la necessaria differenza con il rinvio previsto dal Protocollo quanto all'esame di validità degli atti che solo l'art. 68 contempla e (data la *sedes*) poteva contemplare rispetto alla corrispondente disciplina della Convenzione, è poi da osservare che esso struttura, con il richiamo all'istituto dell'art. 234, il rinvio pregiudiziale per l'interpretazione e la validità degli atti in modo circoscritto all'iniziativa dei giudici dello Stato membro «avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno», ossia i giudici di ultima istanza³¹.

L'art. 68, quindi, si profila più restrittivo dell'art. 234 (che conferisce la legittimazione al rinvio pregiudiziale ad ogni giurisdizione, salvo a radicare l'obbligo - e non semplicemente il potere - di farlo, nella concorrenza dei necessari presupposti, in capo alla giurisdizione di ultima istanza) e, comunque, anche più restrittivo del rinvio pregiudiziale convenzionale di cui al Protocollo di Lussemburgo del 1971 (che lo consente ai giudici dei processi di appello e dei processi di *exequatur*).

Si percepisce il timore che ha guidato la scelta dei riformatori del Trattato di evitare un accesso troppo lato all'interpretazione della Corte con riferimento al complesso delle materie (anche e soprattutto ulteriori rispetto a quella della cooperazione giudiziaria nel settore civile) oggetto del Titolo IV, pure in previsione dell'adesione di ulteriori Stati all'Unione: il ché, peraltro, segna, per il settore transfrontaliero civile e commerciale un obiettivo scolorimento del carattere "diffuso" dell'impulso alla giurisdizione interpretativa della Corte di giustizia e, per converso, segna un - altrettanto oggettivo - incremento di rilevanza della funzione di mediazione e di indirizzo che sono chiamati ad esercitare i giudici di ultima istanza nella concretizzazione della nomofilachia comunitaria delle materie regolate dal Titolo IV.

Il dato del maggiore accentramento, per questa sfera, del regime di accesso all'interpretazione della Corte di giustizia viene (al di là di ogni giudizio di valore) letto come un fattore di consolidamento del sistema di integrazione giudiziaria e di concreta salvaguardia della sua efficienza³².

³¹ Sulla puntualizzazione di tale concetto cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2002 in causa n. C-99/2000, *Lyckeskog*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 381, la quale ha ritenuto che non sono decisioni di ultima istanza quelle di un giudice di appello anche quando l'esame del merito dell'impugnazione sia subordinato alla previa declaratoria di ammissibilità della Corte suprema.

³² Così S. LA CHINA, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nel regolamento comunitario n. 44/2001*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 427-428.

Tra l'altro, l'art. 68 nemmeno ripete la locuzione dell'art. 234, nel senso che, salva la necessità del riscontro dei caratteri di pregiudizialità della questione di interpretazione o di validità, nella prima norma non si chiarisce per esplicito ciò che invece espressamente è scritto nella seconda, ossia se il giudice di ultima istanza sia in questa ipotesi "tenuto" (e non semplicemente abilitato) a rinviare la questione alla Corte del Lussemburgo. Va tuttavia segnalato come la dottrina maggioritaria ritenga che la locuzione usata non precluda l'esegesi della norma tesa a preservare il carattere obbligatorio anche di questo rinvio³³. Deve, del resto, riflettersi come l'apparente inadeguatezza del dato letterale non sembri, per questo verso, di grandissima portata: invero, anche la figura base del rinvio pregiudiziale (quella ex art. 234, già 177) non ha impedito alla giurisprudenza comunitaria di ritenere pur sempre affidato al giudice di ultima istanza - oltre al compito di verificare la pertinenza della questione e l'eventuale sua precedente disamina interpretativa da parte della Corte - anche quello di accertarsi se la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga con tale evidenza da non lasciar àdito a ragionevoli dubbi, sia pure con la specificazione che la configurabilità di tale eventualità va valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto comunitario, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze di giurisprudenza all'interno della Comunità³⁴.

La situazione normativa segnalata, pertanto, interpella la sensibilità comunitaria delle giurisdizioni nazionali di ultima istanza affinché il quadro scaturente dalla normazione in tema di cooperazione giudiziaria venga interpretato secondo linee sufficientemente certe ed uniformi (sul ché, tuttavia, è lecito, secondo parte della dottrina, sospendere il giudizio, in relazione alla tendenziale diffidenza di alcune di queste giurisdizioni, ivi compresa quella italiana, ad avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale³⁵).

È, poi, da ribadire che, sempre per il Titolo IV del Trattato, si è aggiunto (sulla falsariga del, molto più dettagliato, modello di cui al citato art. 4 del Protocollo del 1971) l'istituto del controllo nell'interesse della legge che può essere richiesto alla Corte soltanto dal Consiglio, dalla Commissione o da uno Stato membro, senza che l'esito possa influire sulle decisioni passate in giudicato (ivi compresa quella che ha presumibilmente dato causa alla richiesta).

³³ V. in questa prospettiva A. ADINOLFI, *Commento all'art. 68 del Trattato istitutivo della Comunità Europea*, in F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 317-318; cfr. per un utile ragguaglio sulle varie opinioni P. BERTOLI, *La disciplina della giurisdizione civile nel regolamento comunitario n. 44/2001*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 628-629.

³⁴ Così si è orientata la sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1982 in causa n. 283/81, *Soc. Cilfit c. Min. sanità*, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, p. 1008.

³⁵ V. per i necessari approfondimenti A. BARONE, *Rinvio pregiudiziale e giudici di ultima istanza* (nota alla sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2002 in causa n. C-99/2000, *cit. supra*, nota 31), in *Foro it.*, 2002, IV, c. 383-384.

Appare ancora utile segnalare fra le disposizioni generali introdotte dalla fonte in esame quelle relative al sistema di identificazione del domicilio della persona fisica e della sede della persona giuridica.

Per il domicilio della persona fisica non si è registrata alcuna variazione della linea già seguita dalla Convenzione di Bruxelles. Invero, così come già stabilito dall'art. 52 della Convenzione, anche l'art. 59 del regolamento dispone che il giudice, al fine di determinare se una parte ha il domicilio nel territorio dello Stato in cui pende il procedimento, applica la legge nazionale e, se una parte non sia domiciliata nello Stato membro in cui il giudice è adito, per stabilire se essa abbia il domicilio in altro Stato membro, applica la legge di quest'ultimo Stato.

Il legislatore comunitario ha, cioè, evitato di inserire nella fonte la definizione uniforme dell'istituto. Il ché, se attuato, avrebbe probabilmente fornito l'aggancio normativo per evitare disfunzioni e conflitti negativi di competenza (giurisdizionale) scaturenti dai diversi modi in cui il domicilio è configurato negli ordinamenti statuali.

Fra le possibili fattispecie di disfunzioni o di sostanziale iniquità cui può dare luogo questo assetto basato sulla tecnica del rinvio si è segnalata l'ipotesi in cui una persona, che abitualmente viva in diversi Stati membri, non sia domiciliata in alcuno, di guisa che essa, quando agisce, non potrà invocare l'applicazione dei criteri di collegamento basati sul domicilio dell'attore e, quando invece è convenuta, non potrà giovare del criterio generale inerente al *forum rei* e sarà assoggettata all'operatività dei criteri di competenza come disciplinata dal singolo Stato membro, con l'operatività nei suoi confronti dei criteri relativi alle competenze cc.dd. esorbitanti di cui all'allegato I al regolamento³⁶.

Invece, il regolamento esprime una sua autonoma configurazione dell'istituto della sede delle persone giuridiche e delle società. L'art. 60 stabilisce che, ai fini dell'applicazione del regolamento, questi soggetti collettivi si intendono domiciliati dove si situa: *a.* la loro sede statutaria; *b.* oppure la loro amministrazione centrale; *c.* oppure il loro centro di attività principale. In tal caso è notevole ed indubbia l'evoluzione rispetto al regime della Convenzione di Bruxelles (che, all'art. 53, assimila la sede al domicilio e poi dispone che il giudice per stabilire la sede deve applicare le norme di diritto internazionale privato del proprio Stato).

Per questo istituto si è espressamente voluto (come conferma l'ultima parte del *considerando* 11) puntare all'obiettivo dell'incremento della traspa-

³⁶ Sulle possibili conseguenti distorsioni cfr. l'analisi di P. LOMBARDI, *Prime riflessioni sul regolamento (CE) n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, I parte, in *Contratto e Impresa - Europa*, 2001, p. 378-379.

renza delle norme comuni e della prevenzione dei possibili conflitti di competenza giurisdizionale³⁷.

Per il Regno Unito e l'Irlanda la sede statutaria: *a.* viene identificata con il *registered office*; *b.* ove non esista alcun *registered office*, viene identificata con il luogo di acquisizione della personalità giuridica (*place of incorporation*); *c.* se nemmeno questo luogo esiste, con il luogo in cui è avvenuta la costituzione (*formation*) in conformità della relativa legge.

Con riferimento all'istituto del *trust*, invece, si è perpetuata la disposizione già presente nella Convenzione di Bruxelles in base a cui, al fine di accertare se il *trust* ha domicilio nel territorio dello Stato membro nel quale il giudice sia stato adito, devono applicarsi le norme del diritto internazionale privato di quello Stato (art. 60, par. 3).

2. La competenza giurisdizionale

2.1 I criteri generali

Le regole generali in tema di competenza giurisdizionale sono stabilite dagli artt. 2-4 del regolamento, si rifanno alle corrispondenti disposizioni già presenti nella Convenzione e (all'art. 2) pongono quale criterio basilare per l'individuazione del giudice da adire quello del domicilio del convenuto (*forum rei*) prescrivendo, in particolare, che fatta salva l'evenienza di altre specifiche disposizioni del regolamento stesso, le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute «a prescindere dalla loro nazionalità» davanti ai giudici di tale Stato. Il riferimento fondamentale al domicilio quale criterio di riparto della competenza giurisdizionale è espressione del collegamento reale tra la controversia e la vita del soggetto nei confronti del quale la stessa viene proposta³⁸.

Conseguenza coerente di tale ultima specificazione è che la norma suddetta si applica - al pari dei cittadini - anche alle persone non in possesso della cittadinanza dello Stato membro in cui domiciliano.

Quando sussista il requisito del domicilio della persona nel territorio di uno Stato membro, quella persona (ex art. 3) può essere convenuta davanti ai giudici di altro Stato membro soltanto ove ricorra alcuno degli altri criteri di

³⁷ Come ricorda G. SABEONE, *Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, p. 1104, l'Italia, pur non concordando con l'impostazione, ritenuta poco sistematica, della disposizione in commento, ne ha, in sede di compromesso finale, accettato la stesura, tenuto conto che i criteri prescelti non sono sostanzialmente diversi da quelli previsti dal nostro sistema di diritto internazionale privato, in relazione all'art. 25 l. 31 maggio 1995, n. 218.

³⁸ F. CARPI - M. A. LUPOLI, *Provvedimenti giurisdizionali civili in Europa (Convenzione di Bruxelles)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 828.

collegamento concorrenti o esclusivi regolati dalle successive Sezioni da 2 a 7. La centralità del foro generale del domicilio del convenuto è stata sempre tenuta presente nell'esegesi e nell'applicazione del corrispondente dettato convenzionale, sicché, in relazione alla sua primazia - base essenziale della tutela dei soggetti domiciliati negli Stati contraenti (ed, ora, Stati membri) -, i casi di foro concorrente e vieppiù di foro esclusivo sono, in prima analisi, considerati come altrettante eccezioni, tassativamente previste, da interpretarsi in modo tale da consentire ad un convenuto normalmente accorto di prevedere ragionevolmente innanzi a quale giudice diverso da quello dello Stato del suo domicilio, egli potrà essere *vocato in ius*.

Al riguardo, è da ricordare che le corrispondenti disposizioni del titolo II della Convenzione di Bruxelles sono state considerate, in linea di massima, applicabili quando il convenuto ha il domicilio o la sede nel territorio di uno Stato contraente, anche se l'attore è domiciliato in un Paese terzo. La regola opposta vale solo nei casi eccezionali in cui un'esplicita disposizione della Convenzione preveda che l'applicazione della norma sulla competenza da essa posta dipende dal fatto che l'attore sia domiciliato in uno Stato contraente. E lo stesso principio opera nel regolamento n. 44/01.

Inoltre, chi agisca nei confronti della persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro è inibito dalla possibilità di far valere le norme nazionali che individuino - per vari e possibili criteri di collegamento - altri fori, i cc.dd. fori esorbitanti.

Detti ulteriori criteri (già elencati dalla Convenzione nel corpo del corrispondente art. 3) sono stati inglobati nell'allegato I al regolamento.

Per l'Italia sono stati inseriti in questo allegato gli artt. 3 e 4 l. 31 maggio 1995, n. 218, ossia le due norme generali del diritto internazionale privato relative all'ambito della giurisdizione³⁹.

Fra i criteri contemplanti fori esorbitanti compresi nell'allegato I sono, fra gli altri, compresi: quello che fa capo al domicilio dell'attore (ordinamento belga, non più quello dei Paesi Bassi per quanto si dirà subito dopo); quello che privilegia la nazionalità dei contendenti (ordinamenti lussemburghese e francese); quello che considera la sussistenza nel territorio dello Stato di beni appartenenti al convenuto (ordinamenti tedesco e greco); quello che conferisce rilievo alla temporanea presenza del convenuto nel territorio dello Stato (ordinamenti del Regno Unito e dell'Irlanda).

³⁹ La prima delle succitate norme radica la giurisdizione italiana, oltre che in relazione al domicilio del convenuto in Italia, anche in relazione alla residenza od alla presenza di un rappresentante autorizzato a stare in giudizio ex art. 77 c.p.c., nonché, dopo il generale riferimento agli altri casi di evenienza della giurisdizione previsti dalla legge, opera il richiamo ai criteri stabiliti dalle Sezioni 2, 3, 4 della Convenzione di Bruxelles, anche quando il convenuto non risulti domiciliato nel territorio di uno Stato contraente, sempre che però la materia trattata rientri nel campo di applicazione della Convenzione, mentre, in caso contrario, viene privilegiata l'applicazione ai fini della giurisdizione dei criteri stabiliti per la competenza territoriale.

L'allegato in parola (ex artt. 74) è suscettibile di essere adeguato ogni qual volta uno Stato membro modifichi il quadro delle norme di riferimento e ne notifichi l'esito. Così, a seguito della corrispondente soppressione avvenuta nel relativo ordinamento interno e conseguente notifica alla Commissione, è stato emesso il regolamento (Ce) n. 1496/2002 (in *Guce* n. L 225 del 22 agosto 2002, p. 13) della Commissione del 21 agosto 2002 che ha soppresso l'ottavo trattino dell'allegato I concernente i Paesi Bassi.

Invece (art. 4), colui il quale non risulti domiciliato nel territorio di uno Stato membro può essere convenuto alla stregua dei criteri di diritto internazionale privato vigenti in ciascuno Stato membro, con l'unica eccezione del rispetto delle competenze esclusive di cui all'art. 22 e della competenza prorogata di cui all'art. 23, e vedersi addurre dal soggetto domiciliato in un determinato Stato membro (cittadino o meno) le norme regolatrici dei fori esorbitanti di cui al citato allegato I.

2.2 I criteri speciali di competenza giurisdizionale concorrente

Inoltre, al di là delle sfere di competenza giurisdizionale esclusiva che si segnaleranno in prosieguo, il regolamento contempla, sulla scia del preesistente tessuto convenzionale, una serie di casi in cui al criterio generale del *forum rei* si affiancano altri criteri attributivi della giurisdizione, di guisa che, ove ricorrano queste ipotesi, alla parte che promuove il giudizio si offre l'alternativa di optare per l'uno o per gli altri (ciò che ovviamente non è consentito per la sfera di competenza esclusiva).

Lo scopo dichiarato della previsione delle competenze alternative è stato quello di completare il quadro scaturente dal criterio di competenza generale per valorizzare il collegamento fra l'organo giurisdizionale e determinate categorie di controversie o per agevolare la buona amministrazione della giustizia. Tale funzione, per dir così, razionalizzatrice ha ispirato, per lo più, l'individuazione dei criteri concretanti le ulteriori competenze elencate nella Sezione 2 del Capo II, mentre i criteri relativi alle competenze individuate nelle Sezioni 3, 4 e 5 dello stesso Capo - rispettivamente in materia di contratti di assicurazione, di contratti di consumo e di contratti di lavoro - sono volti al perseguimento di una funzione di carattere essenzialmente protettivo della parte debole dei relativi rapporti in modo da garantire a quella parte, di fatto non in grado di incidere concretamente sull'autoregolamento negoziale nella stessa misura dell'altro contraente, l'individuazione predeterminata di fori più favorevoli alla sua posizione.

La prima categoria di fori concorrenti - disciplinata dalla art. 5 - riguarda: la materia contrattuale (n. 1); la materia delle obbligazioni alimentari (n. 2); la materia dell'illecito extracontrattuale (n. 3); il settore delle obbligazioni scaturenti da reato (n. 4); il settore delle liti che concernono centri operativi

di organizzazioni complesse (n. 5); il settore delle controversie relative al *trust* (n. 6); il settore delle obbligazioni di pagamento di corrispettivo per l'assistenza o il salvataggio di un carico o di un nolo (n. 7).

1. In materia contrattuale, dalla quale resta espunto (rispetto all'omologa previsione convenzionale) il settore dei contratti individuali di lavoro (regolati nella Sezione 5), persiste l'affiancamento al criterio generale del *forum rei* di quello del luogo in cui *l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita*. Si verte in materia contrattuale agli effetti qui rilevanti quando una parte abbia liberamente assunto un obbligo (anche per vincolo unilaterale) nei confronti di un'altra.

È subito da rilevare l'importante novità introdotta dal regolamento sul punto della definizione autonoma di tale luogo, quanto meno con riguardo alle, non secondarie, ipotesi disciplinate in via positiva.

La Convenzione di Bruxelles, infatti, non detta specifici elementi sul punto ed è stata l'elaborazione giurisprudenziale sviluppata in primo luogo in virtù dei parametri interpretativi forniti dalla Corte di giustizia a tracciare le corrispondenti linee applicative. In tal senso, e salva la verifica sulla sussistenza di accordi fra le parti nell'ambito ad esse consentito, la determinazione del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta è avvenuta in forza delle norme di diritto internazionale privato del giudice adito, fra tali norme compresi anche i precetti rivenienti dal diritto uniforme⁴⁰.

La linea tradizionalmente affermata nell'applicazione del precetto convenzionale si dirige, innanzi tutto, all'individuazione dell'effettiva obbligazione dedotta in giudizio che è quella corrispondente al diritto su cui si basa la domanda dell'attore. Quando l'azione si fonda su una pluralità di obbligazioni da

⁴⁰ Cfr., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 1994 in causa n. C-288/92, *Custom Made Commercial Ltd. c. Stawa Metallbau GmbH*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 2913 e in questa *Rivista*, 1998, 337 con commento di H.-J. RUHL, *Individuazione del giudice competente a risolvere una controversia in materia di compravendita tra operatori comunitari*, p. 343 in base a cui: il luogo di adempimento dell'obbligazione dedotta in giudizio è stato scelto come criterio di competenza nell'art. 5, punto 1, della Convenzione in quanto, per la sua precisione e la sua chiarezza, si integra bene nello scopo generale della Convenzione, che è quello di disporre norme che assicurino certezza in merito alla suddivisione delle competenze tra i vari giudici nazionali che possono essere aditi in occasione di una controversia in materia contrattuale; detto criterio, poi, consente di citare il convenuto dinanzi al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita, anche nel caso in cui il foro così individuato non sia quello che presenta il collegamento più immediato con la controversia; inoltre, il giudice investito deve determinare, in conformità alle proprie norme di conflitto, la legge da applicare al rapporto giuridico in esame, ivi compresa eventualmente una legge uniforme, e definire, sulla base di tale legge, il luogo di adempimento dell'obbligazione contrattuale controversa; pertanto, l'art. 5, punto 1, della Convenzione, nella versione modificata dalla Convenzione relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, va interpretato nel senso che, in caso di azione del fornitore contro il suo cliente per il pagamento del corrispettivo dovuto in base ad un contratto di opera, il luogo di adempimento dell'obbligazione avente ad oggetto tale pagamento va determinato conformemente al diritto sostanziale disciplinante l'obbligazione controversa secondo le norme di conflitto del giudice adito, anche quando tali norme facciano rinvio all'applicazione al contratto di disposizioni quali quelle della legge uniforme sulla vendita internazionale di cose mobili materiali, allegata alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1964.

eseguirsi in luoghi diversi, occorre necessariamente far emergere l'obbligazione rilevante la quale è quella che si pone in rapporto da principale ad accessoria rispetto alle altre obbligazioni concorrenti⁴¹; principio tradotto nell'interpretazione interna nell'esigenza che il giudice effettui un giudizio comparativo fra le obbligazioni ed individui il foro competente in base al luogo di adempimento dell'obbligazione caratterizzante il rapporto dedotto in giudizio⁴².

Si riscontra, dunque, l'eco delle varie discipline, anche uniformi, regolatrici della materia delle obbligazioni contrattuali⁴³.

Un limite a tale modo di procedere si è però individuato nel caso in cui le obbligazioni dedotte siano da ritenersi equivalenti, poiché in tal caso l'art. 5, n. 1, della Convenzione è stato interpretato nel senso che il giudice adito non è competente a conoscere l'insieme della domanda fondata su due obbligazioni equivalenti derivanti dal medesimo contratto nel caso in cui, secondo le norme di conflitto del foro, soltanto una di tali obbligazioni deve essere eseguita nello Stato del giudice adito e l'altra in un altro Stato contraente⁴⁴.

Poi, una volta individuata l'obbligazione dedotta in giudizio, va identificato il *locus destinatae solutionis* alla stregua del diritto sostanziale applicabile al contratto sulla base del diritto internazionale privato del foro, come si è già anticipato.

Così, fissato il luogo di esecuzione dell'obbligazione, sarà stabilito il foro contrattuale concorrente con il *forum rei*.

In definitiva, per l'individuazione di questo foro, come stabilito nella Convenzione di Bruxelles, si sono sommati il *metodo analitico*, teso a far emergere in modo autonomo l'obbligazione concretamente dedotta in giudizio, ed il *metodo conflittuale*, teso a far emergere il luogo di adempimento dell'obbligazione mediante l'applicazione della legge che regola il contratto secondo le norme di diritto internazionale privato del giudice investito della causa⁴⁵.

⁴¹ Così la sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 1987 in causa n. 266/85, *Shenavai c. Kreischer*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 342.

⁴² Arg. ex sent. Cass., Sez. un., del 19 giugno 2000, n. 448, in *Giur. it.*, 2001, p. 233 ss. e, poi, p. 459 ss.

⁴³ Fra i criteri predisposti dalle singole discipline di settore si ricorda innanzi tutto il criterio della ricerca dell'obbligazione che presenti un collegamento più stretto con il Paese di riferimento privilegiata dall'art. 4 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (resa esecutiva in Italia con l. 18 dicembre 1984, n. 975); vanno altresì ricordate la Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955, concernente le vendite internazionali di beni mobili (resa esecutiva in Italia con l. 4 febbraio 1958, n. 50,) e, per la disciplina del rapporto, la Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980 su contratti di vendita internazionale di merci (resa esecutiva con l. 11 dicembre 1985, n. 765); cfr. sul tema le puntualizzazioni di sent. Cass. Sez. un., del 10 marzo 2000, n. 58, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 3203 ss.

⁴⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 1999 in causa n. C-420/97, *Soc. Leathertex divisione sintetiche c. Bodetex B V B A*, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 430, che così puntualizza l'orientamento fondamentale riproposto dalla sentenza della Corte di giustizia del 28 settembre 1999 in causa n. C-440/97, *Gie Groupe Concorde c. Comandante nave Suhadiwarno Panjan*, *ivi*, p. 431.

⁴⁵ Fra gli arresti basilari in merito si ricordano la sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1976 in causa n. 12/76, *Industrie tessili italiane Como c. Dunlop AG*, in *Raccolta*, 1976, p.

A questo orientamento, pur non accettato pacificamente dagli interpreti⁴⁶, il giudice comunitario ha ritenuto di attenersi segnalandone l'idoneità ad assicurare il radicamento della lite in un foro ragionevolmente prevedibile e, nello stesso tempo, sufficientemente prossimo agli elementi oggettivi della controversia, sì da giustificare l'affiancamento al criterio generale del *forum rei* del foro concorrente speciale.

Particolari questioni ha visto insorgere il settore delle controversie aventi ad oggetto una obbligazione di non fare eseguibile «en quelque lieu que ce soit de par le monde»; di recente, rispetto all'infrazione di un patto di esclusiva, la Corte comunitaria, dopo essere partita dalla considerazione che, nel caso esaminato, l'obbligo in parola era stato assunto dalle parti senza limitazioni geografiche di sorta, con la conseguente sua esigibilità in ogni luogo, ha raggiunto - non la conclusione che qualsivoglia giudice di ogni Stato contraente possa essere evocato ex art. 5, n. 1, della Convenzione, pena la frustrazione dell'obiettivo (perseguito dalla previsione dei fori speciali) di assicurare attribuzioni di competenza certe e prevedibili garantendo al convenuto accorto di prevedere in modo ragionevole il giudice innanzi a cui egli potrà essere tratto ed evitando l'accrescimento del rischio del concorso di declaratorie giudiziali di competenza giurisdizionale, bensì - l'approdo dell'esclusione, nella specie, del foro concorrente contrattuale e l'evenienza del solo foro generale del convenuto di cui all'art. 2⁴⁷.

Il regolamento ora, all'art. 5, n. 1, dopo avere ribadito, *sub A*, la predisposizione del foro concorrente del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio, poi, *sub B*, individua in modo autonomo questo luogo per alcune ipotesi specifiche «ai fini della sua applicazione e salvo diversa Convenzione.

In particolare detto foro per le due seguenti ipotesi è rispettivamente fissato: 1. nel caso della compravendita di beni, nel luogo, situato in uno Stato membro, in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto; 2. nel caso della prestazione di servizi, nel luogo, situato in uno Stato membro, in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in

1473 e la sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1976 in causa n. 14/76, *De Bloos c. c. Bouyer*, in *Raccolta*, 1976, p. 1497.

⁴⁶ V., anche per un quadro delle perplessità e delle proposte emerse sull'argomento, O. FIUMARA, *Il luogo di esecuzione dell'obbligazione nella convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giudiziaria in materia civile e commerciale* (nota alla sentenza della Corte di giustizia del 28 settembre 1999 in causa n. C-440/97, *cit. supra*, nota 44, ed alla sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 1999 in causa n. C-420/97, *cit. supra*, nota 44), in *Rass. avv. Stato*, 2000, I, p. 365-369, nonché C. SILVESTRI, *Il "forum contractus" nella convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 tra prospettive e retrospettive* (nota alla sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 1999 in causa n. C-420/97, *loc. cit.* ed alla sentenza della Corte di giustizia del 28 settembre 1999 in causa n. C-440/97, *loc. cit.*), in *Foro it.*, 2000, IV, c. 431-441, e P. SIMONE, *Problemi relativi alla giurisdizione del giudice italiano e al collegamento tra questa e il luogo di adempimento dell'obbligazione contrattuale* (nota a sent. Cass., Sez. un., del 10 marzo 2000, n. 58, *cit. supra*, nota 43), in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 3215-3220.

⁴⁷ Così la sentenza della Corte di giustizia del 19 febbraio 2002 in causa n. C-256/2000, *Be-six S A c. Wasserreinigungsbau Kretzschmar GmbH*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 489 ss.

base al contratto. Ciò, con l'ulteriore specificazione che il disposto relativo al *locus destinatae solutionis sub A* si applica, poi, nei casi in cui non risulta applicabile il disposto *sub B*.

Per i contratti di compravendita e di prestazione di servizi, dunque, l'innovazione è consistente, essendosi inteso fare ricorso ad una individuazione in via fattuale del luogo rilevante al fine di porre argine agli inconvenienti che altrimenti crea il ricorso alle varie norme del diritto internazionale privato dello Stato del giudice (volta a volta) adito. Si è così aderito, *in parte qua*, alla valorizzazione del criterio dell'obbligazione (ritenuta) caratteristica del negozio considerato.

La conseguenza di tale opzione è che, una volta fissato in tal senso il criterio di collegamento, la corrispondente definizione non può non applicarsi a prescindere dalla natura dell'obbligazione in concreto oggetto di causa e, quindi, anche se si controverta sul pagamento o su diversa ed accessoria obbligazione scaturente dalla compravendita (o dalla prestazione di servizi) oppure su una pluralità di obbligazioni comunque relative a quel rapporto contrattuale. Resta così assorbita dal criterio autonomamente stabilito dal regolamento l'operazione ermeneutica relativa all'emersione dell'obbligazione dedotta in giudizio (prima indicata come metodo analitico).

Ciò comporta l'indubbia concentrazione nel foro stabilito dalla disposizione in esame della cognizione, per il criterio concorrente del *locus destinatae solutionis*, delle questioni controverse che riguardino qualsivoglia aspetto del contratto in concreto interpretato: sicché pure per le obbligazioni negative che fossero previste da una delle due categorie contrattuali considerate (la compravendita o la prestazione di servizi) pare doversi ritenere operante il fissato criterio dell'obbligazione caratteristica⁴⁸.

Peraltro, la norma regolamentare, da un lato, non importa innovazioni espresse con riferimento ai rapporti contrattuali non sussumibili nelle due categorie individuate - di guisa che, per quella sfera, non pare possa decamparsi dall'impostazione maturata in precedenza per l'individuazione del giudice dotato di competenza giurisdizionale - e, dall'altro, per la compravendita e la prestazione di servizi, lascia emergere una serie di punti problematici per l'interprete.

Invero, le stesse nozioni che compongono l'apparato della definizione autonoma ben potrebbero avere in concreto necessità di scrutinio ed approfondimento ermeneutico: così dicasi per il concetto di prestazione di servizi.

Del pari, il fatto della consegna delle cose oggetto di compravendita (e forse, sia pure in misura minore, quello relativo alla prestazione del servizio oggetto del contratto) non sempre sarà regolato dal contratto in modo chiaro

⁴⁸ Cfr. su questo particolare settore di obbligazioni P. FRANZINA, *Obbligazioni di non fare e obbligazioni eseguibili in più luoghi nella convenzione di Bruxelles del 1968 e nel regolamento (Ce) n. 44/2001*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 405-406.

ed esaustivo. In quest'ultimo caso, può farsi questione se, quando in base al contratto non si possa stabilire il luogo della consegna, l'interpretazione del relativo concetto giuridico debba avvenire alla luce della legge regolatrice del rapporto sostanziale, ferma l'applicazione dello specifico criterio di collegamento di cui alla lett. *B* dell'art. 5, n. 1, oppure se debba ritenersi l'intera fattispecie esclusa da tale ambito e (ex lett. *C* della stessa disposizione), debba sussumersi la stessa sotto la generale disciplina di cui alla lett. *A*, con la conseguente necessità di fissare l'obbligazione dedotta in giudizio senza riferimento alle definizioni autonome.

Pure, il caso dell'obbligazione caratteristica eseguibile in più luoghi situati in Stati membri diversi può dare luogo a dubbi ermeneutici, sebbene sembri ragionevole ipotizzare l'evenienza del concorso dei fori costituiti in relazione ai diversi *loci solutionis*.

Deve, infine, ricordarsi che alle persone domiciliate nel Lussemburgo, che vengano convenute ai sensi dell'art. 5, n. 1, ora analizzato, l'art. 63 del regolamento conferisce - per i primi sei anni della sua vigenza ed esclusi, comunque, i contratti aventi ad oggetto servizi finanziari - la facoltà di eccepire l'incompetenza del giudice adito qualora il luogo di destinazione finale (della fornitura della merce o della prestazione del servizio) sia situato nel Lussemburgo. Trattasi della riproposizione, peraltro notevolmente compressa sia per l'estensione che per la durata, della disposizione di inapplicabilità del descritto criterio di competenza concorrente al Lussemburgo contenuta dall'art. 1 del protocollo allegato alla Convenzione di Bruxelles.

2. In materia di obbligazioni alimentari, il n. 2 dell'art. 5 ripropone la norma convenzionale, individuando quale criterio speciale concorrente quello identificato dal domicilio o dalla «residenza abituale» del creditore oppure, se l'obbligazione alimentare sia oggetto di domanda accessoria ad un'azione di Stato delle persone, quello che identifica la competenza giurisdizionale relativa a quest'ultima azione, secondo la legge nazionale, salvo che tale competenza si fondi unicamente sulla cittadinanza di una delle parti.

Alla fissazione di tale articolato foro concorrente - dovendo considerarsi aggiuntivo il criterio collegato, per accessorietà, a quello delle azioni di Stato (aggiunto in sede convenzionale nel 1978) - è valsa la finalità di protezione della parte creditrice della prestazione alimentare, coniugata alla considerazione della presumibile particolare idoneità del giudice del luogo in cui quella parte domicilia o risiede a valutare i reali bisogni di chi domanda gli alimenti.

In tale ambito, l'interpretazione si è diretta a ricomprendere un largo spettro di situazioni concrete, sia con riguardo al *quantum* degli alimenti, sia con riguardo all'*an* del relativo diritto, anche con riguardo alle obbligazioni alimentari scaturenti dagli obblighi giudizialmente imposti ai soggetti per il tempo successivo ad una procedura divorzile. La norma è stata, in particolare,

interpretata dalla Corte di giustizia nel senso che per creditore di alimenti deve intendersi chiunque proponga domanda di alimenti, compreso chi per la prima volta intenti un'azione in materia di alimenti, quand'anche per addivenire alla dimostrazione del fatto costitutivo della domanda occorra addivenire all'accertamento preliminare del rapporto familiare fra le parti⁴⁹.

Si segnala che, fra le iniziative normative comunitarie, è stata presentata la proposta di regolamento n. 2002/0110 (CNS) del 17 maggio 2002 che, nell'ambito della rielaborazione della materia del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (con la programmata sostituzione del regolamento n. 1347/2000), prevede anche la sostituzione dell'art. 5, n. 2, del regolamento n. 44/2001, con l'aggiunta, in materia di obbligazioni alimentari, della rilevanza ai fini del criterio di competenza concorrente del rapporto di accessorietà fra la relativa domanda e le azioni inerenti alla responsabilità genitoriale.

3. In materia di illeciti civili, dolosi o colposi, il n. 3 dell'art. 5 stabilisce la competenza concorrente del giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire.

La prima novità, quanto meno terminologica, rispetto alla corrispondente disposizione convenzionale è nella definizione della sfera degli illeciti, nella Convenzione individuata con riferimento ai delitti o quasi-delitti ed ora invece definita in relazione agli illeciti civili, dolosi o colposi. La seconda inerisce all'aggiunta del luogo in cui l'evento dannoso può avvenire.

Sul primo punto, effettivamente all'abbandono della distinzione definitoria di matrice giustiniana fra delitti e quasi-delitti⁵⁰ segue la speculare surrogata con quella fra illeciti civili dolosi e colposi, senza sostanziale mutamento della sfera di applicazione del criterio di collegamento.

È, piuttosto, utile ricordare che nel regime convenzionale l'operatività di questo criterio si determina spesso con una esegesi *a contrario* ritenendosi applicabile lo stesso a tutte quelle fattispecie in cui venga in rilievo la responsabilità della parte convenuta non scaturente dalla materia contrattuale di cui al precedente n. 1⁵¹.

⁴⁹ Così la sentenza della Corte di giustizia del 20 marzo 1997 in causa n. C-295/95, *Farrell c Long*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 788.

⁵⁰ Distinzione che trova uno dei suoi agganci tradizionali nella ripartizione di Pothier fra *délits*, consumati *par dol ou malice*, e *quasi délits*, messi in atto *sans malice mais par une imprudence qui n'est pas excusable*.

⁵¹ Così la sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 1988 in causa n. 189/87, *Kalfelis c. Banca Schröder*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 345, secondo cui la nozione di materia di delitti o quasi-delitti di cui all'art. 5, n. 3, della Convenzione di Bruxelles va considerata come nozione autonoma comprendente ogni azione che verte sulla responsabilità del convenuto e che non si ricollega alla "materia contrattuale" ai sensi dell'art. 5, n. 1, della Convenzione; cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1998 in causa n. C-51/97, *Réunion Européenne S A c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor B V*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1793; arg. ancora ex sent. Cass., Sez. un., del 15 novembre 2000, n. 1179, in *Giust. civ.*, 2001, p. 3011, la quale, muovendo dallo stesso presupposto, ha coerentemente ascrivito alla materia contrattuale l'ipotesi in cui la responsabilità fatta

Deve precisarsi che, al pari dell'ipotesi relativa alla responsabilità contrattuale, pure quella relativa alla responsabilità extracontrattuale va ritenuta integrata anche se la domanda abbia ad oggetto il mero accertamento della fondatezza (o, per converso, dell'infondatezza) della responsabilità stessa.

Circa la seconda innovazione, relativa all'aggiunta quale luogo determinante la competenza quello in cui l'evento dannoso può avvenire, l'intenzione del legislatore comunitario con l'inserzione del criterio ora riportato è stata quella di consentire alle parti di individuare il foro competente per le azioni preventive, dunque a prescindere dall'effettivo perfezionamento del fatto produttivo di danno.

Peraltro, il controllo sull'adeguata applicazione di siffatto criterio dovrà essere particolarmente penetrante al fine di scongiurare il dispiegarsi di un'eccessiva discrezionalità dell'istante nell'adire il giudice del proprio domicilio oppure nel collocare in modo scarsamente verificabile il luogo del paventato evento dannoso, con possibili indesiderati effetti di incertezza nella previsione del foro competente⁵². Ciò, tenuto anche conto che fenomeni di troppo disinvoltato *forum shopping* mal si coniugherebbero con la ragione giustificatrice del criterio di competenza di cui all'art. 5, n. 3, ossia l'esistenza di un collegamento particolarmente stretto fra una data controversia e i giudici diversi da quelli dello Stato del domicilio del convenuto, tale da giustificare un'attribuzione di competenza in favore di detti giudici per il perseguimento della buona amministrazione della giustizia e dell'economia processuale.

Al riguardo, occorre comunque rimarcare che, nel regime convenzionale, lo stesso criterio basilare dell'evento dannoso (già) avvenuto è stato tradizionalmente interpretato⁵³ in modo da attribuire rilevanza sia al luogo del fatto generatore del danno, sia al luogo in cui il danno è insorto, poiché ognuno di questi luoghi può essere utile, a seconda delle circostanze, sotto il profilo della prova e del più complessivo svolgimento processuale. Dal ché si è evinta la sussistenza in capo all'attore della facoltà di proporre la domanda alternativamente nel luogo in cui si è manifestato il danno o nel luogo in cui si è determinato l'evento generatore del danno.

E, mentre per la determinazione del luogo in cui si è verificata la condotta che ha provocato il fatto illecito, si converge nell'individuare in quello ove si svolge l'azione che è collegata sotto il profilo causale con la determinazione dell'evento pregiudizievole (*the place the tort is most closely con-*

valere deriva da un contratto stipulato con il convenuto del quale si chiede l'affermazione di responsabilità e la condanna al risarcimento del danno, nonostante si deduca l'evenienza di comportamenti fraudolenti commessi in danno dell'istante.

⁵² In tal senso P. LOMBARDI, *Prime riflessioni*, cit. *supra*, nota 36, p. 384.

⁵³ Così la sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 1976 in causa n. 21/76, *Handelskwekerij G.I. Bier B.V. c. Mines de potasse d'Alsace S.A.*, in *Raccolta*, 1976, p. 1735.

nected with), più complessa si è rivelata l'identificazione del luogo di manifestazione del pregiudizio.

È stato, in tal senso, precisato che la nozione di «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto» deve essere interpretata nel senso che essa, comunque, non si riferisce al luogo in cui la parte lesa sostiene di aver patito un pregiudizio patrimoniale in conseguenza - però - di un danno iniziale verificatosi e da essa subito in un altro Stato contraente. In ossequio a questo principio, si è, in particolare, ritenuto, con riguardo alla domanda di un cittadino italiano, tendente ad ottenere il risarcimento dei danni dedotti come derivati al suo patrimonio dal comportamento di soggetti operanti in altri Stati contraenti - ossia, di una banca inglese che, considerate di dubbia provenienza alcune *promissory notes* depositate dal predetto, aveva provocato l'arresto del medesimo, poi assolto dalle corti britanniche, e non gli aveva più restituito i titoli -, doversi dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice italiano, in quanto l'unico luogo rilevante al fine dell'individuazione del giudice competente è quello in cui si è verificato il danno iniziale: nella specie, l'arresto ingiustificato del preteso danneggiato e il sequestro dei titoli, avvenuti nel Regno Unito⁵⁴.

La riscontrata, ordinaria duplicità di riferimenti fattuali possibili nell'ipotesi in esame non può, quindi, essere interpretata estensivamente fino a ricomprendere qualsiasi luogo in cui possano essere risentiti gli effetti dannosi di un evento che abbia già prodotto un danno effettivamente verificatosi in altro luogo. Pertanto, il danneggiato non potrebbe pretendere di far valere quale luogo all'uopo rilevante quello in cui egli ha infine constatato il danno prodotto dall'evento dannoso al proprio patrimonio.

Ciò rileva in fattispecie particolarmente articolate, quali quelle connesse ai danni verificatisi in occasione di trasporti internazionali, con particolare riferimento all'azione con la quale il destinatario di merci risultate avariate al termine di un trasporto marittimo e successivamente terrestre (o il suo assicuratore, surrogato nei suoi diritti per averlo risarcito) domandi il risarcimento del danno, basandosi sulla polizza di carico relativa al trasporto marittimo - non nei confronti di chi ha emesso detto documento a proprio nome, bensì - nei confronti della persona considerata dall'attore stesso come il vettore marittimo effettivo. Questa azione è stata, invero, ritenuta esulare dall'ambito della materia contrat-

⁵⁴ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 1995 in causa n. C-364/93, *Marinari c. Lloyd's Bank plc*, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 341; così pure sent. Cass., Sez. un., del 4 novembre 1996, n. 9533, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 736; è interessante ricordare altresì lo scrutinio di un caso di *negligent misstatement*, in relazione a cui il luogo dove si è verificato l'evento dannoso, rilevante ai presenti fini, è stato riferito al luogo in cui è stata emessa la dichiarazione ingannevole, per cui si è ritenuto non sussistere la giurisdizione inglese sulla domanda proposta in via extracontrattuale dal beneficiario inglese nei confronti di una banca svizzera per aver essa creato, con le proprie dichiarazioni, un erroneo affidamento circa l'efficacia di un *ordre de paiement* emesso dalla stessa banca; cfr. anche High Court of justice, Gran Bretagna, sentenza del 7 luglio 1998, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 495.

tuale ai sensi dell'art. 5 n. 1 della Convenzione ed invece attenere alla materia di delitti o quasi-delitti ai sensi dell'art. 5 n. 3 della Convenzione stessa⁵⁵.

Riflessi di tale inquadramento sono scaturiti, sempre nel regime convenzionale, anche in sede di verifica del criterio in parola con riferimento all'ipotesi della diffamazione internazionale a mezzo stampa. In ordine ad essa, il luogo della condotta pregiudizievole si individua agevolmente avendo riguardo alla sede dell'editore che ha diffuso il prodotto di stampa ritenuto dedotto come diffamatorio (luogo che, peraltro, si identifica di norma con quello del foro generale del convenuto), mentre ha destato maggiori difficoltà la portata identificativa del luogo in cui l'istante deduce avere subito gli effetti della condotta pregiudizievole che è quello in cui detto soggetto risulta noto e dove, quindi, si ripercuotono in modo deleterio le notizie diffamatorie propalate.

Per questo secondo luogo, infatti, la giurisprudenza comunitaria ha limitato la sua operatività nel senso dell'attribuzione della competenza giurisdizionale al giudice dello Stato in cui il pregiudizio si è determinato soltanto per ciò che concerne il danno effettivamente maturato in quel luogo. In altri termini, l'espressione «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto», in caso di diffamazione mediante un articolo di stampa diffuso in più Stati contraenti, è stata interpretata nel senso che il danneggiato può promuovere un'azione di risarcimento contro l'editore sia dinanzi ai giudici dello Stato contraente del luogo di stabilimento dell'editore della pubblicazione diffamatoria - i quali sono competenti a pronunciarsi sul risarcimento dei danni derivanti dalla diffamazione nella loro integralità -, sia dinanzi ai giudici di ciascuno Stato contraente nel quale la pubblicazione sia stata diffusa e dove il danneggiato asserisca di aver subito una lesione della propria reputazione: i quali, però, sono competenti a conoscere dei soli danni cagionati nello Stato del giudice adito⁵⁶. La *ratio* di una tale interpretazione - che si riflette sulla concreta sfera di cognizione del giudice del luogo degli effetti dannosi - risiede nella riflessione secondo cui il criterio speciale in tanto ha senso in quanto il giudice del

⁵⁵ In questo caso, però, posto che il luogo in cui è avvenuto l'evento generatore del danno può essere difficile o addirittura impossibile da determinare, si è esclusa la sua concreta individuabilità ed è stato ritenuto, di conseguenza, dirimente stabilire il luogo in cui è insorto il danno. Sotto tale profilo, il luogo in cui il destinatario di merci, dopo l'esecuzione del trasporto marittimo e successivamente del trasporto terrestre finale, si è limitato ad accertare l'esistenza delle avarie alle merci consegnategli non è stato considerato quello idoneo a determinare il «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto» ai sensi dell'art. 5 n. 3 della Convenzione; né si è considerato rilevante al riguardo il luogo in cui la consegna è stata effettivamente compiuta. Entrambi questi riferimenti sono stati scartati perché avrebbero fornito all'attore di allocare agevolmente presso il suo domicilio il luogo determinante e, così, frustrato le esigenze di certezza e prevedibilità sul foro competente, alla base del regime convenzionale. Si è pertanto ritenuto doversi individuare il luogo rilevante ai fini dell'art. 5 n. 3 in quello in cui il soggetto responsabile doveva consegnare le merci dedotte come avariate: in tal senso cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1998 in causa n. C-51/97, *Réunion Européenne S A c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor B V*, cit. *supra*, nota 51.

⁵⁶ In tal senso la sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 1995 in causa n. C-68/93, *Shevill c. Presse Alliance S. A.*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 331.

luogo di tali effetti è quello che, ai fini di una buona amministrazione della giustizia, è più idoneo a valutare la portata e, quindi, la misura del pregiudizio derivato dalla diffamazione su quello specifico territorio.

L'operatività del detto secondo criterio di collegamento, in sé considerato, comporta dunque il rischio di parcellizzazione delle competenze giurisdizionali per quanti sono gli Stati membri nei quali il soggetto abbia effettivamente risentito gli effetti dannosi, con l'oggettiva possibilità di giudicati contrastanti, rischio cui si sottrae l'opzione del primo criterio (quello del luogo di integrazione dell'evento generatore del danno), pur se molte volte coincidente con il foro generale del convenuto.

È, infine, da ricordare che, sullo stesso criterio testé analizzato e con riferimento all'omologa disposizione contenuta nella Convenzione di Lugano, la giurisprudenza di legittimità interna, nel solco tracciato dall'interpretazione della Corte comunitaria ma con ulteriori specificazioni, ha stabilito che la giurisdizione in ordine ad una domanda di risarcimento dei danni conseguenti ad una diffamazione internazionale a mezzo stampa appartiene, oltre che al giudice dello Stato del convenuto responsabile dell'illecito, anche al giudice del luogo nel quale è diffusa la pubblicazione diffamatoria, ma non anche al giudice del domicilio del danneggiato o del luogo ove questi sostenga di aver subito un pregiudizio alla sua reputazione, quando la pubblicazione non sia distribuita in questo Stato; sicché in caso di diffamazione mediante un articolo di stampa diffuso in più Stati contraenti il danneggiato può promuovere un'azione di risarcimento contro l'editore sia dinanzi ai giudici dello Stato contraente del luogo di stabilimento dell'editore della pubblicazione diffamatoria, competenti a pronunciarsi sul risarcimento dei danni derivanti dalla diffamazione nella loro integralità, sia dinanzi ai giudici di ciascuno Stato contraente nel quale la pubblicazione sia stata diffusa e dove il danneggiato asserisca di aver subito una lesione della propria reputazione, i quali sono tuttavia competenti a conoscere dei soli danni cagionati nello Stato del giudice adito. Viceversa la ripresa della notizia nello Stato di domicilio del danneggiato ad opera di altro mezzo stampa costituisce un fatto illecito totalmente diverso perché è generato da un comportamento che ha una sua autonomia causale e produce effetti non inseribili nella concatenazione causale che ha il suo momento iniziale nel primo illecito, per il quale i criteri di determinazione della giurisdizione non subiscono alterazioni⁵⁷.

3. Con riferimento al settore delle azioni civili risarcitorie e restitutorie nascenti da reato, sussiste competenza concorrente del giudice presso il quale è esercitata l'azione penale, sempre che questo giudice, secondo la propria

⁵⁷ Così sent. Cass., Sez. un., del 27 ottobre 2000, n. 1141, in *Dir. e giustizia*, 2000, fasc. 40, p. 28.

legge, possa conoscere della corrispondente azione civile. La disposizione riporta l'identica norma convenzionale.

In tal caso, quindi, il danneggiato può esercitare l'azione civile in sede penale con la partecipazione anche di eventuali responsabili civili diversi dall'imputato.

La norma va esaminata congiuntamente all'art. 61 del regolamento (mutuato dal protocollo II allegato alla Convenzione), posto a tutela della posizione dell'imputato che venga convenuto ai fini civili innanzi al giudice di altro Stato membro. In base a questa norma, ove non ricorrano disposizioni nazionali più favorevoli, le persone domiciliate nel territorio di uno Stato membro alle quali sia stata contestata un'infrazione non dolosa innanzi ai giudici penali di altro Stato membro possono farsi difendere dalle persone a ciò abilitate, pur se non compaiono personalmente innanzi al giudice penale, salvo il potere di quel giudice di ordinare la loro comparizione, ove essa non abbia avuto luogo, e con la specificazione che la decisione sull'azione civile emessa senza che la persona abbia avuto la possibilità di difendersi può non essere riconosciuta e non eseguita negli altri Stati membri.

Con questa disposizione si è inteso tutelare il diritto dell'imputato a difendersi compiutamente, anche in caso di sua mancata comparizione, sicché l'eventuale decisione assunta dal giudice penale in materia civile per fatti colposi a carico dell'imputato e del responsabile civile senza le garanzie difensive previste dall'art. 61 potrà non essere riconosciuta negli altri Stati membri.

L'individuazione normativa inerente alla sola ipotesi delle violazioni non volontarie dell'ordinamento penale non comporta⁵⁸ che per le altre ipotesi, in particolare per i reati dolosi, la decisione sulle statuizioni civili possa essere emessa, nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, senza la tutela del diritto di difesa della parte interessata, dovendo al riguardo valere pur sempre il limite dell'ordine pubblico per la riconoscibilità e l'eseguibilità della decisione stessa.

E, con riferimento alla Convenzione di Bruxelles, la Corte di giustizia ha, infatti, interpretato l'art. 27, par. 1, nel senso che: 1. alla luce della clausola dell'ordine pubblico di cui alla relativa disposizione, il giudice dello Stato richiesto non può tener conto, nei confronti di un convenuto domiciliato nel territorio di quest'ultimo, del solo fatto che il giudice dello Stato d'origine ha fondato la propria competenza sulla cittadinanza della vittima di un reato; 2. alla luce della clausola dell'ordine pubblico di cui all'art. 27, par. 1, il giudice dello Stato richiesto può tener conto, nei confronti di un convenuto domiciliato nel territorio di quest'ultimo e perseguito per un reato doloso, del fatto che il giudice dello Stato d'origine gli ha negato il diritto di farsi difendere

⁵⁸ Lo sottolinea opportunamente, con riferimento al regime convenzionale, S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit. *supra*, nota 8, p. 90-91.

senza comparire personalmente⁵⁹. Tale interpretazione non potrà non avere anche in prospettiva il suo peso, pur se, come si accennerà in prosieguo, il regolamento n. 44/01 ha, nella corrispondente disposizione costituita dall'art. 34, par. 1, stabilito che la verifica del rispetto dell'ordine pubblico va circoscritta al livello della manifesta contrarietà.

5. Circa il foro concorrente del luogo in cui un'impresa abbia una succursale, un'agenzia o qualsiasi altra sede di attività, foro tratto (all'art. 5, n. 5) in modo identico dal regime convenzionale, è da ricordare che la sede periferica dell'attività imprenditoriale deve consistere in un centro operativo della medesima che, pur dotato di autonomia e di autonoma capacità di trattare con i terzi, si trovi in posizione di assoggettamento alla direzione ed al controllo dell'impresa centrale.

In tale ambito, è stato ritenuto non rilevante in senso contrario all'evenienza del foro *de quo* che una persona giuridica avente sede in uno Stato contraente, pur non utilizzando una succursale, agenzia o filiale dipendente in altro Stato contraente, vi eserciti la propria attività mediante una società indipendente con lo stesso nome e la stessa direzione che operi in nome e come una estensione della casa madre⁶⁰.

La sfera oggettiva delle questioni per le quali il foro concorrente è idoneo ad operare riguarda tutti gli impegni contrattuali controversi che siano assunti dalla succursale, a nome della casa madre, senza che sia necessario che detti impegni debbano essere eseguiti nello Stato in cui la succursale è stabilita⁶¹, come pure le obbligazioni extracontrattuali scaturenti dall'esercizio dell'attività nella succursale, agenzia o centro operativo di cui trattasi.

6. Sussiste poi la previsione del foro concorrente del giudice dello Stato membro nel cui territorio sia situato il domicilio del *trust*, ove può essere convenuta la persona (a sua volta domiciliata nel territorio di uno Stato membro) nella sua qualità di soggetto fondatore, *trustee* o beneficiario del *trust* stesso che risulti costituito in applicazione di una legge o per iscritto o con clausola orale confermata per iscritto.

Questo criterio, previsto dalla Convenzione ed inizialmente eliso dalla proposta di regolamento, è stato poi reinserito nella proposta modificata⁶², in-

⁵⁹ Così la sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 2000 in causa n. C-7/98, *K. D. c. B. A.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 803.

⁶⁰ Lo afferma la sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 1987 in causa n. 218/86, *Schotte GmbH c. Soc. Parfums Rothschild*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 341; per altro verso, la sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 1981 in causa n. 139/80, *Ditta Blancheaert Willems c. Trost*, in *Foro it.*, 1981, IV, c. 409, aveva puntualizzato che un «Handelsvertreter» - agente di commercio - non presenta le caratteristiche di una agenzia o di qualsiasi altra filiale ai fini dell'applicazione dell'art. 5, n. 5, della Convenzione.

⁶¹ V. la sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 1995 in causa n. C-439/93, *Lloyd's Register of Shipping c. Société Campeon Bernard*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 961.

⁶² Ciò si evince dallo schema di raffronto fra i due testi, consultabile in *Guce* n. C 62 E del 27 febbraio 2001, p. 243 ss.

dividua sostanzialmente il foro generale del *trust*, allo scopo di poter assecondare l'esame nella medesima sede delle varie controversie scaturenti dai rapporti creatisi all'interno del *trust* stesso. Proprio la sua caratteristica di foro assimilabile a quello generale per la relativa serie di affari ne aveva suggerito l'ipotesi di soppressione, poi rientrata nel corso dei lavori preparatori.

E, come si è già in precedenza ricordato, l'art. 60, par. 3, del regolamento dispone che al fine di stabilire se un *trust* abbia domicilio nel territorio di uno Stato membro, il giudice adito deve applicare le norme del proprio diritto internazionale privato⁶³.

7. In ordine alla sfera di controversie relative al pagamento del corrispettivo per l'assistenza o il salvataggio di un carico o di un nolo si perpetua la previsione di competenza giurisdizionale concorrente del giudice nell'ambito della cui competenza il carico o il relativo nolo: *a.* è stato sequestrato a garanzia del pagamento, oppure *b.* avrebbe potuto essere sequestrato, ma è stata fornita una cauzione od altra garanzia, sempre che, in un caso o nell'altro, venga dedotto che il convenuto è titolare di un diritto sul carico o sul nolo oppure aveva tale diritto al momento del fatto di assistenza e salvataggio (cd. *forum arresti* od anche foro marittimo).

Per questa determinata categoria di crediti marittimi, si registra l'affiancamento al foro generale del foro della cautela per la cognizione della causa di merito in ragione del carattere specifico della materia relativa alla navigazione marittima ed, in particolare, del settore dell'assistenza e salvataggio: considerazione che ha consigliato di far coincidere la giurisdizione di merito con quella cautelare⁶⁴.

⁶³ Per quanto concerne l'Italia, è da tener presente che con l. del 16 ottobre 1989, n. 364, è stata ratificata la Convenzione dell'Aja dell'1 luglio 1985, sulla legge applicabile al *trust* ed al relativo riconoscimento, in base a cui per *trust* si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona (il costituente) con la stipulazione di un atto *inter vivos* o con il perfezionamento di un atto *mortis causa* in virtù del quale taluni beni sono posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un terzo beneficiario oppure per il perseguimento di un fine specifico. I beni del *trust* risultano intestati a nome del *trustee* o di un'altra persona a nome del *trustee*, epperò integrano, con effetti opponibili ai terzi, una massa distinta e separata che non entra a far parte del patrimonio del *trustee*: il quale, a sua volta, è investito del potere-dovere (alla stregua di un ufficio di diritto privato) di amministrare il patrimonio separato in questione, gestirlo e disporre dei relativi beni, nel rispetto dei termini stabiliti nel *trust* e delle norme stabilite dalla legge applicabile sulla base della scelta del costituente o dell'individuazione di quella che ha più stretti legami con il *trust*, nonché di rendere il relativo conto. Per gli effetti della ratifica della succitata Convenzione cfr. sent. C. App. Milano, del 6 febbraio 1998, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 582, secondo cui, in virtù dell'applicazione della Convenzione dell'Aja dell'1 luglio 1985, non può essere definito illecito l'istituto del *trust* stesso, in riferimento a un *trust* regolato dalla legge inglese; circa la considerazione del *trust* quale istituto essenzialmente obbligatorio con l'esclusione di assimilazione dell'azione per la tutela dei relativi diritti a quella reale cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 17 maggio 1994 in causa n. C-294/92, *Webb c. Webb*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1529, su cui v. *infra*.

⁶⁴ Il tema comporta anche il richiamo della Convenzione di Bruxelles del 10 maggio 1952 sull'unificazione di alcune norme relative al sequestro conservativo delle navi d'alto mare, man mano ratificata negli Stati membri, per l'estensione della cui disciplina ad alcuni di essi ed agli Stati dell'AELE (molti dei quali poi entrati a far parte dell'Unione europea) è stata prevista anche la disposizione transitoria di cui all'art. 54 *bis* della Convenzione di Lugano.

3.3. I criteri di concentrazione della competenza giurisdizionale

Innanzitutto, il caso del litisconsorzio processuale, originario o successivo, influenza l'individuazione del giudice dotato di competenza giurisdizionale nell'ambito qui trattato.

Alla stregua dell'art. 6, n. 1, del regolamento, la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro, in caso di pluralità di convenuti, può essere a sua volta convenuta innanzi al giudice del luogo in cui uno qualsiasi dei convenuti ha il domicilio, ad una espressa condizione: «che tra le domande esista un nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione unica ed una decisione unica onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni incompatibili».

La Convenzione di Bruxelles nell'omologa disposizione ha previsto soltanto la possibilità di convenire la pluralità di soggetti innanzi al giudice del domicilio di uno qualsiasi di essi. Peraltro, in presenza di una parallela nozione di connessione fornita dal regime convenzionale (ex art. 22, par. 3) è stata già l'interpretazione del giudice comunitario a fissare i limiti alla realizzazione del cumulo soggettivo, specificando che per l'applicazione del corrispondente precetto deve sussistere una connessione tra le varie domande presentate dallo stesso attore contro i diversi convenuti di modo che vi sia interesse a giudicarle insieme, evitando sentenze che potrebbero essere incompatibili se le cause fossero decise separatamente⁶⁵.

È stato, quindi, applicato l'istituto della connessione alle domande proposte nei confronti di diversi convenuti stimandone la concentrabilità ex art. 6, n. 1, quando esse siano vincolate da un nesso stretto a tal punto da imporne la trattazione unitaria, essendosi per altro verso sottolineato che l'emersione di tale concetto non deve interpretarsi in modo da porre in crisi il principio basilare della competenza giurisdizionale del foro del domicilio del convenuto: esso, cioè, non può essere utilizzato per distogliere l'effettivo convenuto dal giudice del proprio domicilio, né per attrarre la complessiva causa in un foro di uno Stato diverso da quello che individui il giudice del domicilio di uno dei convenuti⁶⁶.

Pertanto, alla stregua della stessa norma, un convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente non può essere citato in un altro Stato contraente dinanzi al giudice a cui è stata proposta una domanda diretta contro un altro convenuto che sia domiciliato, però, fuori dal territorio di qualsiasi Stato contraente, per il motivo che la lite presenterebbe carattere di indivisibilità, e non soltanto di connessione, atteso che non si perseguirebbe l'obiet-

⁶⁵ Così la sentenza della Corte di giustizia del 27 settembre 1988 in causa n. 189/87, *Kalfelis c. Banca Schröder*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 345.

⁶⁶ Cfr. per un caso di riconosciuta evenienza della fattispecie di cui all'art. 6, n. 1, e di non riscontrata pretestuosità della citazione del soggetto il cui domicilio determinava la competenza, sent. Cass., Sez. un., del 3 aprile 2000, n. 86, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3376.

tivo di certezza del diritto perseguito dalla disciplina in esame se si consentisse di attrarre innanzi al giudice di uno Stato contraente riconosciutosi competente nei confronti di uno dei convenuti non domiciliato in uno Stato contraente la cognizione della posizione di altro convenuto domiciliato nello Stato contraente e che si vedrebbe privare dei benefici previsti a sua tutela al di fuori dei casi previsti dal regime convenzionale⁶⁷.

Applicando l'illustrata disposizione e ritenendo l'evenienza del nesso vincolante le varie domande, la giurisprudenza di legittimità interna ha stabilito che, con riguardo ad azione di simulazione esercitata in via principale ed azione revocatoria esercitata in via subordinata proposta da una società italiana nei confronti di convenuti residenti in Italia e di convenuti domiciliati nel territorio di uno Stato contraente della Convenzione di Bruxelles, sussiste la giurisdizione del giudice italiano⁶⁸.

Va da sé che, nell'individuazione della sussistenza del "nesso", della sua portata, della concretezza del rischio di decisioni incompatibili - insomma di tutti gli elementi componenti la definizione sopra riportata -, il singolo giudice nazionale, nella misura in cui non risultino già forniti dalla Corte di giustizia i parametri interpretativi rilevanti, finisce per esercitare un ruolo non secondario. Si consideri, ad esempio, la conclusione cui è pervenuto la giurisprudenza britannica quando ha deciso che, ai sensi dell'art. 6, n. 1, della Convenzione di Bruxelles, la giurisdizione britannica non può ritenersi sussistente nei confronti dei soggetti non domiciliati nel territorio dell'ordinamento del foro quando risulti priva di fondamento la citazione in giudizio dell'unico soggetto con domicilio nel territorio del Regno Unito, poiché in tal caso viene meno l'elemento fondamentale da cui promana la *vis attractiva* che altrimenti opererebbe in virtù della connessione per cumulo soggettivo⁶⁹.

Ex art. 6, n. 2, del regolamento, è poi consentito convenire la persona domiciliata in uno degli Stati membri innanzi al giudice della causa principale quando si tratti di chiamata in garanzia o di altra chiamata di terzo, anche stavolta ad una espressa condizione, ossia che la domanda principale non sia stata

⁶⁷ Arg. dalla sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1998 in causa n. C-51/97, *cit. supra*, nota 51.

⁶⁸ Così sent. Cass., Sez. un., del 30 giugno 1999, n. 370, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 745. Interessante è anche il caso concreto in cui si è concluso nel senso che, proposta azione per risarcimento danni da bagnamento dal cessionario dei diritti del ricevitore della merce nei confronti del vettore e del raccomandatario danesi, da un lato, e dell'assicuratore italiano del vettore, dall'altro, sussiste la giurisdizione italiana (ex art. 6, n. 1, della Convenzione di Bruxelles), essendosi riscontrato vincolo di connessione tale da rendere opportuna la trattazione e la decisione unitarie davanti al giudice competente dello Stato ove la società assicuratrice ha la propria sede, in quanto, pur essendo diversi i titoli posti a fondamento della domanda, identici sono il *petitum* e l'oggetto dell'azione, e sussiste rapporto di alternatività tra le prestazioni dovute: in questa prospettiva si è posta sent. Cass., Sez. un., del 5 novembre 2001, n. 13627, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1463.

⁶⁹ Così ha concluso Queen's Bench Division, Gran Bretagna, sentenza del 22 febbraio 1995, in *Riv. arbitrato*, 1997, p. 801.

proposta solo per distogliere colui che è stato chiamato in causa dal suo giudice naturale, in perfetta consonanza con il pregresso tessuto convenzionale.

A tale disposizione va collegata quella dell'art. 65, norma la quale (riprendendo il contenuto dell'art. V del protocollo allegato alla Convenzione) stabilisce che il criterio ora enunciato non può essere invocato in Germania ed in Austria (non essendo previsto in quegli ordinamenti la chiamata in garanzia e comunque in causa del terzo) e dispone i congrui richiami alle norme che disciplinano nei due stati la *litis denuntiatio*, con previsione di reciproco riconoscimento delle decisioni assunte nei rispettivi spazi giudiziari alla stregua dei corrispondenti istituti.

Notevole è il limite espressamente stabilito dal regolamento per evitare la diversione del processo dal foro del giudice naturale del chiamato in causa (ossia quello del domicilio di quest'ultimo), essendosi in questo modo sottolineata l'inammissibilità di chiamate strumentali o comunque esorbitanti rispetto alla ragionevole interpretazione dell'ipotesi tassativa così disciplinata.

È, per altro verso, da evidenziare che il foro esercitante la *vis attractiva* in questo caso è quello avente competenza giurisdizionale per la causa principale *tout-court*, non rilevando se ad esso si sia pervenuti in applicazione del criterio generale (domicilio del convenuto) o di altro criterio previsto dalla normativa in esame ed operante in concreto.

La chiamata del terzo, dato l'ampio spettro della definizione, può essere attuata anche per il perfezionamento del litisconsorzio necessario, sostanziale o processuale⁷⁰.

Si è fatta questione circa l'ambito di operatività del criterio con riferimento alla chiamata del terzo per i rapporti di garanzia. La Corte comunitaria ha precisato che la disposizione va interpretata nel senso che essa non obbliga il giudice a consentire la chiamata in garanzia e che questi può applicare le norme di procedura nazionali per l'esame della ricevibilità della domanda in garanzia, purché non venga pregiudicata l'efficacia pratica del sistema della Convenzione in materia di competenza e, in particolare, la domanda non venga respinta in quanto il garante ha la residenza o il domicilio in uno Stato contraente che non è quello cui appartiene il giudice investito della domanda originaria⁷¹.

La Corte regolatrice interna ha, dal canto suo, ritenuto che l'ipotesi normativa in parola si applica solo in caso di garanzia propria, ravvisabile esclusivamente quando la domanda principale e quella di garanzia abbiano lo stesso titolo, o quando si verifichi una connessione obiettiva tra i titoli delle do-

⁷⁰ Cfr. comunque A. CONVERSO, *La giurisdizione unica europea*, cit. *supra*, nota 17, p. 307-308, il quale, dopo avere svolto rilievi problematici sulla possibilità concreta di attagliare la nozione di litisconsorzio processuale alla disposizione in esame, preferisce l'adozione del concetto di causa inscindibile, per ragioni sostanziali o processuali.

⁷¹ Tale è l'orientamento formulato dalla sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 1990 in causa n. 365/88, *Kongress Agentur GmbH c. Zeheghe B V*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 57.

mande, ovvero quando sia unico il fatto generatore delle responsabilità prospettato con l'azione principale e con quella di garanzia. Sulla scorta di questo principio, è stato dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano rispetto all'azione di manleva esperita dal convenuto in inadempimento di obbligazioni nascenti da un contratto di spedizione nei confronti di una società britannica cui era stato commesso il trasporto che esso convenuto era stato incaricato dal mandante di organizzare, poiché ha considerato trattarsi di responsabilità aventi titolo nell'inosservanza di obblighi scaturenti da contratti distinti e non interdipendenti⁷².

Nel caso, disciplinato dall'art. 6, n. 3, di domanda riconvenzionale, la concentrazione nel foro competente per la domanda principale si verifica a patto che la *reconventio* nasca dal contratto o dal fatto su cui si fonda la domanda principale.

Rispetto al dettato convenzionale, risulta modificato uno dei due elementi genetici della riconvenzionale ammissibile: il riferimento al "fatto" su cui, in alternativa al contratto, si fonda la domanda principale sostituisce il riferimento al "titolo" presente nella norma convenzionale. La nuova locuzione sembrerebbe più ampia, sebbene non sia da obliterare che entrambe - unite all'alternativo riferimento al contratto, previsto in entrambe le versioni - si profilino in grado di sussumere sotto la corrispondente disciplina già molte situazioni contrassegnate dall'identità genetica o causale con il *thema decidendum* introdotto dalla domanda principale.

Per altro verso, il n. 3 dell'art. 6 del corrispondente regime convenzionale è stato ritenuto riferirsi solo alle domande proposte dai convenuti per ottenere un provvedimento di condanna distinto da quello richiesto in via principale e non riguardare, invece, la situazione in cui il convenuto faccia valere, come semplice eccezione di compensazione, un suo asserito credito nei confronti dell'attore; dal ché si è tratto il più ampio assunto secondo cui le eccezioni che si possono sollevare e le relative condizioni sono disciplinate dal diritto nazionale⁷³.

Nell'applicare il criterio, si è stabilito che esso consente di proporre davanti allo stesso giudice della domanda principale una domanda riconvenzionale diretta al conseguimento di un bene della vita distinto da quello integrante l'obiettivo della domanda principale quando tale bene scaturisca dal titolo, contrattuale o d'altro genere, su cui si basa la domanda principale, mentre si è rilevato che esso, tenuto conto della sua eccezionalità e del suo tenore letterale, non può operare con riferimento alle domande riconvenziona-

⁷² Così sent. Cass., Sez. un., del 7 agosto 2001, n. 10891, in *Foro it.*, Rep., 2001, voce *Giurisdizione civile*, n. 66.

⁷³ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1995 in causa n. C-341/93, *Danvaern Production A/S*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 638.

li correlate, invece, ai mezzi di difesa del convenuto (domande cui pure ha invece riguardo, nell'ordinamento processuale interno, l'art. 36 c.p.c.)⁷⁴.

Il criterio previsto dal n. 4 della stessa disposizione contempla la possibilità di concentrazione delle domande aventi natura contrattuale: *A.* che vengano proposte nei confronti di un medesimo soggetto che sia anche convenuto per azione articolata a tutela di diritti reali immobiliari che possa essere riunita alla domanda contrattuale; *B.* che l'azione sia proposta in uno Stato membro; *C.* che tale luogo coincida con quello in cui è situato l'immobile.

Dato il riferimento alla valutazione (anche *ex ante*) della suscettibilità di riunione delle due vertenze, ove separatamente considerate, si deve ritenere che fra i rispettivi temi d'indagine debba sussistere un apprezzabile grado di connessione.

Ipotesi tipica dell'evenienza di tale fenomeno è data dalla causa di manutenzione del contratto di mutuo ipotecario in cui venga convenuto un soggetto domiciliato in determinato Stato membro che si connetta a vertenza avente ad oggetto l'accertamento od altra ragione di tutela della garanzia reale gravante sul bene immobile allocato in altro Stato membro.

Ulteriore ipotesi, separatamente regolata dalla fonte in esame (art. 7), è quella contemplante la concentrazione delle domande riguardanti la responsabilità nell'impiego o nell'esercizio della nave: ove, infatti, la relativa competenza giurisdizionale appartenga al giudice di uno degli Stati membri, quel giudice è anche competente per le domande aventi ad oggetto la limitazione della stessa responsabilità. Questo caso si profila, in buona sostanza, come una specificazione o, comunque, una articolazione di quello previsto dall'art. 6, n. 3.

2.4 I criteri di competenza giurisdizionale protettiva

Il regolamento ha mantenuto e perfezionato il sistema previsto dalla Convenzione in ordine alla individuazione di alcuni settori in cui alla parte debole del rapporto viene conferita la possibilità di ottenere una tutela processuale più intensa, contemplando - in armonia con le linee normative del Trattato CE, come modificato ed integrato da quelli di Maastricht e di Amsterdam e, dunque, al fine di garantire meglio il funzionamento del mercato unico e la libera circolazione dei cittadini dell'Unione - fori alternativi ulteriori a vantaggio della par-

⁷⁴ È stato, quindi, ritenuto operante il criterio stesso in un caso in cui un'impresa, contro cui era stata proposta una domanda di accertamento della contraffazione di alcuni brevetti, contestata la validità dei brevetti in questione, aveva dedotto in via riconvenzionale la responsabilità della controparte per atti di concorrenza sleale - posti in essere anche in Paesi estranei alla Comunità europea - consistenti in una turbativa dell'attività commerciale della convenuta, accusata presso i suoi stessi distributori e clienti di porre in commercio prodotti integranti contraffazione dei brevetti fatti valere con la domanda principale; ciò, perché sia nella domanda principale che in quella riconvenzionale veniva essenzialmente in discussione, sotto aspetti connessi, la legittimità o meno della commercializzazione dei propri prodotti fatti dalla parte convenuta: cfr. sent. Cass., Sez. un., del 29 novembre 1999, n. 827, in *Dir. ind.*, 2000, p. 137.

te ritenuta in posizione sfavorita e, corrispondentemente, circoscrivendo lo spazio di scelta dell'altra parte del rapporto nell'identificazione del giudice dotato di competenza giurisdizionale.

A parte la già citata ipotesi del foro delle obbligazioni alimentari, sono dettagliatamente regolate la competenza in materia di assicurazioni, quella in materia di contratti di consumo e (con una elaborazione autonoma rispetto al regime convenzionale) quella in materia di contratti individuali di lavoro.

I cenni alla disciplina in questione dovranno essere (nell'economia di queste note) necessariamente sommari, con la segnalazione delle novità apportate dal regolamento rispetto al precedente assetto convenzionale.

2.4.1 La competenza giurisdizionale in materia assicurativa

La normativa (racchiusa negli artt. da 8 a 14) migliora l'assetto convenzionale, anche con uno specifico riferimento alla materia dei «grandi rischi» (art. 14, n. 5) e facendo comunque salva, in premessa, l'applicazione dell'art. 4 (relativo alla posizione del convenuto non domiciliato nello Stato membro) e dell'art. 5, punto 5 (relativo al foro della succursale, poi richiamato anche in via espressa).

L'assicuratore domiciliato nello Stato membro, come nell'impianto precedente, può essere convenuto, oltre che nel foro del suo domicilio, anche nel domicilio dell'attore, non soltanto quando l'attore sia il contraente dell'assicurazione (come stabilisce la Convenzione di Bruxelles), bensì anche quando egli identifichi l'assicurato o un beneficiario della stessa.

Permane l'ulteriore alternativa del foro della causa in cui sia stato chiamato il coassicuratore delegato alla gestione del rapporto con l'assicurato, per cui persiste la possibilità di convenire i diversi assicuratori nel corrispondentemente unico foro del domicilio del coassicuratore.

Anche per questo settore viene specificato il criterio di collegamento equivalente al domicilio in ordine alla titolarità di una succursale, agenzia o qualsiasi altra filiale nell'ambito di uno Stato membro, per le contestazioni relative al loro esercizio, pur se l'assicuratore sia domiciliato fuori del territorio degli Stati membri⁷⁵.

È particolarmente rilevante, pertanto, l'espressa previsione della sfera completa dei soggetti - contraente, assicurato, beneficiario - titolari di diritti

⁷⁵ V. sent. Cass., Sez. un., del 17 novembre 1999, n. 785, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 1023, la quale ha specificato che tale criterio può riguardare soltanto le controversie attinenti agli affari assicurativi correlati a polizze emesse da tali rappresentanze.

scaturenti dal contratto di assicurazione ed abilitati ad avvalersi dei fori alternativi protettivi⁷⁶.

Per i settori assicurativi della responsabilità civile e dell'assicurazione di immobili - e, in questo secondo caso, anche quando la medesima polizza riguardi contemporaneamente beni immobili e mobili colpiti dallo stesso sinistro -, è attribuita l'ulteriore alternativa del foro del luogo di verificazione dell'evento dannoso. Inoltre, per quel particolare settore dell'assicurazione della responsabilità civile per cui sia contemplata l'azione diretta da parte del danneggiato nei confronti dell'assicuratore, i soggetti protetti hanno facoltà di convenire l'assicuratore nel foro in cui questa azione sia stata già esercitata (ossia dove il danneggiato abbia già *vocato in ius* l'assicuratore per essere ristorato in via diretta dei danni subiti), sempre che una tale azione sia consentita dalla legge del giudice adito.

A questo proposito, è da ribadire che ai soggetti protetti del rapporto assicurativo sopra individuati si aggiunge la figura della persona lesa che può proporre le azioni nei confronti dell'assicuratore secondo delle condizioni ora precisate quando - ovviamente - sia titolare di azione diretta nei suoi confronti.

È stato anche espressamente confermato che, quando all'azione diretta si debba connettere la chiamata in causa dell'assicurato o del contraente (si pensi all'art. 23 l. 24 dicembre 1969, n. 990, per ciò che concerne l'ordinamento interno), la competenza giurisdizionale si radica anche nei confronti dei chiamati.

Viceversa, l'assicuratore, quando agisca nei confronti del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, ha titolo per farlo soltanto nel foro del domicilio del convenuto, impregiudicata in tal caso la competenza di tale foro anche per la domanda riconvenzionale, al di là delle disposizioni di tutela sopra richiamate.

Un siffatto equilibrio delle posizioni non poteva non comportare specifici limiti anche all'autonomia delle parti del rapporto assicurativo di derogare all'assetto della competenza giurisdizionale. Ed il regolamento ha sostanzialmente ribadito i limiti già delineati in precedenza richiedendo per l'operatività della deroga che essa alternativamente: 1. avvenga sulla base di un accordo posteriore al sorgere della controversia; oppure (anche se precedente); 2. sia finalizzato a consentire alle parti protette (contraente, beneficiario, assicurato) di adire un giudice diverso rispetto a quello risultante dai succitati criteri; 3. venga stipulato per individuare il foro della controversia nello Stato membro di domicilio o «residenza abituale» comune dell'assicuratore e del contraente (così sostanzialmente elidendo la concorrenza del foro dell'evento dannoso), sempre che la legge di quello Stato non vieti un siffatto accordo; 4.

⁷⁶ Nell'interpretazione della disposizione convenzionale è stato scorto un riferimento circoscritto alla protezione del contraente nella sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1983 in causa n. 201/82, *Gerling Konzern Spezial Kreditversicherung A G c. Min. tesoro*, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 130.

quando a stipularlo sia un contraente dell'assicurazione non domiciliato in uno Stato membro, ad esclusione dei settori relativi ad assicurazione obbligatoria o all'assicurazione di immobile allocato nel territorio di uno Stato membro; 5. inerisca ad assicurazione avente ad oggetto la copertura di determinati rischi i quali, per la loro portata, involgano problematiche rispetto a cui si pone come meno pressante o, comunque, recessiva e diversamente considerata la tutela del singolo contraente, assicurato o beneficiario.

Con particolare riferimento all'ultimo caso - quello *sub* 5 - il relativo ambito comprende (come espone l'articolata elencazione di cui all'art. 14 del regolamento) i danni subiti dalla navi, impianti *offshore* di alto mare ed aeromobili, nonché dalle relative merci (ad eccezione dei bagagli dei passeggeri), in relazione all'utilizzazione commerciale dei primi ed al trasporto delle seconde, nonché con riferimento alle responsabilità ed alle perdite pecuniarie derivanti dall'impiego e dall'esercizio di quei mezzi (salve quelle relative a lesioni subite dai passeggeri e a danni del loro bagaglio), nonché con riferimento ai rischi connessi a quelli ora citati, con salvezza dei divieti eventualmente posti dallo Stato membro di immatricolazione, con limitato riferimento agli aeromobili.

È stata infine inserita in detto ambito la categoria comprendente tutti i "grandi rischi" come definiti dalla direttiva n. 73/239/Cee del Consiglio (poi modificata dalle direttive n. 88/357/Cee e n. 90/618/Cee), nell'ultima versione in vigore. L'inserzione in modo globale di tale categoria fra le eccezioni al divieto di clausole derogative della competenza giurisdizionale in materia assicurativa è, come si è anticipato, una novità introdotta dal regolamento con una tecnica che, privilegiando una sorta di rinvio mobile, comporterà l'automatica applicazione di tutte le ulteriori modificazioni della fonte originaria di riferimento (ossia la direttiva n. 73/239/Cee).

Rispetto a tale assetto generale, si è posto il problema della sussunzione sotto il modello normativo ora indicato anche dei rapporti scaturenti dalla riassicurazione. È da dire che, nonostante il diverso avviso espresso da una parte della giurisprudenza di merito interna⁷⁷, sulla scorta del (non secondario) argomento che il contratto di riassicurazione ha la stessa natura giuridica di quello di assicurazione⁷⁸, l'interpretazione della Corte comunitaria, quando è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione, è andata in senso diverso, essendosi infatti ritenuto che, con riferimento all'omologo tessuto convenzionale, le norme sulla competenza speciale in materia di assicurazioni non si applicano alle controversie tra un riassicuratore ed un riassicurato nell'ambito di un contrat-

⁷⁷ Cfr., in particolare, sent. Trib. Roma, dell'1 luglio 1987, in *Dir. maritt.*, 1989, p. 479.

⁷⁸ Argomento, questo, sostanzialmente ribadito dalla Commissione nell'iter procedimentale esitato, ma senza occuparsi del punto per il carattere assorbente di punti ad esso pregiudiziali, dalla sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 1991 in causa n. C-351/89, *Soc. Overseas Union Insurance Ltd. c. Soc. New Hampshire Insurance co.*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 3333.

to di riassicurazione⁷⁹. Si è, in particolare, addotto a sostegno di questo approccio⁸⁰ che, tenendo presente la funzione di protezione del contraente meno dotato nei rapporti assicurativi, una *eadem ratio* non potrebbe considerarsi sussistente nel rapporto fra riassicuratore e riassicurato, atteso che le parti del relativo contratto sono entrambe identificate da professionisti del settore delle assicurazioni, senza che sia possibile presumere *a priori* ed in via generale l'evenienza di una posizione di debolezza dell'una nei confronti dell'altra; il ch  ha condotto all'inapplicabilit  al caso della riassicurazione del foro speciale sopra analizzato (che, fra le sue varie alternative, implica anche la possibilit  dello svolgimento della controversia nel domicilio dell'attore, foro che   considerato con estrema circospezione dall'impianto convenzionale, s  da non consentirne l'individuazione fuori dei casi espressamente previsti).

Questa conclusione non confligge con la considerazione che, ove invece sia la parte debole (contraente, assicurato, beneficiario) a promuovere la lite (non contro l'assicuratore, bens ) direttamente contro il riassicuratore, quando lo consenta la normativa interna dello Stato contraente (ed ora dello Stato membro), si applica a pieno titolo la descritta competenza speciale, vertendosi comunque in tema di posizioni sorte dal contratto di assicurazione (e non gestite dall'assicuratore per una qualche vicenda impeditiva, quali la sua liquidazione coatta od altra procedura concorsuale).

2.4.2. La competenza giurisdizionale in materia di contratti di consumo

Anche questa competenza speciale, nel passaggio dal regime convenzionale a quello previsto dal regolamento, si giova della sempre pi  netta emersione della disciplina di origine comunitaria a tutela dei consumatori con le note ricadute nel diritto interno; basti ricordare, nel novero dei numerosi interventi promossi dalle direttive comunitarie, gli artt. 1469 *bis* ss. c.c., come introdotti dall'art. 25 l. 6 febbraio 1996, n. 52, relativi ai contratti dei consumatori, normativa interna che ha fatto s guito alla direttiva Cee del 5 aprile 1993, n. 13, direttiva in ordine a cui   stato deciso⁸¹ che, non avendo adottato i provvedimenti necessari per recepire integralmente l'art. 7, n. 3, la Repubblica italiana   venuta meno agli obblighi che le incombono in forza della direttiva stessa⁸².

⁷⁹ Cos  la sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2000 in causa n. C-412/98, *Group Josi c. Universal general insurance co.*, in *European Legal Forum*, 2000, p. 50.

⁸⁰ Condiviso da P. LOMBARDI, *Brevi note sulla pi  recente giurisprudenza comunitaria relativa alla convenzione di Bruxelles del 1968: il caso Dansommer e il caso Group Josi*, in *Contratto e Impresa - Europa*, 2000, p. 888-892.

⁸¹ Dalla sentenza della Corte giustizia del 24 gennaio 2002 in causa n. C-372/99, *Commissione Ce c. Italia*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 233 (con nota di A. PALMIERI, *Trasposizione della direttiva sulle clausole abusive e statutory format: una strada obbligata per la tutela del consumatore europeo?*).

⁸² Il ch  ha indotto il legislatore interno a modificare l'art. 1469 *sexies* c.c. con l. 3 febbraio 2003, n. 14, nel senso di ammettere l'azione inibitoria, oltre che contro l'utilizzatore delle condizioni generali di contratto, anche contro chi ne raccomanda l'utilizzazione; sono da ricordare poi la

A questo fine la definizione di consumatore qui rilevante individua la persona che concluda un determinato contratto per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale. È da specificare che l'interpretazione di questa nozione, in regime convenzionale, si è orientata nel senso che non può considerarsi consumatore colui il quale ha stipulato un contratto per l'esercizio di un'attività professionale, anche se non attuale, bensì soltanto futura⁸³. In definitiva, per individuare la figura del consumatore ai presenti fini è necessario che il contratto sia stipulato allo scopo di soddisfare esigenze di consumo privato al di fuori di ogni connessione con l'attività professionale del soggetto, attuale od anche futura.

Vengono in rilievo: *A.* i contratti di vendita a rate di beni mobili materiali; *B.* le operazioni di prestito con rimborso rateizzato od altre operazioni creditizie connesse con il finanziamento delle vendite dei suddetti beni; *C.* tutti gli altri contratti conclusi dal consumatore con un soggetto le cui attività commerciali e professionali: *1.* si svolgono nello Stato membro in cui è domiciliato il consumatore; oppure: *2.* sono dirette, con qualsiasi mezzo, verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati che comprenda il suddetto Stato, sempre che il contratto rientri nell'ambito delle attività succitate.

Non sono compresi nella sfera qui considerata i contratti di trasporto, ad eccezione però di quelli che prevedono prestazioni di trasporto e di alloggio contro un prezzo globale: si tratta dei viaggi che accedano a contratti stipulati con la formula del «tutto compreso» a cui si applica, quindi, la normativa in esame e la cui disciplina ha avuto la sua cornice comunitaria nella direttiva n. 90/314/Cee del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso»⁸⁴.

Come per la precedente ipotesi, anche per questa, qualora la controparte del consumatore non abbia il proprio domicilio in uno Stato membro, ma comunque abbia una succursale, un'agenzia od un'altra sede di attività in uno Stato membro, il suo domicilio è considerato in quest'ultimo Stato, limitatamente

1. 30 luglio 1998, n. 281, come integrata dal dlgs 23 aprile 2001, n. 224, disciplinante i diritti dei consumatori e degli utenti, nonché il dlgs 22 maggio 1999, n. 185, attuativo della direttiva n. 97/7/Ce relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza.

⁸³ Ha svolto la citata tesi la sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 1997 in causa n. C-269/95, *Benincasa c. Soc. Dentali*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 11; cfr. altresì la sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 1993 in causa n. C-89/91, *Shearson Lehmann Hutton c. TvB Mbh*, in *Contratti*, 1993, p. 249, la quale ha ribadito che gli artt. 13 e 14 della Convenzione, stabilendo che, in materia di contratti conclusi da una persona per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale (consumatore), questa possa citare l'altro contraente (convenuto) davanti ai giudici dello Stato nel quale essa ha il proprio domicilio (come attore), costituiscono una eccezione al sistema generale della Convenzione, essendosi così voluto proteggere il consumatore, considerato come parte economicamente più debole e giuridicamente meno esperta; sulla relativa tematica cfr. le riflessioni di F. CAPELLI, «Consumatore» e cessione dei diritti nella Convenzione di Bruxelles, anche in questa *Rivista*, 1993, p. 363 (nota alla sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 1993 in causa n. C-89/91, *loc. cit.*).

⁸⁴ Direttiva attuata nell'ordinamento italiano dal dlgs 17 marzo 1995, n. 111.

però alle controversie relative all'esercizio del corrispondente centro operativo.

Ove ricorrano i presupposti descritti, il consumatore ha l'alternativa di convenire l'altro contraente innanzi al giudice dello Stato membro del proprio domicilio, oltre che (ovviamente) di adire il giudice dello Stato membro in cui sia domiciliata l'altra parte. Il consumatore, invece, può essere convenuto da quest'ultima soltanto nel foro dello Stato membro in cui egli è domiciliato, salva, pure per tale ipotesi, la competenza di tali fori anche per la domanda riconvenzionale.

La deroga della competenza così disegnata resta circoscritta alle tre ipotesi in cui essa avvenga sulla base di un accordo: 1. posteriore al sorgere della controversia; oppure: 2. sia finalizzato a consentire alla parte protetta di adire un giudice diverso rispetto a quello risultante dai succitati criteri; oppure 3. venga stipulato per individuare il foro della controversia nello Stato membro di domicilio o "residenza abituale" comune del professionista e del consumatore, sempre che la legge di quello Stato non vieti un siffatto accordo.

Sono notevoli le innovazioni rilevanti rispetto alla disciplina convenzionale.

La prima è riscontrabile nella definizione dell'ipotesi residuale di contratti stipulati dal consumatore in relazione a cui la Convenzione di Bruxelles richiede (art. 13, n. 3, lett. *b.*) che rispetto ad essi il consumatore abbia compiuto gli atti necessari per la conclusione del contratto nello Stato membro del proprio domicilio. Tale requisito è stato eliso e si è così perseguito consapevolmente l'obiettivo dell'applicazione del criterio di competenza protettiva anche ai contratti stipulati dal consumatore in uno Stato membro diverso da quello del proprio domicilio.

Il limite della Convenzione sullo specifico punto era stato, infatti, oggetto di critiche per la lacuna così emersa ai fini della tutela della parte debole.

Pertanto - alla stregua del regolamento - non è rilevante che il consumatore venga indotto alla conclusione del contratto al di fuori del proprio Stato di domicilio.

Inoltre, sempre con riferimento a detta ipotesi residuale, il regolamento considera ogni contratto concluso dal consumatore con una persona che svolga attività commerciali o professionali, laddove la Convenzione circoscrive l'ambito di questa fattispecie ai contratti che abbiano ad oggetto una fornitura di servizio o di beni mobili materiali.

L'inserzione, poi, del requisito - alternativo allo svolgimento - della semplice direzione «con qualsiasi mezzo» delle attività commerciali o professionali dell'altra parte verso lo Stato membro del domicilio del consumatore risulta più chiara e, comunque, più ampia rispetto al requisito (previsto dalla Convenzione) della formulazione ad opera dell'altro contraente della proposta o di una pubblicità nello Stato suddetto e, soprattutto, fa sì che la compe-

tenza giurisdizionale di tutela del consumatore risulti operante anche laddove il contratto venga stipulato mediante l'adozione delle vie elettroniche, con particolare riferimento all'utilizzazione di un sito Internet interattivo.

Come è stato accennato dalla stessa Commissione nella proposta di regolamento, per i contratti conclusi mediante il canale del commercio elettronico - a parte che si profila difficile, se non impossibile, determinare il luogo in cui il consumatore compie gli atti necessari alla stipulazione -, risulta più significativo il comportamento dell'altra parte quando dirige la propria attività commerciale o professionale verso lo Stato di domicilio del consumatore; di qui l'individuazione del nesso, molto più concreto, fra il contratto ed il luogo in cui effettivamente si è dispiegata l'attività rilevante.

Al riguardo, va aggiunto che l'assimilazione dell'offerta di beni o servizi su siti Internet ad una proposta o ad una pubblicità scaturente dalla illustrata innovazione inerisce all'offerta formulata su un sito accessibile nello Stato in cui si trova il domicilio del consumatore, a patto che si tratti di un sito di carattere interattivo, non essendo sufficiente, quindi, che il consumatore si sia limitato ad avere conoscenza del servizio o del bene visitando un sito meramente passivo e pur accessibile nello Stato del proprio domicilio.

Si è, sul punto, evidenziata la rilevanza della dichiarazione rilasciata dal Consiglio e dalla Commissione al momento della proposta di regolamento nel senso che, per l'integrazione dell'ipotesi prevista sub art. 15, primo alinea, lett. C, non è sufficiente che il professionista diriga la sua attività verso lo Stato di domicilio del consumatore (o verso una pluralità di Stati compreso lo Stato suddetto), ma occorre anche che il contratto sia stipulato nell'esercizio della relativa attività commerciale o professionale: risulta così sottolineato che all'uopo non è sufficiente che il sito sia visitabile, ma bisogna che il medesimo sito inviti o solleciti a concludere il contratto a distanza e che poi tale contratto si sia così concluso, quale che sia il mezzo. Corollario di tale rilievo è che un sito Internet pubblicitario, al di là di ogni approfondimento circa il luogo in cui è amministrato, può valere a fissare, ai sensi dell'art. 15, la competenza giurisdizionale dello Stato di domicilio del consumatore se quest'ultimo stipuli il contratto con il rappresentante del professionista che si trovi nello stesso Stato oppure mediante il contatto elettronico consentito dal sito che sia attivato in linea (senza che in tal caso la lingua o la valuta caratteristica del sito possano costituire elemento qualificante⁸⁵). Si è, quindi, osservato che, per evitare l'evenienza della competenza giurisdizionale protettiva, il sito del professionista dovrebbe essere munito di un espresso *disclaimer* finalizzato ad escludere qualsiasi possibilità per il consumatore di concludere contratti attraverso il sito stesso⁸⁶.

⁸⁵ Cfr. sul punto anche G. SABEONE, *Regolamento (Ce) n. 44/2001*, cit. *supra*, nota 37, p. 1106.

⁸⁶ Questo è il senso delle chiare riflessioni svolte sul tema da S. BARIATTI, *La compétence internationale et le droit applicable au contentieux du commerce électronique*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, I, p. 27-30.

L'esigenza di bilanciamento fra i diversi interessi in gioco in questo delicato snodo è stata ben presente specialmente nel parere fornito dal Comitato economico e sociale⁸⁷ quando ha sottolineato la duplice sfida che l'Unione europea si è trovata ad affrontare, ossia, da un lato, garantire la massima tutela giuridica ai propri cittadini del commercio elettronico, con i noti rischi che tale forma di commercio implica, anche per la forma di pagamento in anticipo del corrispettivo cui, di solito, il consumatore è indotto ad accedere, e, dall'altro, evitare di porre in atto fattori frenanti rispetto all'utilizzazione di uno strumento obiettivamente idoneo a svolgere un ruolo promozionale per le stesse imprese europee, sebbene la problematica, data l'intrinseca portata planetaria del mezzo in parola, non si esaurisce nello spazio giudiziario europeo (ragione per la quale nel parere si è espressa una qualche perplessità per l'adozione della formula relativa alle attività del professionista «rivolte con qualsiasi mezzo verso» lo Stato del domicilio del consumatore, ritenuta non abbastanza chiara per l'instaurazione di un clima di fiducia fra le parti).

Ed è significativo che, al di là del punto di equilibrio poi individuato nel regolamento, l'Autorità consultiva abbia indicato quale ulteriore via da praticare per garantire un equilibrato perseguimento dei suddetti fini l'adozione di misure finalizzate a migliorare la fiducia con il sostegno delle autorità europee, quali l'approvazione di codici deontologici, la creazione di "cibertribunali", nonché il ricorso alla mediazione, da perseguirsi senza pregiudizio per la possibilità di accesso alla tutela giurisdizionale e specialmente per dirimere le controversie relative a contratti fino ad un certo limite di valore.

Anche l'inclusione dei contratti di trasporto ed alloggio relativi al «tutto compreso» fra le ipotesi per cui opera il criterio di competenza protettiva costituisce una novità apportata dal regolamento. La permanente esclusione dei restanti contratti di trasporto dalla disciplina in parola si spiega con la considerazione che, ove si tratti di negozi conclusi fra soggetti esercenti entrambi un'attività commerciale o professionale, si è strutturalmente al di fuori dell'ambito regolato, mentre, ove si tratti di negozi stipulati fra professionisti e consumatori in senso proprio, soccorrono altre specifiche normative sostanziali uniformi, aventi anche l'effetto di concorrere alla fissazione della competenza giurisdizionale.

Sotto altro aspetto, va ribadito che anche in questo settore della competenza giurisdizionale protettiva al giudice nazionale compete di qualificare gli elementi caratterizzanti in concreto la singola fattispecie⁸⁸.

⁸⁷ In *Guce* n. C 117 del 26 aprile 2000, p. 6 ss.

⁸⁸ Sebbene il regolamento abbia, come si è visto, contemplato un testo parzialmente diverso delle corrispondenti fattispecie astratte di cui innanzi, è utile ricordare che la Corte di giustizia ha fornito la sua interpretazione del discrimine esegetico fra il n. 1 (vendita a rate di beni mobili materiali) ed il n. 3 (altro contratto avente per oggetto una fornitura di servizi o di beni mobili materiali) dell'art. 13, primo comma, della Convenzione di Bruxelles ritenendo che la prima norma non si applica ad un contratto stipulato tra due parti e riguardante la costruzione, da parte di uno dei contraenti, di un bene mobile materiale conforme ad un modello-tipo a cui sono state apportate talune modifiche, mediante il

2.4.3 La competenza giurisdizionale in materia di contratti individuali di lavoro

La Convenzione di Bruxelles non ha dedicato una sezione *ad hoc* a questo tipo di contratti, ma, nella versione più aggiornata, ne tratta in punti diversi del suo tessuto: in particolare, all'art. 5, n. 1, in tema di foro concorrente contrattuale, stabilendo che per il tipo in questione il luogo nel quale l'obbligazione è stata o deve essere eseguita l'obbligazione è quello in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività e che, qualora il lavoratore non svolga abitualmente la sua attività in un solo Paese, il datore può essere convenuto dinanzi al giudice del luogo in cui è oppure era situato lo stabilimento presso il quale il lavoratore è stato assunto, e all'art. 17, ultimo comma, in tema di proroga di competenza, disponendo che la clausola negoziale di attribuzione di competenza giurisdizionale in materia lavoristica è efficace soltanto se posteriore al sorgere della controversia oppure se è azionata dal lavoratore per far valere la competenza di un foro ulteriore rispetto a quello generale del domicilio del convenuto ed a quell'altro speciale concorrente testé ricordato. Su questo secondo punto, è anche opportuno segnalare che la corrispondente disposizione della Convenzione di Lugano si presenta più restrittiva prevedendo la possibilità della competenza prorogata in tema di contratti di lavoro solo mediante l'accordo posteriore al sorgere della controversia.

Tuttavia, non si è dubitato da parte della giurisprudenza comunitaria della necessità di inserire nel novero delle parti deboli la figura - per molti versi paradigmatica - del lavoratore subordinato. Sicché, essa, già nella originaria carenza di specifici indici testuali espressivi del *favor* per la posizione del lavoratore, ha nelle proprie motivazioni evidenziato l'esigenza di tutelare quella figura come parte debole del contratto per l'individuazione dell'obbligazione caratterizzante il contratto al fine dell'applicazione del criterio del foro contrattuale⁸⁹.

quale uno dei contraenti si è impegnato a trasferirne la proprietà all'altro contraente, il quale in cambio, ha assunto l'impegno di pagarne il prezzo, in più rate, e nell'ambito del quale si dispone che l'ultimo versamento verrà effettuato anteriormente al definitivo passaggio della proprietà del bene in capo al contraente acquirente. Si è, a tal proposito, specificata l'irrelevanza del fatto che i contraenti abbiano qualificato il loro contratto come negozio di compravendita, siccome un contratto avente le caratteristiche precedentemente menzionate va invece considerato, in linea generale, come connotato da oggetto attinente alla fornitura di servizi o di beni mobili materiali nel senso di cui all'art. 13, primo comma, n. 3, della Convenzione, spettando poi, eventualmente, al giudice nazionale determinare se, in concreto, si tratti di una fornitura di servizi o di una fornitura di beni mobili materiali: cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 27 aprile 1999 in causa n. C-99/96, *Mietz c. Intership Yachting Sneek B V*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 658.

⁸⁹ Così la sentenza della Corte di giustizia del 26 maggio 1982 in causa n. 133/81, *Ivenel c. Impr. Schwab Maschinenbau*, in *Foro it.*, 1983, IV, c. 29; cfr. inoltre la sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 1987 in causa n. 266/85, *Shenavai c. Kreischner*, in *Dir. lav.*, 1987, II, p. 301, nel senso che, nel caso di contratti di lavoro subordinato, come tali caratterizzati da un collegamento stabile fra lavoratore e impresa, l'obbligazione che per le sue peculiarità qualifica il contratto è quella che ha ad oggetto la prestazione del lavoratore; cfr. anche sent. Cass., Sez. un., del 17 maggio 1995, n. 5392, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 1270, secondo cui, in *subiecta materia*, deve aversi riguardo all'obbligazione principale che caratterizza il contratto e che è normalmente quella di svolgere il lavoro, in quanto le norme dell'indicata Convenzione vanno interpretate in modo tale che il giudice adito non si trovi indotto a dichiararsi competente per decidere su talune domande ed incompetente su altre.

L'ulteriore attività ermeneutica ha condotto la giurisprudenza comunitaria a chiarire che, nell'ipotesi di un contratto di lavoro per la cui esecuzione il lavoratore svolge la sua attività in più Stati contraenti, il luogo di esecuzione dell'obbligazione caratteristica del contratto è quello in cui o a partire dal quale il lavoratore adempie le obbligazioni principali del contratto stesso nei confronti del datore di lavoro⁹⁰.

È anche emersa la conseguente precisazione⁹¹ che, quando l'obbligazione del lavoratore di effettuare le attività convenute sia stata e debba essere adempiuta al di fuori degli Stati contraenti, il criterio alternativo di quel *locus destinatae solutionis* non può trovare applicazione; in tal caso, la competenza del giudice si determina soltanto in funzione del luogo del domicilio del convenuto (in conformità all'art. 2 della stessa Convenzione).

Quando poi il quadro convenzionale si è ampliato con la previsione delle modificazioni sopra richiamate, l'opera esegetica della Corte di giustizia ha avuto materia ancora più viva per identificare i criteri discretivi attraverso cui risulta concretata la tutela di quella parte debole⁹².

Il regolamento, oltre a riproporre le singole disposizioni convenzionali, ne ha perfezionato l'articolazione organizzandole in una specifica sezione (la sezione 5 del capo II, artt. 17-21), così conferendo evidenza anche formale - oltre che inquadramento organico - alla disciplina della fattispecie.

Operato il consueto richiamo eccezzuativo delle disposizioni di cui agli artt. 4 e 5, punto 5, viene in primo luogo individuato il domicilio rilevante ai presenti fini anche per il datore di lavoro non domiciliato in uno Stato membro, ma che abbia allocato una succursale, agenzia o sede di attività in uno degli Stati membri, considerandolo fissato in quest'ultimo luogo.

Con riguardo al datore di lavoro domiciliato in uno Stato membro, il lavoratore che assuma l'iniziativa processuale ha facoltà di convenirlo, oltre

⁹⁰ In questa prospettiva si inquadra la sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1993 in causa n. C-125/92, Soc., *Mulox Ibc Ltd. c. Geels*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 233; cfr. anche sent. Cass., del 3 aprile 1989, n. 1589, in *Informazione prev.*, 1989, p. 1220, che ha ritenuto l'evenienza della giurisdizione italiana con riguardo a controversia promossa per il pagamento di spettanze di lavoro subordinato con riguardo a cui il datore di lavoro ed il lavoratore abbiano convenzionalmente assoggettato il rapporto alla legge italiana e pattuito il pagamento in Italia di tutte le dette spettanze, o comunque di quelle di natura retributiva, da considerarsi principali.

⁹¹ Cfr. in tale direzione la sentenza della Corte di giustizia del 15 febbraio 1989 in causa n. 32/88, *Société Six Constructions Ltd. c. Humbert*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 57.

⁹² Si è, ad esempio, ritenuto che, ai sensi dell'art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, come modificato dalla Convenzione di San Sebastian del 26 maggio 1989, il luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività, nell'ipotesi di un lavoratore dipendente che presta la sua opera in più Stati contraenti, sia quello in cui lo stesso ha stabilito la sede effettiva delle sue attività professionali; per determinare concretamente tale luogo deve essere preso in considerazione il fatto che il lavoratore trascorre la maggior parte del proprio tempo lavorativo in uno Stato contraente, in cui dispone di un ufficio a partire dal quale organizza le proprie attività per conto del datore di lavoro e nel quale fa ritorno dopo ciascun viaggio di lavoro all'estero; cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 9 gennaio 1997 in causa n. C-383/95, *Rutten c. Cross Medical Ltd.*, in *Foro it.*, 1997, IV, c. 57.

che innanzi al giudice del domicilio del convenuto, alternativamente: innanzi al giudice di altro Stato membro ove il lavoratore svolga abitualmente la propria attività o, in caso di cessazione del rapporto di lavoro, innanzi al giudice dello Stato membro dell'ultimo luogo in cui il lavoratore svolgeva abitualmente la propria attività. Nell'ipotesi in cui il lavoratore non svolga o (in caso di cessazione del rapporto) non abbia svolto abitualmente la propria attività subordinata in un solo Paese, resta confermato il criterio discrezionale dato dalla individuazione del luogo in cui è - od era - situata la sede di attività datoriale presso cui il lavoratore è stato assunto.

Nella sostanza, può dirsi che il precedente foro alternativo del "domicilio lavorativo" del prestatore d'opera subordinata viene semplicemente confermato e perfezionato, con la - non irrilevante - autonomizzazione del foro protettivo così enucleato rispetto alla sua precedente collocazione sistematica (nella versione convenzionale aggiornata) all'interno del più vasto ambito del *forum destinatae solutionis*.

Per lo svolgimento dell'attività ermeneutica necessaria a concretizzare l'individuazione del luogo rilevante ai fini dell'emersione del criterio ora indicato deve ritenersi che la nozione di luogo nel quale il lavoratore svolge abitualmente la propria attività - come già esposta dall'art. 5, n. 1, del testo aggiornato della Convenzione di Bruxelles - integra elemento definitorio autonomo, senza che possa avere incidenza in tale operazione il diritto nazionale applicabile alla controversia principale. In effetti, il criterio, secondo l'articolata lettura datane di recente dalla Corte di giustizia, va interpretato nel senso che, nell'ipotesi in cui il lavoratore adempia le obbligazioni derivanti dal suo contratto di lavoro in più Stati contraenti, il luogo dove egli svolge abitualmente la sua attività, ai sensi di questa disposizione, è il luogo nel quale, o a partire dal quale, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, egli adempie di fatto la parte sostanziale delle sue obbligazioni nei confronti del datore di lavoro, trascorrendo la maggior parte del tempo lavorativo, ferma restando una diversa soluzione nel caso in cui, sempre avuto riguardo agli elementi di fatto del caso di specie, l'oggetto della controversia in questione presenti dei nessi più stretti con un altro luogo di lavoro, il quale risulterebbe pertinente ai fini dell'applicazione del criterio posto dalla Convenzione. Soltanto quando i criteri così definiti non consentissero al giudice nazionale di determinare il luogo abituale di lavoro, il lavoratore avrà la scelta di citare il datore di lavoro davanti al giudice del luogo dello stabilimento presso il quale è stato assunto, oltre che davanti ai giudici dello Stato contraente sul territorio del quale è domiciliato il datore di lavoro⁹³.

⁹³ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2002 in causa n. C-37/00, *Weber c. Universal Ogden Services Ltd.*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 177, la quale ha conseguentemente stabilito che, ai fini qui rilevanti, l'attività svolta da un lavoratore su talune installazioni fisse o galleggianti situate sopra o al di sopra della piattaforma continentale adiacente ad uno Stato membro, nel conte-

Per contro, al datore di lavoro che assuma l'iniziativa processuale non è dato optare per altro foro rispetto a quello del lavoratore convenuto.

Anche per tale ipotesi, si specifica l'operatività del nesso fra domanda principale e domanda riconvenzionale, come disciplinata (e con limiti ivi individuati) dall'art. 6, n. 3.

Parallelamente con quanto stabilito per le altre competenze protettive, è disciplinata - e fortemente limitata - l'ammissibilità della clausola convenzionale di deroga ai fissati criteri di competenza giurisdizionale. L'accordo che le parti intendano concludere in tal senso avrà valida esplicazione soltanto se: 1. esso sia posteriore al sorgere della controversia; oppure: 2. sia concluso per favorire la sfera di opzione a disposizione del lavoratore subordinato, consentendogli di adire un giudice diverso da quelli risultanti dai criteri regolamentari.

È da notare, su quest'ultimo punto, che, nei limiti in cui è ammessa dalla fonte comunitaria, la deroga della competenza giurisdizionale trova applicazione pure con riguardo alle controversie che l'ordinamento italiano devolve alla competenza funzionale del giudice di lavoro, atteso che, come è stato ripetutamente chiarito dalla giurisprudenza di legittimità⁹⁴, l'inderogabilità di tale competenza vige nell'ambito delle cause spettanti alla cognizione del giudice italiano, senza interferire sui criteri di attribuzione della giurisdizione.

2.5. I criteri di competenza giurisdizionale esclusiva

Al criterio generale ed ai criteri, concorrenti, di competenza speciale e protettiva man mano richiamati è posto il limite segnato da alcune competenze esclusive disciplinate dall'art. 22 del regolamento che riprende, con modificazioni, l'art. 16 della Convenzione di Bruxelles.

Per le relative controversie operano soltanto i criteri di seguito elencati in deroga agli altri criteri di ordine generale e speciale e senza che per essi possa esplicitarsi il potere dispositivo delle parti. Per tale sfera l'obiettivo perseguito è stato quello di assicurare in modo vincolante la cognizione della causa da parte del giudice che, per essere più fortemente collegato con la fattispecie dedotta in giudizio, è - in linea di principio - in grado di garantire il più adeguato livello di approfondimento del relativo tema d'indagine, non soltanto sotto il profilo fattuale, ma anche in relazione al quadro normativo rilevante ai fini della decisione e può così fornire uno scrutinio della vertenza quanto più possibile dotato dei requisiti dell'immediatezza, in ordine al *modus procedendi*, e dell'effettività, in ordine al contenuto dello *iussum*.

Attinente a tale orizzonte teleologico è la disposizione di natura proces-

sto della prospezione e/o dello sfruttamento delle sue risorse naturali, deve essere considerata come attività svolta sul territorio di tale Stato.

⁹⁴ Cfr. sent. Cass., del 18 novembre 1982, n. 6190, in *Arch. civ.*, 1983, p. 490, e sent. Cass., Sez. un., del 23 aprile 1990, n. 3373, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 1051.

suale di cui all'art. 25 del regolamento (corrispondente all'art. 19 della Convenzione di Bruxelles) che impone al giudice dello Stato membro che venga investito «a titolo principale» - ossia per decidere su di essa *principaliter*, e non in modo meramente incidentale - di una controversia rientrante nella sfera attribuita dall'art. 22 al giudice di altro Stato membro di dichiarare d'ufficio la propria carenza di competenza giurisdizionale.

Vertendosi in tema di giurisdizione, ovviamente non concreta limite al potere di rilevazione ufficiosa stabilito dalla disposizione il disposto dell'art. 38 c.p.c. (come sostituito dall'art. 4 l. 26 novembre 1990, n. 353). E, quanto al disposto dell'art. 11 l. 31 maggio 1995, n. 218, disciplinante la rilevabilità del difetto di giurisdizione (nel presente caso non coniugabile con la proroga prevista dall'art. 4, primo comma, della stessa legge), pare dover valere l'ultimo inciso della seconda parte, in base a cui permane il potere-dovere di rilevazione d'ufficio quando la giurisdizione italiana sia esclusa per effetto di una norma internazionale. Per questo ambito, pertanto, l'autonomia delle parti è recessiva rispetto all'esigenza di concentrare la cognizione delle relative controversie innanzi al giudice del singolo Stato membro per il rilevante collegamento stabilito fra il territorio di ciascuno Stato e l'oggetto della causa.

È da notare che, con riferimento alla disposizione da cui deriva l'art. 25 del regolamento - ossia il ricordato art. 19 della Convenzione di Bruxelles -, questa norma è stata interpretata in sede comunitaria nel senso che impone al giudice nazionale l'obbligo di dichiararsi d'ufficio incompetente ogni qualvolta constati l'esistenza della competenza esclusiva di un giudice di altro Stato contraente ai sensi dell'art. 16 della Convenzione, anche se la norma processuale nazionale limita l'indagine del giudice nell'ambito di un ricorso per cassazione ai mezzi dedotti dalle parti⁹⁵.

Naturalmente, anche questa sfera di competenza giurisdizionale presenta l'esigenza di un suo fattuale temperamento nell'ipotesi di concorrenza di una pluralità di criteri di collegamento riferiti alla competenza esclusiva che, soprattutto in relazione al richiamo degli ordinamenti di diritto internazionale privato degli Stati membri, porti ad individuare in più giudici di Stati membri quelli (parimenti) dotati di cognizione. Al riguardo vale (secondo l'art. 29 del regolamento che riproduce l'art. 23 della Convenzione di Bruxelles) il criterio della prevenzione con obbligo per il giudice successivamente adito di spogliarsi della causa e di rimetterla al giudice preventivamente adito.

Atteso che l'individuazione dei casi di competenza giurisdizionale esclusiva costituisce pur sempre una sfera di eccezioni all'ordinario riparto di giurisdizione secondo il criterio generale prima indicato, è da considerarsi ancora attuale la tendenza manifestata dalla giurisprudenza in tema di interpreta-

⁹⁵ Così la sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 1983 in causa n. 288/82, *Duijnster c. Goderbauer*, in *Foro it.*, 1985, IV, c. 93.

zione restrittiva o, comunque, non estensiva dell'omologa normativa dettata dalla Convenzione di Bruxelles. Infatti, la Corte di giustizia ha chiarito che avendo, l'ambito di competenza esclusiva, l'effetto di privare le parti della scelta del foro competente altrimenti loro spettante ed, in qualche caso, di portarle davanti ad un giudice che non è quello del domicilio di alcuna di esse, l'interpretazione del relativo quadro normativo non va fatta in senso più esteso di quanto richieda la finalità perseguita dalla norma⁹⁶.

I criteri di competenza esclusiva riguardano i seguenti casi.

1. È prevista la competenza del giudice ove è situato l'immobile quando si verta in tema di diritti reali immobiliari e di contratti di affitto di immobili, con una limitata eccezione relativa ai contratti di affitto. Infatti, per questi ultimi, concorre il foro generale del domicilio del convenuto, se: *a.* si tratti di contratti aventi destinazione ad uso privato e durata massima continuativa semestrale; *b.* il conduttore sia una persona fisica; *c.* il locatore ed il conduttore siano domiciliati nello stesso Stato membro; solo in tale specifico caso concorre, dunque, il foro del domicilio del convenuto.

Per quanto concerne l'eccezione ora citata, va ricordato che il corrispondente disposto della Convenzione di Bruxelles (come modificata a seguito della Convenzione di San Sebastian del 26 maggio 1989) richiede che anche il locatore («proprietario» secondo il testo di entrambe le fonti) sia una persona fisica; la Convenzione di Lugano, invece, configura l'eccezione (nel corrispondente art. 16) esigendo che il (solo) conduttore sia necessariamente una persona fisica, ma (a differenza di entrambe le altre fonti) anche che nessuna delle parti sia domiciliata nel territorio di allocazione dell'immobile.

Come emerge dal raffronto fra le varie articolazioni normative, lo spettro di applicabilità dell'eccezione prescelto dal regolamento può definirsi intermedio, in quanto, per un verso, è più ampio di quello della Convenzione di Bruxelles e, per altro verso, è diverso e meno esteso di quello della Convenzione di Lugano.

Quanto alla prima ipotesi, non paiono sussistere ragioni per discostarsi dall'interpretazione maturata nella vigenza della Convenzione di Bruxelles che ha individuato il *proprium* del relativo oggetto nelle domande volte all'affermazione ed alla difesa dei diritti reali immobiliari e, quindi, delle attribuzioni e prerogative scaturenti dalla relativa titolarità⁹⁷: il ché ha condotto ad escludere dal suo ambito le cause di natura personale, pur se inerenti ad immobili (e salva ovviamente la sfera locativa), ivi comprese le cause di

⁹⁶ In tal senso la sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 1977 in causa n. 73/77, *Sanders c. Van der Putte*, in *Raccolta*, 1977, p. 2383.

⁹⁷ V. la sentenza della Corte di giustizia del 10 gennaio 1990 in causa n. 115/88, *Reichert c. Soc. Dresdner Bank*, in *Foro it.*, 1991, IV, c. 58.

natura possessoria e quelle di carattere revocatorio ordinario⁹⁸, nonché le azioni risolutorie dei contratti di compravendita immobiliare⁹⁹.

Un corollario di tale inquadramento è stato tratto in materia di *trust*. Infatti, occorrendo per l'evenienza della descritta cognizione esclusiva che l'azione sia direttamente fondata su un diritto reale (e non su un diritto personale, salva l'eccezione prevista per la locazione di immobili), si è stabilito, sulla base di una concezione essenzialmente obbligatoria del *trust*, che l'azione volta a far constatare che una persona detiene un bene immobile in qualità di *trustee* e ad ottenere che le sia ingiunto di compiere gli atti necessari affinché l'attore diventi titolare della *legal ownership* non è da considerarsi un'azione reale ai fini qui rilevanti¹⁰⁰.

Con specifico riguardo, poi, alla materia locativa immobiliare, le diverse opzioni normative dettate per l'individuazione, prima, e per l'articolazione, poi, nel tessuto convenzionale prima citato dell'eccezione all'applicazione esclusiva del *forum rei sitae* risentono dei diversi interessi di cui si sono fatti portatori i vari Stati contraenti con primario riguardo al settore delle locazioni di immobili per finalità di vacanza.

Nell'affrontare siffatta ipotesi, la Corte di giustizia, interpretando l'art. 16, n. 1, della Convenzione di Bruxelles, nel testo originario (privo cioè della previsione dell'eccezione), lo ha ritenuto applicabile a qualsivoglia contratto di locazione di immobile, anche per un breve periodo e pure riguardante unicamente la cessione d'uso di un alloggio per le vacanze; circa la portata oggettiva della corrispondente sfera di competenza esclusiva, si è precisato rientrare in essa tutte le liti vertenti sull'esistenza o sull'interpretazione del contratto, sulla sua durata, sulla restituzione del possesso dell'immobile al locatore, sulla riparazione di danni causati dall'inquilino o sul recupero del canone e delle altre spese accessorie a carico dell'inquilino, come le spese per il consumo d'acqua, di gas e di elettricità; dunque, tutte le liti che riguardano le obbligazioni rispettive del locatore e del conduttore derivanti dal contratto di

⁹⁸ Mentre quelle inerenti alla revocatoria fallimentare devono ritenersi escluse dall'ambito di operatività del regolamento n. 44/2001, ex art. 1, anche in rapporto alla disciplina dettata dal regolamento n. 1346/2000; così, con riguardo alla Convenzione di Bruxelles, sent. Cass., Sez. un., del 21 aprile 1989, n. 1905, in *Foro it.*, 1992, I, c. 3378, e, con riguardo alla Convenzione di Lugano, sent. Cass., Sez. un., del 27 luglio 1999, n. 515, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 759.

⁹⁹ Così la sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2001 in causa n. C-518/99, *Gaillard c. Alaya Chekili*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 267.

¹⁰⁰ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 17 maggio 1994 in causa n. C-294/92, *cit. supra*, nota 63, p. 1529. In relazione a tale indirizzo sono da valutare anche le perplessità espresse da P. SIMONE, *La Convenzione di Bruxelles e il trust: brevi note sull'interpretazione dell'art. 16.1 conv.* (nota a Corte giustizia Comunità europee, 17 maggio 1994 in causa n. 294/92, *loc. cit.*), in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1535-1540, il quale, muovendo dalla peculiarità dell'istituto considerato, prospetta l'utilità della verifica circa la natura reale o meno dell'azione, non alla luce di una nozione «autonoma», dipendente da parametri astrattamente considerati e non desumibili dal singolo ordinamento, ma piuttosto alla stregua della *lex causae* applicabile al caso di specie che generalmente coincide in materia di diritti reali immobiliari con la *lex rei sitae*.

locazione vanno regolate, pertanto, secondo l'assorbente criterio del *forum rei sitae*; viceversa, sono state escluse dalla sfera di competenza esclusiva le liti solo indirettamente riferibili all'uso della proprietà locata, come quelle riguardanti la perdita del vantaggio delle vacanze e le spese di viaggio¹⁰¹.

Successivamente la stessa disposizione è stata ritenuta invece inapplicabile ad un contratto concluso in uno Stato contraente tra un agente di viaggi ed un cliente, entrambi domiciliati in tale Stato, col quale l'agente si impegna a procurare al cliente l'uso per alcune settimane di un alloggio per vacanze, situato in altro Stato contraente e di cui l'agente non è proprietario, nonché la prenotazione del viaggio, l'accoglienza sul posto ed, eventualmente, l'assicurazione per annullamento del viaggio, in quanto tale contratto complesso, riferendosi ad un insieme di prestazioni di servizi fornite contro un prezzo globale corrisposto dal cliente, esula dalla sfera dei contratti di affitto in senso proprio considerati dalla disposizione¹⁰².

Peraltro, di recente, si è ulteriormente approfondito l'argomento e si è ritenuto il criterio di competenza esclusiva in esame applicabile a un'azione di risarcimento danni per cattiva manutenzione dei locali e per danni causati ad un alloggio preso in locazione da un privato per trascorrervi alcune settimane di vacanza, anche qualora essa non sia intentata direttamente dal proprietario dell'immobile, ma da un operatore turistico professionale presso il quale l'interessato aveva preso in locazione l'alloggio e che agisce in giudizio a seguito di surroga nei diritti del proprietario dell'immobile, essendosi, in particolare, considerata non rilevante in senso contrario la presenza, tra le condizioni generali del contratto stipulato tra operatore e locatario, di clausole accessorie, non formanti oggetto di controversia, relative all'assicurazione in caso di risoluzione del contratto e alla garanzia del prezzo pagato dal cliente; in tal senso, la *causa conductionis* è stata considerata evidentemente assorbente rispetto a qualsivoglia impegno accessorio assunto dal locatore¹⁰³.

2. Si contempla poi la competenza del giudice dove ha la sede la società o altra persona giuridica (nel senso ampio prima indicato) nelle controversie aventi ad oggetto la validità, la nullità o lo scioglimento del soggetto collettivo che ha sede in uno degli Stati membri o la validità delle decisioni dei rispettivi organi.

¹⁰¹ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 1985 in causa n. 241/83, *Rösler c. Rottwinkel*, in *Foro it.*, 1986, IV, c. 304.

¹⁰² Così la sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 1992 in causa n. C-280/90, *Hacker c. Euro-Relais GmbH*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 236.

¹⁰³ Questo è l'indirizzo espresso dalla sentenza della Corte di giustizia del 27 gennaio 2000 in causa n. C-8/98, in *Giur. it.*, 2000, p. 1130; cfr. ancora, con riferimento alla stessa materia, sent. Cass., Sez. un., del 30 giugno 1999, n. 373, in *Arch. locazioni*, 1999, p. 785, la quale, applicando lo stesso art. 16, n. 1, della Convenzione di Bruxelles - come modificato dall'adesione della Spagna e del Portogallo, con conseguente ratifica ex l. n. 330/91 -, ha dichiarato non sussistere la giurisdizione del giudice italiano relativamente alla domanda, promossa da una società spagnola contro una società italiana, di pagamento di canoni di locazione di un immobile sito in Spagna.

Detta sfera ha dunque riguardo, oltre che alle liti relative agli atti adottati dagli organi di questi soggetti, anche alle controversie in cui vengano adottati vizi affettanti, per nullità o annullamento, l'atto costitutivo degli enti considerati.

La specificità della norma consiste poi nello stabilire il criterio di individuazione della sede per questo particolare caso, criterio riferito alle norme di diritto internazionale privato del giudice adito; non - quindi - a quello generale disciplinato dall'art. 60, con i connessi rischi di conflitti di giurisdizione che il concorso delle diverse norme di diritto internazionale privato comporta.

Infatti, prendendo a base il disposto dell'art. 25 l. 31 maggio 1995, n. 218, per quanto concerne il nostro diritto internazionale privato, quando per un ente collettivo si riscontri la localizzazione della sede statutaria in un luogo, della sede effettiva in un altro, della sede dell'amministrazione in un altro ancora, può sussistere il concorso di fori dotati di competenza giurisdizionale esclusiva.

L'ipotesi, peraltro, è presa in considerazione dall'art. 29 del regolamento che individua nel giudice preventivamente adito quello in concreto dotato di competenza giurisdizionale, con obbligo del giudice successivamente adito di spogliarsi della causa e rimetterla al primo.

3. È stabilita la competenza del giudice ove è allocato il corrispondente pubblico registro, quando si verta in tema di validità delle trascrizioni od iscrizioni.

4. Si prevede la competenza del giudice ove sono stati richiesti, sono stati effettuati o sono da considerarsi effettuati - per atto normativo comunitario (fonte non richiamata dalla pregressa Convenzione) o per Convenzione internazionale - il deposito o la registrazione di marchi, brevetti e diritti analoghi, quando la lite abbia ad oggetto la registrazione o la validità degli stessi. È altresì fissata la competenza esclusiva dei giudici di ciascuno Stato membro in materia di registrazione o di validità di un brevetto europeo rilasciato per quello Stato, fatta salva la sfera di competenza dell'ufficio europeo dei brevetti (di cui alla Convenzione di Monaco di Baviera sul rilascio dei brevetti europei del 5 ottobre 1973). L'apparente discrasia, per ciò che concerne tale ultima parte, con il corrispondente disposto della Convenzione di Bruxelles resta sostanzialmente esclusa dalla considerazione del protocollo *V-quinquies* di quest'ultima fonte. Il principio di persistente vigenza della disciplina relativa alla competenza giurisdizionale (nonché al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni) dettata da pregresse fonti comunitarie in materie particolari - principio espresso dall'art. 71, par. 1, del regolamento - induce a ritenere che quest'ultimo non intacchi neanche la sfera di applicazione del regolamento (Ce) n. 40/94 del 20 dicembre 1993 in materia di uso abusivo e contraffazione dei marchi (con il suo autonomo sistema di controllo giurisdizionale della relativa materia)¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Cfr. A. CONVERSO, *La giurisdizione unica europea*, cit. *supra*, nota 17, p. 313-315, per ogni ulteriore dettaglio, anche in ordine al concreto raccordo fra il contenuto dell'art. 90 del regolamento n. 40/94 - laddove, per i conflitti in materia di uso o utilizzazione del marchio, opera il

La riportata lettera della disposizione - che individua il dato caratterizzante del criterio di collegamento *de quo* nell'insorgere della causa sulla registrazione o sulla validità di marchi, brevetti e diritti assimilati - e la già evidenziata esigenza di interpretazione non estensiva delle competenze esclusive hanno condotto la Corte di giustizia a sottolineare che la nozione di controversia in materia di registrazione o di validità di brevetti non comprende le controversie fra dipendenti, autori di invenzioni per le quali sia stato chiesto o ottenuto un brevetto, da un lato, e datori di lavoro, dall'altro, quando la lite verte sui loro rispettivi diritti sul brevetto derivanti dal rapporto di lavoro, laddove sono da ritenersi comprese nella categoria in esame, così come riprodotta dal regolamento, le cause vertenti sulla validità, sull'esistenza e sulla decadenza del brevetto nonché sulla rivendicazione di un diritto ad esso afferente per la priorità di un deposito precedente¹⁰⁵. Restano, dunque, fuori dall'ambito così disciplinato le azioni di contraffazione del marchio.

5. Viene contemplata la competenza del giudice nel cui territorio ha luogo l'esecuzione quando si tratti di esecuzione delle decisioni.

È da notare che l'art. 32 del regolamento estrinseca - ai sensi e per gli effetti delle disposizioni in esso contenute - la definizione di decisione come provvedimento che, a prescindere dalla qualificazione usata dall'ordinamento interno, sia stato emesso dal giudice di uno Stato membro, esemplificativamente ricordando le tipologie del decreto, della sentenza, dell'ordinanza e del mandato di esecuzione nonché aggiungendo il provvedimento di determinazione delle spese giudiziali adottato (in alcuni ordinamenti) dal cancelliere.

La sfera di competenza giurisdizionale esclusiva è riferita alla (sola) esecuzione delle decisioni, non al loro riconoscimento in via principale (su cui si dirà in prosieguo), essendo implicito¹⁰⁶ che il riconoscimento possa svolgersi, per i relativi effetti, in qualunque Stato membro sorga la contestazione relativa alla decisione straniera. Del resto, soltanto in presenza di un'attività esecutiva o comunque attuativa da compiersi in un determinato luogo (corrispondente al territorio di uno degli Stati membri) si profila l'evenienza del legame oggettivo determinante la ragione della competenza giurisdizionale esclusiva.

Quel che qui rileva è che la sfera territoriale delle decisioni considerate è riferita a quelle emesse dalle autorità degli Stati membri, non di Stati terzi. Conseguentemente, il criterio di collegamento per la competenza esclusiva

rinvio alla Convenzione di Bruxelles - ed il contenuto del regolamento n. 44/2001, che nella sfera in principio precisata ha sostituito la Convenzione, con la conseguente necessità di procedere all'individuazione delle equivalenze normative implicate dal succitato rinvio.

¹⁰⁵ In tal senso si è espressa la sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 1983 n. 288/82, *cit. supra*, nota 95.

¹⁰⁶ Come è stato notato da F. SALERNO, *Giurisdizione*, *cit. supra*, nota 26, p. 256.

qui esaminato riguarda i soli procedimenti relativi all'esecuzione delle decisioni emanate negli Stati membri¹⁰⁷.

2.6 Il foro dei provvedimenti cautelari e provvisori

L'art. 31 del regolamento (corrispondente all'art. 24 della Convenzione di Bruxelles) dispone che i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti al giudice di quello Stato anche se l'applicazione dei criteri di competenza giurisdizionale stabiliti nel regolamento indica quale giudice destinato alla cognizione del merito della controversia quello di un altro Stato membro.

La norma conferisce competenza giurisdizionale cautelare al giudice dello Stato membro per i - soli - provvedimenti provvisori e cautelari alla mera condizione che il relativo ordinamento nazionale ne ammetta l'emanazione da parte del giudice di quello Stato, pur se la giurisdizione sulla cognizione piena compete al giudice di altro Stato membro.

Essa si è anastaticamente trasmessa dal regime convenzionale a quello regolamentare e si collega con la facoltà di chiedere provvedimenti cautelari e provvisori garantita (art. 41 del regolamento) alla parte che abbia (già) ottenuto una decisione che deve essere riconosciuta ai sensi degli artt. 33 ss., senza necessità di ottenere la previa dichiarazione di esecutività del titolo stesso.

Quanto al foro dei provvedimenti cautelari e provvisori previsto dall'art. 31 per il tempo antecedente all'ottenimento della sentenza - o titolo equivalente - attinente al merito del rapporto, è da ricordare che il diritto internazionale privato italiano individua (all'art. 10 della l. 31 maggio 1995, n. 218) la giurisdizione del giudice italiano in materia cautelare, oltre all'ipotesi in cui egli sia corrispondentemente titolare di quella di merito, anche quella scaturente dal dato di fatto che la misura cautelare deve essere eseguita in Italia. L'art. 669 *ter*, terzo comma, c.p.c., disciplina il riparto di competenza in sen-

¹⁰⁷ Cfr., con riferimento al corrispondente regime convenzionale, la sentenza della Corte di giustizia del 20 gennaio 1994 in causa n. C-129/92, *Owens Bank Ltd. c. Bracco*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 237, secondo cui la Convenzione di Bruxelles, in particolare agli artt. 21, 22 e 23, non è applicabile a procedimenti o a questioni che sorgano nell'ambito di procedimenti promossi in Stati contraenti in ordine al riconoscimento e all'esecuzione di sentenze in materia civile e commerciale emanate in Stati terzi, perché, da un lato, risulta dagli artt. 26 e 31 della Convenzione - i quali devono essere letti in combinato con l'art. 25 della medesima - che i procedimenti di cui al titolo III della Convenzione, concernente il riconoscimento e l'esecuzione, trovano applicazione solo in ipotesi di decisioni emanate da un giudice di uno Stato contraente e, dall'altro, che le norme sulla competenza di cui al titolo II della Convenzione non stabiliscono alcun foro per i procedimenti relativi al riconoscimento e all'esecuzione di sentenze emanate in uno Stato terzo, avuto riguardo al fatto che l'art. 16, n. 5, deve anch'esso essere inteso alla luce della nozione di decisione figurante nell'art. 25, con la specificazione che al riguardo non può distinguersi tra un ordine di *exequatur* semplice e una decisione di un giudice di uno Stato contraente che statuisca su una questione sorta nel corso di un procedimento di *exequatur* di una sentenza emanata in uno Stato terzo, dal momento che, se in virtù del suo oggetto una controversia è esclusa dall'ambito di applicazione della Convenzione, l'esistenza di una questione preliminare, su cui il giudice deve pronunciarsi per risolvere tale controversia, non può, indipendentemente dal contenuto di tale questione, giustificare l'applicazione della Convenzione.

so proprio, anche territoriale, con riferimento al luogo di esecuzione del provvedimento che si invoca, dell'attività procedimentale tesa all'emanazione del provvedimento cautelare.

In precedenza, nella vigenza dell'originario art. 4, n. 3, c.p.c. (pure individuante la giurisdizione italiana in materia di provvedimenti cautelari che dovessero essere eseguiti nella Repubblica), già si era ritenuto¹⁰⁸, che, in applicazione dell'art. 24 della Convenzione, i provvedimenti provvisori o cautelari (nella specie, il sequestro conservativo richiesto al giudice italiano) previsti dalla legge di uno Stato contraente potessero essere chiesti all'autorità giudiziaria di tale Stato, quand'anche la competenza a conoscere del merito dovesse riconoscersi, in forza della Convenzione medesima, al giudice di altro Stato contraente.

Esso, naturalmente, può essere invocato soltanto in rapporto a materie rientranti, per il merito, nella sfera di operatività del regolamento¹⁰⁹.

Il collegamento della competenza giurisdizionale cautelare e "provvisoria" con i singoli ordinamenti interni degli Stati membri, in sé considerato, ben potrebbe dare luogo a conflitti fra le misure adottabili sulla base della disciplina dei vari ordinamenti. L'opzione effettuata dal regime convenzionale, prima, e dal regolamento, poi, si fonda sul presupposto che il tipo di provvedimenti considerato, posto a presidio di esigenze urgenti della parte interessata, richiede da parte del giudice una particolare circospezione ed una conoscenza particolarmente approfondita delle circostanze concrete in cui la relativa misura dovrà esplicare i suoi effetti, di guisa che esso sovente coincide con il giudice ove sono allocati i beni da attingere, direttamente o indirettamente, dalla misura¹¹⁰.

Il rinvio agli ordinamenti nazionali, pertanto, più che intendersi in modo indiscriminato, va ragguagliato all'esigenza di tutelare il valore dell'effettività dei provvedimenti giurisdizionali nello spazio giudiziario europeo. In tale prospettiva, la corrispondente norma convenzionale (l'art. 24) è stata interpretata dalla Corte di giustizia nel senso che la sua applicazione è subordinata, in particolare, alla condizione dell'esistenza di un effettivo nesso di colle-

¹⁰⁸ Cfr., fra le altre, sent. Cass., Sez. un., del 4 agosto 1992, n. 9236, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 714, e sent. Cass., Sez. un., del 21 aprile 1995, n. 4482, in *Foro it., Rep.*, 1995, voce *Giurisdizione civile*, n. 87.

¹⁰⁹ Così si è già deciso con riguardo alla sfera di operatività della Convenzione: cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1982 in causa n. 25/81, *W. c. H.*, in *Foro it.*, 1983, IV, c. 30, che, con riferimento al relativo art. 24, ha sancito la sua inapplicabilità ove finalizzata a far rientrare nella sfera di applicazione della Convenzione i provvedimenti provvisori o cautelari relativi a materie che ne sono escluse.

¹¹⁰ In tal senso già la sentenza della Corte di giustizia del 21 maggio 1980 in causa n. 125/79, *Denilauler c. Couchet Frères*, in *Raccolta*, 1980, p. 1570, la quale sottolinea l'esigenza che il giudice del provvedimento cautelare o provvisorio eserciti il potere di limitare nel tempo l'autorizzazione alla relativa esecuzione, di esigere garanzie dalla parte che ne fruisce, di nominare custode ed, in genere, di subordinarne la somministrazione a tutte le condizioni necessarie a garantire il carattere puramente interinale.

gamento fra l'oggetto del provvedimento richiesto e la competenza territoriale dello Stato contraente del giudice adito¹¹¹.

Per altro verso, laddove l'oggetto di una domanda di provvedimenti cautelari o provvisori verta su una questione che rientra nell'ambito d'applicazione *ratione materiae* della Convenzione ed, ora, del regolamento, si deve ritenere che la relativa normativa giustifichi la competenza del giudice del procedimento sommario anche se il giudizio di merito sia già stato promosso o possa essere in tempi brevi avviato ed anche se il relativo giudizio dovesse svolgersi dinanzi ad arbitri.

Naturalmente, la dissociazione fra procedimento cautelare e procedimento di merito già pendente innanzi a giudice di altro Stato membro sollecita il giudice titolare della competenza giurisdizionale (meramente) cautelare a tenere nel dovuto conto (ovviamente, per quanto lo consentano l'attività probatoria svolta dalla parte interessata e, nei relativi limiti, l'attivazione della sua sfera di poteri ufficiosi) dello stato del procedimento a cognizione piena, ove parallelamente pendente: sia per verificare se, e per quale ragione, il provvedimento invocato innanzi a sé sia stato già invocato (e con quale esito) nella sede di merito, per gli effetti procedurali che dalla relativa acquisizione potrebbero scaturire, sia per conoscere le risultanze istruttorie eventualmente emerse nell'altra sede, allo scopo primario di evitare l'emanazione concorrente di provvedimenti interinali, semmai anche di segno diverso, sulla stessa materia controversa.

Quanto alla definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 31 del regolamento, mentre la *relatio* con la nozione di provvedimento cautelare dell'ordinamento interno si profila, almeno in prima analisi, abbastanza agevole, il concorrente riferimento ai provvedimenti di natura provvisoria pone problemi esegutici che la giurisprudenza comunitaria ha iniziato già ad affrontare con riferimento all'art. 24 della Convenzione di Bruxelles. In tale quadro si è ritenuto che il pagamento in via provvisoria di una controprestazione contrattuale non costituisce un provvedimento provvisorio ai sensi del citato art. 24, a meno che, da un lato, il rimborso al convenuto della somma versata sia garantito nell'ipotesi in cui il ricorrente non vinca la causa nel merito e, dall'altro, il provvedimento richiesto riguardi solo determinati beni del convenuto che si situano, o che si devono situare, nella sfera della competenza territoriale del giudice adito¹¹².

Se, infatti, si considera che la sfera dei provvedimenti interinali contemplata per l'individuazione della competenza giurisdizionale in esame ricomprende quei provvedimenti finalizzati a conservare una situazione di fatto o di diritto tale da preservare le situazioni soggettive la verifica della cui sussistenza

¹¹¹ Così si esprime la sentenza della Corte di giustizia del 17 novembre 1998 in causa n. C-391/95, *Van Uden Maritime B V c. Deco-Line*, cit. *supra*, nota 28.

¹¹² In tal senso sempre la sentenza della Corte di giustizia del 17 novembre 1998 in causa n. C-391/95, cit. *supra*, nota 28.

stenza e fondatezza è demandata all'accertamento di merito, non può, almeno in via di principio, non escludersi che l'emanazione di un provvedimento monitorio come previsto dall'ordinamento interno (agli artt. 633 ss. c.p.c.) sia sussumibile nella categoria degli atti giurisdizionali meramente provvisori e strumentali al futuro accertamento in sede di cognizione piena.

Più in generale, i provvedimenti aventi ad oggetto la condanna al pagamento di somme (o alla prestazione di una certa quantità di cose fungibili oppure alla consegna di una cosa determinata) possono, per le finalità stabilite dall'art. 31 del regolamento, essere ricondotti alla sfera di quelli provvisori richiamati dalla norma quando la loro emanazione non pregiudichi lo svolgimento del procedimento di merito, l'esito di quest'ultimo, ove sfavorevole alla parte che ha ottenuto i provvedimenti provvisori, non pregiudichi il diritto dell'altra parte all'ottenimento della restituzione di quanto prestato ed, infine, la loro emanazione sia giustificata dal fatto che la loro attuazione debba avvenire su beni e diritti di cui il soggetto convenuto disponga nell'ambito territoriale del giudice adito¹¹³.

Certa, quindi, è, alla stregua di questi parametri, l'estraneità ai provvedimenti qui considerati dell'azione avente natura revocatoria ordinaria con la quale il creditore tende ad ottenere la revoca di un atto di alienazione di immobili compiuto in frode dal suo debitore¹¹⁴.

3. La proroga della competenza giurisdizionale

3.1 L'accordo extraprocessuale

Una delle disposizioni cardine del sistema scaturito dalla Convenzione di Bruxelles (e poi di Lugano) è certamente identificato dall'art. 17 che disciplina la cd. proroga di competenza giurisdizionale, norma che evidenzia il chiaro *favor* per le intese fra le parti sull'individuazione del foro dotato di giurisdizione, in modo tale che - salvo l'ambito oggetto di particolare tutela relativo alle sfere di competenza esclusiva e, nel concorso dei debiti requisiti, di competenza protettiva - la scelta affidata all'autonomia dei contraenti fa per il resto premio sia sul foro generale e sia sui fori speciali concorrenti.

Per la sfera che lo connota, l'impianto convenzionale ha prefigurato un modo di inquadrare la questione di giurisdizione del giudice interno rispetto a quello straniero all'epoca non seguito dall'impostazione del codice di procedura civile italiano (come da art. 2 c.p.c. al tempo vigente) ed invece accolto, na-

¹¹³ V. la sentenza della Corte di giustizia del 27 aprile 1999 in causa n. C-99/96, *Mietz c. Intership Yachting Sneek B V*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 658, in relazione alla sentenza dispositiva del pagamento in via provvisoria di una controprestazione contrattuale, sentenza emanata al termine di un procedimento del tipo di quello previsto dagli artt. 289-297 c.p.c. olandese.

¹¹⁴ Così ha deciso la sentenza della Corte di giustizia del 26 marzo 1992 in causa n. C-261/90, *Reichert c. Dresdner Bank A G*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 235, con specifico riguardo all'azione pauliana del diritto francese.

turalmente con riguardo ai diritti disponibili, dalla riforma del diritto internazionale privato introdotta dalla l. 31 maggio 1995, n. 218 (come da relativo art. 4).

Lo schema essenziale della competenza prorogata già prevista in sede convenzionale contempla - per l'ipotesi in cui almeno una delle parti sia domiciliata nel territorio di uno Stato contraente - la facoltà delle stesse di convenire l'attribuzione della competenza giurisdizionale ad un giudice o ai giudici di uno degli Stati contraenti delle controversie presenti o future insorte da un determinato rapporto giuridico (pure nel caso in cui l'azione miri alla dichiarazione di nullità del contratto che contiene la detta clausola¹¹⁵) in una delle seguenti forme: *A.* con atto scritto, o con atto verbale con conferma scritta; *B.* oppure in un'altra forma che sia ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilite fra loro; *C.* oppure ancora - per i rapporti attinenti al commercio internazionale - in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato.

Per l'ipotesi in cui nessuna delle parti è domiciliata in uno degli Stati contraenti, se le parti pattuiscono la competenza giurisdizionale del giudice o dei giudici di uno Stato contraente, i giudici degli altri Stati contraenti non possono conoscere la controversia fino a quando i giudici di quello Stato contraente prescelto dalle parti e da loro adito non abbiano declinato la loro competenza.

Con riguardo ai rapporti scaturenti da un *trust*, ove il relativo atto costitutivo abbia individuato la competenza giurisdizionale dei giudici di uno Stato contraente, questi hanno competenza esclusiva sulla cognizione delle controversie scaturenti dalle azioni esperite contro il fondatore, il *trustee* o il beneficiario, per ciò che concerne le loro relazioni ed i diritti e gli obblighi nell'ambito del *trust*.

La disciplina della Convenzione chiarisce altresì che l'accordo attributivo di un foro giurisdizionale elettivo in favore di una soltanto delle parti non esclude per quella stessa parte l'applicazione concorrente degli altri fori competenti ai sensi della Convenzione stessa: il foro convenzionalmente stabilito a vantaggio di una sola delle parti, in altri termini, fornisce alla stessa una facoltà aggiuntiva, senza privarla delle altre possibilità individuative della competenza giurisdizionale garantite dalla Convenzione.

Peraltro non è sufficiente per ritenere l'evenienza di una clausola stipulata a favore di una soltanto delle parti l'inserzione di patto da cui risulti semplicemente che le parti hanno convenuto la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato contraente nel cui territorio tale parte ha il proprio domicilio¹¹⁶.

¹¹⁵ V. la già richiamata sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 1997 in causa n. C-269/95, *cit. supra*, nota 38.

¹¹⁶ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 1986 in causa n. 22/85, *Anterist c. Crédit Lyonnais*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 343.

Va segnalato che, mentre il testo originario dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles richiedeva per la validità della deroga alla giurisdizione che tale deroga fosse contenuta in una clausola scritta o in una clausola verbale confermata dalle parti per iscritto, con la Convenzione di Lussemburgo del 1978 si aggiunse il caso in cui detta clausola fosse tale da rivestire una forma ammessa dagli usi del commercio internazionale che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere; poi, l'art. 17 della Convenzione di Lugano (interamente inserito nella Convenzione di Bruxelles del 1968 per effetto dell'art. 7 della Convenzione di adesione di San Sebastian del 1989), ha, a sua volta, articolato maggiormente il riferimento alla forma della deroga convenzionale ammessa dagli usi, puntualizzando che deve trattarsi di usi ampiamente conosciuti e regolarmente rispettati dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato, e, per altro verso, ha introdotto l'ulteriore ipotesi relativa alla «forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra loro».

Le discrasie negli orientamenti che, in certa misura, si richiameranno vanno, dunque, lette anche alla luce dell'evoluzione progressiva del dato normativo, avvenuta sotto la spinta pure della interpretazione data dalla Corte comunitaria all'originario testo convenzionale.

Il regolamento (all'art. 23) riproduce nella sostanza l'assetto convenzionale aggiornato, introducendo, da un lato, la specificazione dell'equivalenza fra la forma scritta tradizionale e quella scaturente dalla comunicazione con mezzi elettronici, tale da permettere «una registrazione in modo durevole» della clausola di proroga, e specificando, dall'altro, che la competenza come prorogata è esclusiva, salvo diverso accordo delle parti.

La prima novità, come è reso evidente anche dalle considerazioni svolte dalla Commissione in sede di presentazione della proposta, è stata apportata al fine di evitare qualsivoglia questione di invalidità della clausola per il solo fatto che la stessa venga stipulata su supporto diverso da quello cartaceo e che, comunque, garantisca la riproduzione del suo contenuto sullo schermo.

Del resto, anche gli ordinamenti interni si sono mossi, autonomamente e poi sulla spinta della normativa di matrice comunitaria (va, in particolare, considerata la direttiva n. 1999/93/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 1999 relativa alla predisposizione di un quadro unitario per le firme elettroniche), nel senso di riconoscere, secondo vari livelli di valenza probatoria, efficacia giuridica al documento redatto in via informatica e ricollegabile al suo autore mediante la firma elettronica¹¹⁷. Era, pertanto, del tutto conseguente equiparare al documento cartaceo quello elettronico anche ai fini qui rilevanti.

¹¹⁷ Nell'ordinamento italiano, le tappe della progressiva individuazione normativa passano attraverso l'art. 15 l. 15 marzo 1997 n. 59, il dpr 10 novembre 1997 n. 513, il dpcm 8 febbraio 1999, gli artt. 8 ss. dpr 28 dicembre 2000, n. 445, il dlgs 23 gennaio 2002, n. 10, attuativo della succitata direttiva. Per un punto organico sulle nozioni di documento informatico e di firma elettronica e digitale, v. A. CARRATO, *Il documento informatico*, Relazione tenuta nell'Incontro di stu-

La seconda integrazione sostituisce, con effetti chiarificatori, la norma convenzionale relativa alla stipulazione delle clausole in favore di una sola delle parti: dunque, la novità sembra doversi intendere nel senso che dovrà essere il diverso accordo degli stipulanti a specificare se la proroga sia a vantaggio di una sola delle parti e se concorra con gli altri fori; altrimenti, essa va intesa come assorbente (salvo quanto si dirà in ordine all'eventuale ulteriore cd. proroga tacita). Non mancano, tuttavia, interpreti che stimano, alla stregua della norma regolamentare, non più legittima una clausola contrattuale che fissi un foro convenzionale in favore di una sola parte (che così sarebbe libera di avvalersene oppure no) osservando, fra l'altro, che la *ratio* del regolamento, tesa a conseguire un alto grado di prevedibilità del foro, risulterebbe frustrata dalla permanenza della scelta in capo ad una delle parti del rapporto¹¹⁸.

Si è confermata l'efficacia, limitata al profilo impediente, degli accordi sulla competenza stipulati da soggetti non domiciliati in Stati membri: la disciplina regolamentare, pure rispetto alla sfera degli accordi sulla competenza conclusi da persone non domiciliate nello spazio giudiziario europeo, ha quindi confermato il conferimento agli accordi stessi della protezione possibile, con la preclusione ai giudici degli Stati membri diversi da quello designato della cognizione della lite se non dopo che la stessa sia stata conosciuta e, se del caso, scrutinata con la declinatoria della sua competenza dal giudice dello Stato membro individuato dall'accordo. La situazione in cui viene a trovarsi il giudice degli altri Stati membri è stata definita di "non conoscibilità temporanea" comportante l'esigenza di una sospensione di diritto comunitario¹¹⁹.

La clausola di proroga della competenza deve essere stipulata dal soggetto titolare del rapporto o da un suo rappresentante munito di idonei poteri, fornito della capacità necessaria, da valutarsi - per la sua qualificazione e per la relativa efficacia processuale - sulla base delle norme del diritto internazionale privato della *lex fori*, per quanto la fonte (convenzionale ed ora) comunitaria non abbia autonomamente direttamente provveduto.

Siccome, poi, detta clausola si inserisce solitamente in un contenuto contrattuale più ampio, teso a regolare il rapporto sostanziale, potrebbe residualmente ed indirettamente rilevare la legge regolatrice del rapporto stesso, ma non per gli aspetti processuali disciplinati come sopra.

dio del C.S.M. svoltosi a Roma il 28-30 ottobre 2002 sul tema: «I modelli probatori nel procedimento civile ordinario e in quelli sommari», p. 6 ss. del dattiloscritto.

¹¹⁸ V., per l'esegesi conservativa della facoltà delle parti di convenire una proroga unilaterale della competenza P. LOMBARDI, *Prime riflessioni*, cit. *supra*, nota 36, p. 393; per la lettura innovativa riportata per seconda nel testo cfr., invece, A. CONVERSO, *La giurisdizione unica europea*, cit. *supra*, nota 17, p. 286-287, il quale adduce a sostegno della propria tesi anche il canone di interpretazione restrittiva della deroga al fine di prevenire abusi nella sua utilizzazione.

¹¹⁹ Così A. CONVERSO, *La giurisdizione unica europea*, cit. *supra*, nota 17, p. 294-296, cui si rinvia per utilissimi approfondimenti circa le distinzioni fra l'istituto comunitario in parola e la sospensione necessaria regolata dalla procedura civile interna.

La designazione del giudice dotato di competenza giurisdizionale può avvenire al momento genetico del rapporto, ma anche successivamente. Né essa esige l'individuazione, nella sfera giurisdizionale dello Stato membro prescelto, anche del giudice competente per territorio, assolvendo a tale funzione le norme processuali dell'ordinamento convenuto dalle parti.

La clausola vincola, naturalmente, le parti ed i loro aventi causa, non i terzi¹²⁰.

L'accordo deve essere espresso in guisa tale da manifestare il consenso dei contraenti in modo chiaro e preciso nel suo contenuto, in relazione ad un rapporto giuridico dal carattere sufficientemente determinato, sì che la parte la quale mantenga un comportamento ispirato a buona fede e connotato dall'uso della normale diligenza lo possa agevolmente rilevare. La condizione del carattere sufficientemente determinato del rapporto giuridico da cui possono sorgere le controversie è stata, ad esempio, ritenuta sussistente se la clausola attributiva di giurisdizione contenuta negli statuti di una società sia tale da poter essere interpretata nel senso che essa si riferisce alle controversie tra la società ed i suoi azionisti in quanto tali¹²¹.

Si è, fra l'altro, chiarito che la norma in esame non prescrive che una clausola attributiva di competenza debba essere necessariamente formulata in modo tale che sia possibile identificare il giudice competente solo con il suo testo, essendo invece bastevole che la clausola identifichi gli elementi oggettivi sui quali le parti si sono accordate per scegliere il giudice o i giudici innanzi ai quali esse intendono sottoporre le loro controversie presenti o future e che tali elementi siano sufficientemente precisi per permettere al giudice adito di stabilire se sia competente, potendo gli stessi essere concretati, eventualmente, mediante le circostanze proprie del caso di specie¹²².

¹²⁰ Per un'applicazione dell'esposto principio cfr. sent. Cass., Sez. un., del 27 luglio 1999, n. 515, in *Fallimento*, 2000, p. 858, che, applicando l'omologa disposizione della Convenzione di Lugano, ha deciso nel senso che la proroga concordata vincola le parti, ma non vincola il fallimento di una di esse il quale eserciti un'azione connessa alla procedura fallimentare, in particolare per la dichiarazione di inefficacia nei confronti della massa dei creditori del contratto c.d. di "pegno generale" e per la revocatoria fallimentare, per rivestire il fallimento - rispetto a tale contratto - la qualità di terzo.

¹²¹ Arg. dalla sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 1992 in causa n. C-214/89, *Soc. Powell Duffryn c. Petereit*, con nota di A. DE VITA, *Clausola statutaria attributiva di competenza e giurisdizione*, in *Società*, 1992, p. 917.

¹²² Così la sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2000 in causa n. C-387/98, *Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1577; nell'ambito dei rapporti societari, si è affermato che, a prescindere dal modo di acquisto delle azioni, i requisiti di forma di cui all'art. 17 *cit.* sono da considerarsi soddisfatti nei confronti di tutti gli azionisti, qualora la clausola attributiva di giurisdizione sia contenuta negli statuti della società e qualora detti statuti siano depositati in un luogo a cui l'azionista possa accedere o siano contenuti in un pubblico registro; sul riscontro dell'efficacia sostanziale di tale clausola di proroga al fine di designare la competenza giurisdizionale del giudice di uno Stato contraente a conoscere delle controversie tra la società stessa ed i suoi azionisti, si è richiesto che essa sia adottata conformemente alle disposizioni statutarie ed alle norme del diritto nazionale applicabile al rapporto: cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 1992 in causa n. C-214/89, *loc. cit.*

Qualche ulteriore cenno deve darsi con specifico riferimento a ciascuna delle tre situazioni giuridiche configurate dalla norma, avvertendo che la stretta intersezione fra le medesime (che induce le parti, a volte, a dedurre la contestuale evenienza) consiglia l'esame per esteso delle pronunzie richiamate¹²³.

Circa la particolare fattispecie della stipulazione verbale, con successiva conferma scritta (lett. A., seconda ipotesi), si è ritenuta sufficiente la prova che l'attribuzione di giurisdizione abbia costituito oggetto di un accordo verbale espressamente riguardante detta attribuzione, che una conferma scritta di tale accordo proveniente da una qualsiasi delle parti sia stata ricevuta dall'altra parte e che quest'ultima non abbia formulato obiezioni¹²⁴: soluzione, questa, non unanimemente condivisa sulla scorta della considerazione che ben può darsi l'ipotesi che l'ordinamento in cui venga ricevuta la lettera con la conferma unilaterale dell'accordo di proroga non attribuisca al silenzio alcun valore significativo dal punto di vista negoziale.

Peraltro, la giurisprudenza interna, sempre con riferimento al presupposto di applicazione relativo a questa ipotesi (lett. A.), tiene a rimarcare che il requisito della forma scritta richiesto dalla disposizione convenzionale poi trasfusa nel testo regolamentare non può considerarsi soddisfatto dalla mera inserzione della relativa clausola tra le condizioni generali di contratto redatte a tergo di moduli a stampa predisposti da uno dei contraenti, essendo necessario che nel contratto, sottoscritto da entrambe le parti, si faccia espresso riferimento a dette condizioni generali contenenti la clausola attributiva di competenza¹²⁵. La Corte di cassazione ritiene, pertanto, inidonea ad integrare l'atto scritto o la conferma scritta dell'atto verbale una clausola sul foro competente che sia contenuta nelle condizioni generali di contratto allegate ad una conferma d'ordine e che risulti priva della sottoscrizione del committente e segnala come non determinante in senso contrario che costui abbia dato esecuzione al contratto, atteso che l'accettazione tacita, se determina la conclusione del contratto, non comporta la realizzazione del requisito formale dell'accordo scritto posto dalla citata norma convenzionale¹²⁶.

¹²³ Per una recente disamina della materia cfr. A. POGGIO, *Clausole di proroga di giurisdizione, usi del commercio internazionale, onere ed oggetto della prova* (nota a sent. Cass., Sez. un., del 22 gennaio 2002, n. 718, ed a sent. Cass., Sez. un., del 29 gennaio 2002, n. 1150), in *Giur. it.*, 2002, p. 2279 ss.

¹²⁴ In tal senso si è espressa la sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1985 in causa n. 221/84, *Berghoefer GmbH c. Soc. Asa*, in *Foro it.*, 1986, IV, c. 303, cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 1986 in causa n. 313/85, *Soc. Iveco Fiat c. Soc. Van Hool*, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2739.

¹²⁵ V. sent. Cass., Sez. un., del 22 marzo 1995, n. 3321, in *Foro it.*, 1996, I, c. 198, e sent. Cass., Sez. un., del 29 gennaio 2002, n. 1150, in *Giur. it.*, 2002, p. 2279.

¹²⁶ Arg. ex sent. Cass., Sez. un., del 22 gennaio 2002, n. 718, in *Giur. it.*, 2002, p. 2278: sicché, nel caso esaminato, relativo al contratto intervenuto tra una società italiana ed una società avente sede in Germania, Stato anch'esso contraente, si è ritenuto che la domanda proposta dalla prima per denunciare l'inadempimento della seconda in ordine ad obbligazione scaturente dal contratto stesso e far valere il correlativo diritto al risarcimento del danno esuli dalla giurisdizione del giudice italiano e spetti alla cognizione del giudice tedesco, a norma degli artt. 2 e 5, n. 1, della

Quando, invece, si verta in tema di forma ammessa dalle pratiche stabilite fra loro dalle parti (lett. B.: ipotesi di più recente emersione normativa, come si è prima precisato), l'esperienza concreta ha condotto ad interpretazioni nazionali attente al riscontro del relativo profilo probatorio¹²⁷.

Inoltre, la prassi ha avuto modo di verificare, soprattutto in tema di trasporto marittimo internazionale, i presupposti di efficacia della clausola di deroga convenzionale della giurisdizione contenuta in una polizza di carico. E la giurisprudenza di legittimità, con riguardo a questo documento, ancorché non sottoscritto dal caricatore, ha ritenuto valida ed efficace (a norma dell'art. 17 della Convenzione di Lugano) la proroga, tutte le volte in cui l'emissione di polizze di carico sottoscritte da una sola parte rientri nell'ambito di abituali rapporti commerciali tra vettore e caricatore che risultino sistematicamente regolati, nel loro insieme, dalle condizioni generali predisposte dall'autore della clausola in deroga, condizioni redatte (nel caso di specie) su moduli prestampati contenenti sistematicamente detta clausola senza che il caricatore abbia, in proposito, mai formulato obiezioni, non avendo ritenuto rilevante in contrario, per tale ambito, l'eventuale assenza di un qualsivoglia accordo verbale precedentemente intercorso tra le parti¹²⁸.

Con riferimento, poi, all'ipotesi (introdotta nell'art. 17 della Convenzione dalle modificazioni apportate dalla Convenzione di Lussemburgo del 9 ottobre 1978 e perfezionata all'esito della Convenzione di Lugano e, poi, di San Sebastian) che dispone che la clausola attributiva di competenza esclusiva ad un giudice di uno Stato contraente possa essere «conclusa (...) nel commercio internazionale, in una forma ammessa dagli usi in questo campo e che le parti conoscevano od avrebbero dovuto conoscere», è emerso un notevole travaglio interpretativo.

Convenzione medesima, qualora l'indicata obbligazione debba essere eseguita nel territorio di quest'ultimo secondo le condizioni generali del contratto tacitamente accettate dalla controparte mediante l'esecuzione data al contratto medesimo: ciò, perché l'esecuzione della conferma d'ordine è idonea alla conclusione tacita del contratto mediante esecuzione, ma non idonea ad integrare valido accordo sulla competenza giurisdizionale, ex art. 17 *cit.*

¹²⁷ Cfr., ad esempio, *Tribunal de grande instance*, Francia, *Senlis*, sentenza del 15 settembre 1992, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 440, secondo cui il riferimento contenuto nell'art. 17 agli usi che le parti hanno stabilito tra loro non esime il giudice dal verificare che la parte alla quale viene opposta l'esistenza di una clausola sulla competenza l'abbia effettivamente accettata, a nulla rilevando a tal fine un generico riferimento a condizioni generali di vendita contenenti tale clausola.

¹²⁸ Così sent. Cass., Sez. un., dell'11 giugno 2001, n. 7854, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1497, la quale ha specificato che, in tal caso, deve ritenersi contraria a buona fede l'eventuale opposizione formulata alla clausola di proroga dal caricatore che, in precedenza, non aveva mai formulato alcuna obiezione in proposito, atteso che l'esistenza di rapporti commerciali correnti tra le parti e disciplinati, nel loro complesso, da condizioni generali predisposte da una sola di esse, rendono significativo il silenzio ovvero la mancata formulazione di obiezioni da parte del caricatore che materialmente prenda in consegna le polizze contenenti le dette condizioni generali, all'interno delle quali sia contenuta una clausola di proroga della giurisdizione sottoscritta solo dalla controparte, in quanto la ricezione e la mancata formulazione di obiezioni possono, del tutto legittimamente, costituire la prova dell'esistenza di un accordo di proroga.

In origine, la giurisprudenza comunitaria aveva precisato i requisiti generali per il riscontro del requisito formale alla stregua dei limiti fissati dal parametro normativo inizialmente vigente. Così, con riferimento alla clausola attributiva di competenza figurante fra le condizioni stampate su una polizza di carico, essa è stata ritenuta idonea a soddisfare i requisiti stabiliti se il consenso delle due parti circa le condizioni della polizza di carico contenenti detta clausola: 1. sia stato manifestato per iscritto; 2. oppure se la clausola attributiva di competenza abbia costituito oggetto di un precedente accordo verbale fra le parti che la concerne espressamente e di cui la polizza di carico, firmata dal vettore, deve essere considerata la conferma scritta; 3. oppure se la polizza di carico rientri nell'ambito dei rapporti commerciali correnti fra le parti e sia in tal modo provato che detti rapporti sono disciplinati dalle condizioni generali contenenti tale clausola¹²⁹.

Poi, alla luce del testo modificato della Convenzione e con particolare riferimento ai rapporti regolati da fatture commerciali, la clausola attributiva di competenza è stata ritenuta validamente stipulata: a. se la lettera commerciale che la contiene non sia contestata dalla parte che riceve la lettera stessa ovvero se quella parte effettui pagamenti reiterati e senza contestazioni di fatture che rechino un'indicazione prestampata del foro competente; b. se un siffatto comportamento corrisponde ad un uso vigente nel settore del commercio internazionale in cui operano le parti di cui trattasi e se queste ultime conoscevano tale uso o avrebbero dovuto conoscerlo. Per il resto, si è attribuito al giudice nazionale il compito di verificare sia l'esistenza di un uso di quelli ora citati - uso che è in principio da ammettere quando il relativo comportamento è generalmente osservato dagli operatori - e sia la conoscenza dell'uso da parte dei contraenti che va considerata provata quando essi avevano in precedenza allacciato rapporti commerciali fra loro o con altre parti o quando, in quest'ultimo caso, un certo comportamento è generalmente e regolarmente osservato sì da dar luogo ad una prassi consolidata¹³⁰.

Peraltro, l'esigenza di certezza nella ricognizione dei relativi presupposti ha indotto la Corte italiana di legittimità interna a sollecitare l'approfondimento della relativa ermeneutica rimettendo alla Corte di giustizia una serie molto articolata di quesiti attinenti al tema in questione¹³¹.

¹²⁹ V. la sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 1984 in causa n. 71/83, *Soc. Partenreederei ms. Tilly Russ c. Soc. Haven Vervoerbedrijf Nova*, in *Foro it.*, 1985, IV, c. 212.

¹³⁰ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1997 in causa n. C-106/95, *Main-schiffahrts-Genossenschaft c. Société Gravières Rhénanes*, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2037.

¹³¹ In particolare è stato richiesto: 1. se sia sufficiente il requisito della conoscenza (effettiva) ovvero della non conoscenza, determinata da ignoranza colpevole ed inescusabile in ordine alla ripetizione costante in tutti i rapporti simili rispetto a quelli di cui è causa, senza procedere all'accertamento della volontà delle parti; 2. se per forma ammessa, si debba far riferimento a scritto firmato dalla parte che l'ha predisposto, e che quindi abbia espresso l'intenzione di avvalersene, se debba o meno avere un proprio autonomo risalto e debba essere redatta in una lingua che abbia un qualche rapporto con la nazionalità delle parti stipulanti, ovvero sia sufficiente che si tratti di

La Corte comunitaria¹³² ha fornito le seguenti risposte: *A.* l'elezione del foro in una clausola attributiva di competenza può essere valutata solo in base a considerazioni che siano collegate ai requisiti previsti dall'art. 17 della Convenzione, per cui considerazioni relative ai collegamenti tra il foro prescelto e il rapporto controverso, alla fondatezza della clausola e alle norme sostanziali in vigore dinanzi al foro prescelto sono estranee a tali requisiti; *B.* il consenso dei contraenti alla clausola attributiva di competenza si presume esistente se un siffatto comportamento corrisponde a un uso vigente nel settore del commercio internazionale in cui operano le parti di cui trattasi e se queste ultime conoscevano quest'uso o avrebbero dovuto conoscerlo; *C.* i requisiti concreti che implica la nozione di «forma ammessa» devono essere esclusivamente valutati con riferimento agli usi commerciali del settore considerato del commercio internazionale, senza tener conto dei requisiti particolari che possano essere previsti dalle disposizioni nazionali; *D.* la conoscenza dell'uso deve essere valutata in capo alle parti originarie della Convenzione attributiva di competenza, senza che ai fini di questo esame abbia rilevanza la loro nazionalità, e tale conoscenza è dimostrata, indipendentemente da qualsiasi forma specifica di pubblicità, allorché, nel settore commerciale nel quale operano le parti, un determinato comportamento è generalmente e regolarmente osservato in sede di stipula di un certo tipo di contratti, così da poter essere considerato una prassi consolidata; *E.* l'esistenza di un uso, che deve essere accertata nel settore commerciale in cui i contraenti esercitano la loro attività, è dimostrata quando un determinato comportamento è generalmente

lingua usata di regola nel commercio internazionale; 3. se sia sufficiente che il giudice designato appartenga ad uno Stato contraente, senza alcun altro collegamento con la sostanza del rapporto; 4. se sia sufficiente la ripetizione costante della clausola nelle polizze di carico emesse da associazioni di categoria o da un consistente numero di imprese di trasporto ovvero occorra provare una tacita adesione al comportamento delle controparti; 5. se il formulario di polizza debba essere depositato per essere consultato o debba essere in altro modo notorio; 6. se sia valida la clausola anche nel caso in cui si traduca in esonero o limitazione di responsabilità del vettore; 7. se il giudice adito, diverso da quello designato, possa sindacare la ragionevolezza della clausola ai fini della validità della stessa; 8. se la circostanza che numerosi caricatori e/o giratari abbiano contrastato giudizialmente la validità della clausola sia indice del fatto che non si sia consolidato un uso conforme all'inserimento della stessa in moduli o formulari; 9. se sia sufficiente che l'uso si formi in quei Paesi che nell'ambito del commercio internazionale hanno posizione prevalente; 10. se l'uso di cui si tratta possa derogare a disposizioni imperative di singoli Stati; 11. quali siano le condizioni in presenza delle quali l'inserimento della clausola su modulo predisposto e non firmato dalla parte non predisponente possa considerarsi eccessivamente oneroso per quest'ultima; 12. se debba verificarsi la conoscenza o la conoscibilità dell'uso, con riguardo alla polizza in concreto, articolata in numerose clausole poste sul retro; 13. se lo stato di conoscenza o conoscibilità vada riferito al caricatore originario, anche non appartenente ad uno Stato contraente ovvero sia sufficiente che si tratti del giratario, appartenente ad uno Stato contraente; 14. se l'espressione «avrebbero dovuto conoscere» faccia riferimento ad un criterio di buona fede e correttezza oggettiva nella formazione del contratto ovvero ad un criterio di media diligenza soggettiva; cfr. ord. Cass., Sez. un., del 15 gennaio 1997, n. 20, in *Dir. maritt.*, 1997, p. 783.

¹³² V. la sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 1999 in causa n. C-159/97, *Soc. trasp. spediz. internaz. Castelletti c. Soc. Hugo Trumpy*, in *Dir. maritt.* 1999, p. 507.

e regolarmente osservato dagli operatori attivi in tale settore in sede di stipula di contratti di un determinato tipo.

In effetti, la Corte di giustizia ha così ribadito e specificato le coordinate per l'emersione di una nozione autonoma dell'uso nell'ambito dei rapporti commerciali internazionali ed ha anche svolto le puntualizzazioni (sempre in chiave autonoma rispetto ai vari diritti interni) necessarie per l'interpretazione della nozione di conoscenza e del rispetto dell'uso nel settore commerciale di riferimento, anche con riguardo alla specifica sfera delle parti contraenti. Più sfumata (e probabilmente non poteva essere altrimenti) si è profilata la sua posizione rispetto alla concreta valutazione di adeguatezza di determinate pratiche - ed, in particolare, del silenzio serbato a fronte di una lettera di conferma contenente la clausola di deroga - a dimostrare l'evenienza concreta dei presupposti per l'applicazione della disposizione interpretata.

L'esito della vicenda ha registrato la susseguente pronunzia della Corte di cassazione la quale - dopo avere premesso che la clausola di deroga alla giurisdizione è valida, a norma dell'art. 17 precitato, allorquando è conclusa secondo un uso del commercio internazionale che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che (secondo l'interpretazione vincolante della Corte di giustizia) deve ritenersi l'esistenza di un uso nel commercio internazionale quando il comportamento considerato è generalmente e regolarmente osservato dagli operatori attivi in tale settore in sede di stipulazione di contratti di un determinato tipo (in ciò ravvisandosi il consenso presunto dei contraenti), restando irrilevanti il grado di diffusione di tale comportamento, le forme di pubblicità, le contestazioni giudiziali e il collegamento con i requisiti eventualmente diversi previsti dai singoli ordinamenti nazionali - ha, con riguardo al caso esaminato, osservato che, incombendo l'onere di provare la deroga alla giurisdizione su chi l'eccepisce, deve escludersi la validità della clausola derogativa della giurisdizione, riportata sul *recto* di una polizza di carico, sottoscritta dal caricatore ma ai soli fini di conferma delle condizioni della merce, allorquando la prova sia costituita soltanto dalla produzione di vari formulari di polizze di carico, tutti predisposti dallo stesso vettore, senza la dimostrazione che le parti contraenti abbiano riconosciuto la validità della clausola di deroga in presenza della situazione formale in questione¹³³.

Tornata sull'argomento, la stessa Corte di legittimità interna ha, da altro angolo prospettico, affermato che, in tema di commercio internazionale e con riguardo al testo dell'art. 17 della Convenzione, la prova della deroga alla giurisdizione, conclusa secondo un uso in questo campo che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere, non può essere collegata al dato della semplice utilizzazione di contratti-tipo o condizioni-*standard*, occorrendo che

¹³³ Cfr. sent. Cass., Sez. un., del 25 ottobre 1999, n. 748, in *Dir. trasporti*, 2000, p. 139.

in tali condizioni generali di contratto sia contemplata, come prassi consolidata, l'introduzione di clausole attributive di competenza giurisdizionale¹³⁴.

Va, infine, ribadito il trattamento singolare che, per le persone domiciliate nel territorio del Lussemburgo, stabilisce l'art. 63 del regolamento - sia pure in via transitoria (per il già precisato periodo esaennale) e con esclusione dei contratti relativi alla prestazione servizi finanziari -, disposizione che, conferita a dette persone la facoltà di eccepire l'incompetenza giurisdizionale quando siano convenute in altro Stato membro se il luogo finale della fornitura della merce o della prestazione del servizio sia situato nel Lussemburgo, circoscrive per questa fattispecie la stipulazione del negozio attributivo della competenza giurisdizionale soltanto al primo caso fra quelli elencati dall'analizzato art. 23, ossia alle convenzioni concluse per iscritto oppure oralmente ma con conferma scritta.

3.2 *La cd. proroga tacita*

Le parti possono inoltre finire per accordarsi, se non altro tacitamente, sulla individuazione del giudice dotato di competenza giurisdizionale in sede processuale: più generalmente, la parte titolare dell'interesse a sollevare la relativa eccezione può lasciar maturare - consapevolmente o meno, il punto non rileva¹³⁵ - la preclusione alla proposizione della questione.

L'art. 24 del regolamento (replicando l'art. 18 della Convenzione di Bruxelles) individua la competenza del giudice dello Stato membro in concreto adito anche se diverso da quello o da quelli cui spetta la competenza alla stregua dei criteri sopra enunciati, a condizione che: 1. il convenuto, comparendo, non eccepisca primariamente detta incompetenza giurisdizionale; 2. il rapporto non rientri nella competenza giurisdizionale di altro giudice secondo uno dei criteri di competenza esclusiva elencati dall'art. 22.

Fra i casi di competenza esclusiva non si ritiene rientri la competenza prorogata per accordo extraprocessuale intervenuto fra le parti, sicché resta, in questa ipotesi, onere del convenuto contestare tempestivamente la competenza giurisdizionale di un giudice di Stato membro diverso da quello concordato¹³⁶.

¹³⁴ Così sent. Cass., Sez. un., del 29 gennaio 2002, n. 1150, *cit. supra*, nota 123.

¹³⁵ Rimarca l'ininfluenza di ogni connotato soggettivo L. MARI, *Il diritto processuale civile*, *cit. supra*, nota 25, p. 690-694.

¹³⁶ Nell'interpretazione del regime convenzionale la sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 1985 in causa n. 48/84, *Spitzley c. S. A. Sommer Exploitation*, in *Foro it.*, 1986, IV, c. 303, ha ritenuto non esservi alcun motivo connesso alla struttura generale od agli scopi della Convenzione per negare la sussistenza della facoltà delle parti - che pure abbiano pattuito una determinata attribuzione di competenza giurisdizionale - di sottoporre la lite concordemente e volontariamente al giudice di altro Stato contraente; cfr. anche sent. Cass., Sez. un., del 2 febbraio 1991, n. 999, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 327, secondo cui, qualora una società straniera agisca davanti al giudice italiano, chiedendo un accertamento negativo della propria legittimazione passiva rispetto alle pretese che il convenuto abbia eventualmente a formulare con riguardo ad un rapporto di lavoro, si deve escludere che la società medesima possa poi contestare la giurisdizione di detto giudice, rispetto alla domanda ricon-

Quindi, chi venga convenuto innanzi a giudice di Stato membro non dotato di competenza giurisdizionale per causa non rientrante fra quelle di cui all'art. 22, può accettare tacitamente quella competenza - ed, in ogni caso, l'accetta - costituendosi e non eccepandone il difetto.

Il convenuto, per impedire il radicarsi della competenza giurisdizionale del giudice adito, deve formulare, in via principale, la relativa eccezione, potendo poi, ma in via soltanto subordinata, trattare nel suo atto difensivo il merito della vertenza. Infatti, la disposizione convenzionale (il suddetto art. 18 della Convenzione di Bruxelles) è stata interpretata nel senso che essa consente al convenuto non solo di eccepire l'incompetenza, ma anche di presentare congiuntamente, in via subordinata, difese nel merito, senza tuttavia perdere il diritto di sollevare l'eccezione d'incompetenza¹³⁷.

Particolarmente rilevante è che la questione di competenza sia sollevata in via del tutto principale, non bastando che il convenuto operi la contestazione in aggiunta ad altre deduzioni difensive, di merito e non, ove queste ultime siano state prospettate in via prioritaria, e non subordinatamente alla questione di competenza¹³⁸. Ove, invece, sia stata formulata l'eccezione di carenza di competenza giurisdizionale in via principale, non è di pregiudizio alla posizione del convenuto l'articolazione di conclusioni di merito subordinate, pure se esse siano consistite anche in una domanda riconvenzionale¹³⁹.

In ogni caso, l'eccezione, qualora non preceda qualsiasi difesa nel merito, non deve essere posteriore all'atto considerato, dal diritto processuale nazionale, come la prima difesa rivolta al giudice adito¹⁴⁰.

venzionale con cui siano state introdotte quelle pretese, invocando una clausola di proroga della competenza giurisdizionale in favore del giudice straniero, pattuita ai sensi e nelle forme dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles, atteso che la suddetta iniziativa dinanzi al giudice italiano, ancorché accompagnata da un preannuncio di eccezione di difetto di giurisdizione in caso di successivo ampliamento del dibattito, implica proroga tacita della giurisdizione stessa, sull'intero rapporto a norma dell'art. 18 della citata Convenzione, con effetti prevalenti sull'indicata proroga pattizia.

¹³⁷ Cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 22 ottobre 1981 in causa n. 27/81, *Soc. Rohr c. Ossberger*, in *Foro it.*, 1982, IV, c. 216; del 31 marzo 1982 in causa n. 25/81, *W. c. H.*, in *Foro it.*, 1983, IV, c. 30 e del 14 luglio 1983 in causa n. 201/82, *Gerling Konzern Spezial Kreditversicherung A G c. Min. tesoro*, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 130.

¹³⁸ Così sent. Cass., Sez. un., del 1° febbraio 1999, n. 16, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 468; cfr. ancora Cass., sent. Sez. un., del 22 maggio 1998, n. 5145, in *Nuova giur. civ.*, 1998, I, 691 (con nota di G. CAMPEIS - A. DE PAULI, *I criteri per l'identificazione del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto fondanti la giurisdizione secondo le convenzioni di Bruxelles e di Lugano*), che, applicando l'omologa disposizione della Convenzione di Lugano, ha rilevato, nella specie, come il cittadino svizzero convenuto dinanzi al giudice nazionale, pur avendo diffusamente esposto, nella prima parte della comparsa di risposta, lo svolgimento dei fatti rilevanti ai fini del giudizio di merito, avesse pur sempre, nella seconda parte dell'atto, concernente la trattazione in diritto, eccepito in via preliminare il difetto di giurisdizione del giudice italiano, contestando, poi, solo successivamente, la fondatezza della domanda nel merito, con ciò impedendo il realizzarsi della fattispecie della proroga tacita della giurisdizione italiana, anche se l'eccezione di difetto di giurisdizione non risultava richiamata nelle conclusioni finali della comparsa, dovendo tale atto difensivo formare pur sempre oggetto di valutazione complessiva e non parziale.

¹³⁹ Arg. ex sent. Cass., del 17 giugno 1986, n. 4036, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, p. 559.

¹⁴⁰ La puntualizzazione è svolta dalla sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 1981 in causa n. 150/80, *Elefanten Schuh GmbH c. Jacqmain*, in *Foro it.*, 1982, IV, c. 217.

Una volta radicata la competenza giurisdizionale del giudice attraverso il meccanismo dell'art. 24 del regolamento, deve ritenersi lo stesso giudice dotato di competenza giurisdizionale per la domanda riconvenzionale che l'attore dispieghi nei limiti e secondo i canoni dell'art. 6, n. 3; una domanda riconvenzionale che invece si connotasse per addurre un *thema* esorbitante dall'ambito consentito non potrebbe non conferire all'attore la giuridica possibilità di contestare, ma nello stesso limitato modo fissato dall'art. 24, l'evenienza della competenza giurisdizionale¹⁴¹.

Quanto alla trattazione ed alla definizione della questione di competenza giurisdizionale, il giudice nazionale poi la effettuerà alla stregua del proprio ordinamento processuale. Infatti, l'art. 24 (come l'art. 18 della Convenzione di Bruxelles) non prevede un procedimento speciale necessariamente limitato alla soluzione, in via pregiudiziale, della questione di competenza giurisdizionale¹⁴².

4. Controllo della competenza giurisdizionale, litispendenza e connessione

Al giudice dello Stato membro che venga adito in forza della disciplina afferente allo spazio giudiziario europeo creato, in ambito civile e commerciale, dal sistema convenzionale richiamato e perfezionato dal regolamento incombe di verificare se sussista la propria competenza giurisdizionale. Egli potrà farlo, tuttavia, con un'intensità diversa a seconda del tipo di controversie sottoposto al suo esame e, poi, a seconda della posizione che il convenuto avrà assunto nel processo.

In primo luogo, quando venga dedotta in causa *principaliter* - e, dunque, non in via meramente incidentale - una domanda avente ad oggetto una delle controversie assoggettate alla competenza giurisdizionale esclusiva (come fissata all'art. 22) di giudice di un altro Stato membro, il giudice adito deve dichiarare la propria carenza di giurisdizione, quand'anche il convenuto si fosse costituito e nulla avesse osservato in merito alla questione di giurisdizione. La norma regolamentare che così dispone (ossia l'art. 25 il quale ripropone l'art. 19 della Convenzione) è del tutto coerente con il disposto relativo all'accordo processuale sulla competenza giurisdizionale prima illustrato che incontra un

¹⁴¹ In tale prospettiva la sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 1985 in causa n. 48/84, *cit. supra*, nota 136, ha stabilito che il giudice dello Stato contraente dinanzi al quale l'attore abbia accettato di discutere, senza eccepirne l'incompetenza, la domanda di compensazione basata su un contratto o su una situazione di fatto diversa da quello o da quella su cui si basano le pretese fatte valere e per la quale sia stata validamente pattuita ai sensi dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles l'attribuzione di competenza in favore dei giudici di un altro Stato contraente deve ritenersi competente in forza dell'art. 18 della Convenzione stessa.

¹⁴² Cfr. su questa tematica sent. Cass., del 17 febbraio 1990, n. 1172, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 993, secondo cui il giudice italiano che abbia riconosciuto la propria competenza, può ben procedere all'esame del merito secondo quanto stabilito dall'art. 189 c.p.c., e non è affatto tenuto ad iniziare una nuova fase istruttoria.

corrispondente limite per la sfera di competenza giurisdizionale esclusiva.

Per gli altri criteri di collegamento di competenza giurisdizionale stabiliti dal regolamento, il giudice dello Stato membro che si riconosca carente di competenza giurisdizionale alla loro stregua deve del pari dichiarare detta carenza e spogliarsi della cognizione della controversia se il convenuto non compare, ossia resti contumace (art. 26, par. 1).

Con riferimento ad entrambi i settori di rilevabilità ufficiosa, il giudice adito deve svolgere il controllo sulla sussistenza o meno della giurisdizione sulla base degli atti del processo, secondo le regole processuali applicabili innanzi a sé ed utilizzando i mezzi istruttori che il proprio ordinamento eventualmente gli consenta di acquisire. Come si è già ricordato a proposito della competenza esclusiva e come è espressamente previsto dall'art. 11 l. 31 maggio 1995, n. 218, per il caso del convenuto contumace, il rilievo può avvenire in ogni stato e grado del processo.

Quanto, invece, all'ipotesi in cui il convenuto si costituisca senza svolgere nella prima difesa ed in via principale l'eccezione di carenza di competenza giurisdizionale del giudice dello Stato membro adito in controversia che non riguardi le materie oggetto di competenza esclusiva, si radica la competenza giurisdizionale del giudice adito in virtù dell'accordo processuale tacito - *id est*, della preclusione - di cui all'art. 24 del regolamento.

Mette ancora conto sottolineare che, per il disposto del regolamento (così come anche quello della Convenzione), la questione di competenza giurisdizionale in causa non devoluta alla cognizione esclusiva di giudice di altro Stato membro esige che l'eccezione venga immediatamente e prioritariamente formulata¹⁴³.

Il carattere cruciale dell'accertamento della condizione di contumacia del convenuto fa sì che il legislatore comunitario abbia confermato la speciale disciplina di tutela della posizione del convenuto stesso stabilendo (al secondo comma dell'art. 26) che il giudice adito è tenuto a sospendere il processo fino a quando non sia accertato che al convenuto è stata data la possibilità di ricevere la domanda giudiziale o un atto equivalente in tempo utile per la presentazione delle proprie difese ovvero che è stato fatto tutto il possibile in tal senso.

Questa norma, contenente un necessario tasso di genericità nella misura in cui deve operare una sorta di *relatio* alle modalità minime previste dai vari ordinamenti per la verifica della rituale instaurazione del contraddittorio, era surrogata già in regime convenzionale dall'applicazione dell'art. 15 della

¹⁴³ Lo stesso principio è sostanzialmente stabilito dall'art. 4, primo comma, seconda parte, l. 31 maggio 1995, n. 218, in relazione a cui cfr. sent. C. App. Bologna, del 18 febbraio 1998, in *Giur. it.*, 1999, p. 295, per l'affermazione del principio secondo cui, sebbene non sia ancora scaduto il termine di cui all'art. 180, secondo comma, c.p.c., per proporre le eccezioni processuali e di merito non rilevabili di ufficio, deve ritenersi tardiva ex art. 4 *cit.* l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice italiano sollevata nella prima udienza di comparizione del convenuto che già si sia costituito tempestivamente difendendosi nel merito.

Convenzione dell'Aja del 15 novembre 1965 sulla notificazione e sulla comunicazione all'estero degli atti giudiziari ed extragiudiziari (in materia civile e commerciale), qualora l'atto introduttivo di lite esaminato fosse stato da trasmettere secondo le norme della suddetta Convenzione. Il regolamento, ora, pone quale fonte primaria da applicare, in luogo della disposizione di tutela del convenuto prima riportata, il complessivo disposto dell'art. 19 di un altro regolamento (Ce), quello n. 1348/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000, relativo alla notificazione negli Stati membri di atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale, quando sia stato necessario operare la formalità notificatoria alla stregua della sua disciplina. Soltanto in subordine - ossia per il caso di mancata applicazione del regolamento - vale il richiamo dell'art. 15 della Convenzione dell'Aja¹⁴⁴.

Circa, poi, l'istituto della litispendenza comunitaria (art. 27 del regolamento), esso è rimasto sostanzialmente invariato nel regolamento rispetto al regime previsto in Convenzione.

Con riferimento a domanda avente lo stesso oggetto e lo stesso titolo proposta in causa vertente tra le stesse parti, quando il giudice di uno Stato membro risulti adito successivamente rispetto all'avvenuta proposizione della stessa domanda al giudice di altro Stato membro: 1. il giudice adito posteriormente deve sospendere, anche d'ufficio, il procedimento fino a quando il giudice preventivamente adito non abbia accertato la sussistenza o meno della sua competenza giurisdizionale; 2. ove, poi, il giudice preventivamente adito accerti la sua competenza, il giudice successivamente adito dichiara la propria incompetenza a favore del primo. Soltanto nel caso in cui i due giudici aditi siano dotati di competenza esclusiva, quello successivamente adito deve rimettere la causa a quello precedentemente adito (senza attendere, dunque, la sua decisione sulla competenza).

La compiuta realizzazione di uno spazio giudiziario europeo deve essere necessariamente dotata di meccanismi processuali di coordinamento e razionalizzazione della pluralità di iniziative processuali aventi ad oggetto la medesima causa, al pari di quanto avviene all'interno di ciascun ordinamento nazionale, sia per ragioni di economia, sia soprattutto per ragioni connesse al perseguimento dell'obiettivo ultimo, ossia l'effettività del sistema giudiziario

¹⁴⁴ Si ricorda che il primo comma dell'art. 19 del regolamento n. 1348/2000 dispone (in modo sostanzialmente corrispondente al primo comma dell'art. 15 della Convenzione dell'Aja) che, quando un atto di citazione o un atto equivalente sia stato trasmesso ad un altro Stato membro per la notificazione o la comunicazione, secondo le disposizioni del presente regolamento, ed il convenuto non compare, il giudice è tenuto a soprassedere alla decisione fintanto che non si abbia la prova: *a.* o che l'atto è stato notificato o comunicato secondo le forme prescritte dalla legislazione dello Stato membro richiesto per la notificazione o la comunicazione degli atti redatti in tale Paese e destinati alle persone che si trovano sul suo territorio; *b.* oppure che l'atto è stato effettivamente consegnato al convenuto o nella sua residenza abituale secondo un'altra procedura prevista dal presente regolamento; e che, in ciascuna di tali (alternative) eventualità, sia la notificazione o comunicazione, sia la consegna si siano perfezionate in tempo utile perché il convenuto abbia avuto la possibilità di difendersi.

integrato, tale da precludere o rendere comunque residuale l'eventualità della prosecuzione in diversi Stati membri di procedure parallele e la conseguente emanazione di una pluralità di sentenze, semmai contrastanti fra loro, sulla stessa fattispecie sostanziale.

Il criterio fondamentale cui si è ispirato il legislatore comunitario per risolvere il concorso di procedimenti aventi ad oggetto cause identiche - anche se pendenti (deve ritenersi, stante il silenzio della disposizione) in gradi diversi - è (corrispondentemente al criterio adottato dall'ordinamento interno italiano: art. 39 c.p.c.) quello della prevenzione.

Peraltro, detto criterio non comporta l'esigenza di un'immediata declaratoria di litispendenza da parte del giudice prevenuto, bensì impone a quest'ultimo - ad eccezione del caso in cui si verte in tema di competenza esclusiva - di non esaminare la competenza del giudice preventivamente adito ma soltanto sospendere il procedimento qualora non dichiari la propria incompetenza¹⁴⁵. La giurisprudenza interna ha precisato che, in questo ambito, in realtà, viene in rilievo una questione di sospensione necessaria, non di giurisdizione da regolare, dovendo il giudice successivamente adito limitarsi a sospendere il giudizio fino all'accertamento definitivo della competenza giurisdizionale del giudice preventivamente adito¹⁴⁶. Anche in questo caso, parte della dottrina segnala comunque le peculiarità di questo tipo di sospensione e ne evidenzia il carattere autonomo e la natura diversa rispetto all'istituto di cui all'art. 295 c.p.c.¹⁴⁷.

In sostanza - a differenza di quanto stabilisce l'art. 7 l. 31 maggio 1995, n. 218, quando consente al giudice italiano di compiere per i casi di preveniente giurisdizione straniera una prognosi sulla concreta possibilità del (futuro) provvedimento giurisdizionale straniero di produrre effetto per l'ordinamento interno -, non sembra che altrettanto spazio abbia il giudice interno rispetto alla necessità di sospendere il procedimento prevenuto nella sfera di applicazione del regolamento.

Per quanto concerne l'ipotesi (di chiusura) in cui più giudici aditi risultino dotati di competenza giurisdizionale esclusiva in relazione alle domande loro proposte, come si è visto, il regolamento (all'art. 29) fissa nel criterio di prevenzione quello dirimente sicché il giudice successivamente adito deve

¹⁴⁵ Così la sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 1991 in causa n. C-351/89, *Soc. Overseas Union Insurance Ltd. c. Soc. New Hampshire Insurance co.*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 159, con riguardo all'interpretazione dell'art. 21 della Convenzione.

¹⁴⁶ Cfr. sent. Cass., Sez. un., 29 gennaio 2001, n. 37, in *Giur. it.*, 2001, p. 1603 (con nota di G. CANALE, *Litispendenza internazionale, comunitaria, domanda di sospensione e mezzi di impugnazione avverso il provvedimento negativo*); cfr. altresì sent. Cass., Sez. un., del 13 febbraio 1998, n. 1514, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1194, che ha stimato non proponibile alcuna questione di giurisdizione - nel caso concreto attinente alla presenza di una clausola compromissoria per arbitrato estero - poiché in tal modo si sarebbero vanificate sia la disciplina, sia la *ratio* del tessuto convenzionale, nella specie della Convenzione di Lugano.

¹⁴⁷ Cfr. A. CONVERSO, *La giurisdizione unica europea*, cit. *supra*, nota 17, p. 326-328.

rimettere la causa a quello preventivamente adito.

Si è prospettata una lettura dell'istituto della litispendenza comunitaria tale da inserire nella deroga al regime della sospensione - deroga espressa per il solo ambito relativo alla sola competenza esclusiva e per questa categoria desumibile anche dal principio di cui all'art. 19 del regolamento (corrispondente all'art. 25 della Convenzione), in base a cui il giudice adito che riconosca la competenza giurisdizionale esclusiva del giudice di altro Stato membro deve dichiarare d'ufficio la propria incompetenza - anche la sfera di alcune competenze protettive, ossia quelle in materia di contratti di assicurazione e di contratti di consumo, per il fatto che esse sono citate (al fianco della competenza esclusiva) dall'art. 35, par. 1, del regolamento per stabilire l'impossibilità del riconoscimento delle decisioni assunte in altro Stato membro in violazione dei relativi criteri: ciò, al fine di evitare incongruenze fra il momento di definizione della litispendenza e quello relativo al riconoscimento.

Però questa interpretazione non sembra trovare avallo nell'articolazione dell'istituto (come prevista dalla Convenzione e) confermata dal regolamento, data l'autonomia dei due momenti, quello della verifica della concreta procedibilità della domanda rispetto alla causa preveniente pendente innanzi ad altro Stato membro e quello della verifica delle condizioni di riconoscibilità della decisione assunta in altro Stato membro, (potendo pertanto verificarsi il caso in cui il giudice successivamente adito debba attendere la declaratoria di difetto di giurisdizione da parte del giudice di altro Stato membro per le sfere di competenza protettiva sopra indicate, oppure, ove quel giudice, dichiaratosi dotato di competenza, in effetti non lo fosse, di negare il riconoscimento alla relativa sentenza straniera e, poi, ove nuovamente adito, di dichiararsi stavolta titolare della competenza giurisdizionale).

Va, sotto altro aspetto, notato che la nozione di litispendenza adottata in sede comunitaria è alquanto estensiva (se ragguagliata all'elaborazione giuridica interna¹⁴⁸) al fine di rendere concreto il conseguimento della razionalizzazione della competenza giurisdizionale ed evitare, per quanto possibile, la parallela ed, a volte, contrapposta pendenza di più vertenze relative allo stesso rapporto giuridico in Stati membri diversi. Con riguardo all'art. 21 della Convenzione di Bruxelles, si è, di conseguenza, ritenuto che la nozione di litispendenza contempla il caso in cui una parte presenti ad un giudice di uno Stato contraente una domanda volta all'annullamento o alla risoluzione di un contratto di vendita internazionale mentre una domanda dell'altra parte volta all'esecuzione del medesimo contratto è pendente dinanzi ad un giudice di

¹⁴⁸ Del resto, si è puntualmente ammonito l'interprete a non inquadrare la nozione di litispendenza qui rilevante secondo gli schemi logico-giuridici del rito interno, in quanto il sistema processuale italiano si basa su categorie formali, mentre l'ordinamento comunitario fa del principio di effettività uno dei suoi perni essenziali: v. sull'argomento ancora A. CONVERSO, *La giurisdizione unica europea*, cit. *supra*, nota 17, p. 325.

altro Stato contraente¹⁴⁹. La giurisprudenza interna si è adeguata stabilendo che, ai fini del riscontro della litispendenza nell'ambito in questione non è necessaria l'identità formale delle domande, ma è sufficiente che esse derivino dallo stesso rapporto giuridico¹⁵⁰.

Approfondendo i dati salienti della fattispecie (come già disegnata dall'art. 21 della Convenzione), si è precisato che il titolo comprende i fatti e la norma giuridica addotta a fondamento della domanda e l'oggetto consiste nello scopo della domanda e si è tratto da tale assunto che la domanda volta ad ottenere che il convenuto venga dichiarato responsabile di un danno e condannato al risarcimento ha lo stesso titolo e lo stesso oggetto di una precedente domanda del medesimo convenuto volta ad ottenere l'accertamento negativo della sua responsabilità e, dunque, la declaratoria che egli non è responsabile del detto danno¹⁵¹.

Anche l'individuazione del requisito della identità delle parti ha sollecitato l'interpretazione della Corte comunitaria la quale ha ritenuto che, ai fini dell'applicazione della nozione di "stesse parti" (di cui all'art. 21 della Convenzione), un assicuratore e un assicurato devono essere considerati come una sola e medesima parte qualora i loro interessi coincidano a tal punto che una sentenza pronunciata nei confronti dell'uno avrebbe forza di giudicato nei confronti dell'altro; è stato, per contro, osservato che l'applicazione dell'istituto in esame non può avere la conseguenza di privare l'assicuratore e il suo assicurato, nel caso in cui i loro interessi siano divergenti, della possibilità di far valere in giudizio, nei confronti delle altre parti interessate, i loro rispettivi interessi¹⁵².

¹⁴⁹ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia dell'8 dicembre 1987 in causa n. 144/86, *Gubisch Maschinenfabrik Kg c. Palumbo*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 341; per una particolareggiata analisi del profilo oggettivo dei rapporti processuali sussumibili nell'ambito della problematica della litispendenza e della connessione nell'ambito convenzionale cfr. A. ATTARDI, *Litispendenza e oggetto del processo nella convenzione di Bruxelles*, in *Giur. it.*, 1995, IV, p. 249 e ss.

¹⁵⁰ Così sent. Cass., Sez. un., del 25 maggio 1999, n. 293, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 625; cfr. anche sent. Cass., Sez. un., del 15 ottobre 1992, n. 11262, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 93, la quale ha specificato che si ha litispendenza anche qualora con una delle domande sia proposta una pretesa accessoria, non mutando quest'ultima l'oggetto connotato dalla principale.

¹⁵¹ In tal senso v. la sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 1994 in causa n. C-406/92, *Tatry c. Maciej Rataj*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 929, la quale nel caso esaminato ha anche chiarito che una domanda successiva continua ad avere il medesimo oggetto e il medesimo titolo e ad opporre le stesse parti di una domanda precedente qualora la prima domanda, proposta dal proprietario di una nave dinanzi al giudice di uno Stato contraente, configuri un'azione *in personam* volta a far dichiarare la mancanza di responsabilità del detto proprietario relativamente all'allegato danneggiamento delle merci trasportate dalla sua nave, mentre la domanda successiva è stata proposta dal proprietario delle merci dinanzi al giudice di un altro Stato contraente mediante un'azione *in rem* relativa ad una nave oggetto di sequestro ed è stata poi seguita sia *in rem* sia *in personam*, ovvero unicamente *in personam*, a seconda delle distinzioni operate dal diritto nazionale di tale altro Stato contraente.

¹⁵² Alla luce di tale approdo, l'art. 21 *cit.* non è stato considerato applicabile al caso di due domande giudiziali di contributo alle avarie comuni, l'una contemplante la vertenza tra l'assicuratore della nave affondata ed il proprietario del carico che si trovava a bordo al momento del naufragio e il suo assicuratore, l'altra inerente alla causa fra questi due ultimi soggetti ed il proprietario della nave ed il noleggiatore, salva l'evenienza della dimostrazione che, rispetto all'oggetto delle due controversie, gli interessi dell'assicuratore della nave, da un lato, e quelli dei suoi assicurati - proprietario e noleggiatore della stessa

Il presupposto dell'identità di parti, poi, va valutato alla stregua del riscontro della loro presenza nei due procedimenti, a prescindere dalla loro posizione nei procedimenti stessi.

Quando le parti del secondo procedimento coincidano solo parzialmente con le parti del procedimento avviato in precedenza in un altro Stato contraente, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha concluso (con riguardo all'art. 21 della Convenzione) nel senso che al giudice successivamente adito è imposto di dichiarare la propria incompetenza solo qualora le parti nella causa dinanzi ad esso pendente siano altresì parti del procedimento avviato in precedenza, salva la possibilità della prosecuzione del procedimento fra le altre parti¹⁵³.

Un'innovazione di sicura rilevanza introdotta dal regolamento (all'art. 30) è la definizione autonoma del concetto di pendenza della lite, ossia l'individuazione del momento in cui il giudice può considerarsi adito e precisamente: 1. quando la domanda giudiziale o un atto equivalente sia depositato presso il giudice, a condizione che successivamente l'attore non abbia omissso di prendere tutte le misure a cui era tenuto affinché fosse effettuata la notificazione o comunicazione al convenuto; 2. quando l'autorità competente per la notificazione o per la comunicazione lo riceve, se l'atto introduttivo deve essere notificato o comunicato prima di essere depositato presso il giudice, a condizione che successivamente l'attore non abbia omissso di prendere tutte le misure a cui era tenuto affinché l'atto fosse depositato presso il giudice.

In precedenza, la mancanza di criteri autonomi siffatti nel testo convenzionale aveva fatto prevalere l'interpretazione del relativo disposto nel senso di considerare come preventivamente adita la giurisdizione davanti la quale si sono verificate, per la prima volta, le condizioni che permettono l'instaurarsi d'una litispendenza definitiva, secondo condizioni da valutarsi alla stregua della legge nazionale di ciascuna delle giurisdizioni interessate, essendosi valutato che questo metodo consente ad ogni giudice di stabilire con sufficiente certezza - in rapporto alla propria legge nazionale per quel che lo riguarda ed in rapporto alla legge nazionale di qualsiasi altro giudice adito per quel che riguarda quest'ultimo - la *consecutio* nel tempo di più domande¹⁵⁴. Il ché, nella vigenza di quel regime giuridico, non poteva non condurre a soluzioni diverse a seconda

nave -, dall'altro, siano identici e inscindibili: in questa prospettiva cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 19 maggio 1998 in causa n. C-351/96, *Drouot assurances S A*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3.

¹⁵³ Così la sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 1994 in causa n. C-406/92, *cit. supra*, nota 151.

¹⁵⁴ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 7 giugno 1984 in causa n. 129/83, *Zelger c. Salinitri*, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 3 (con nota di R. SCARPA, *Diritto processuale interno e convenzione di Bruxelles - Instaurazione della litispendenza*); così anche sent. Cass., Sez. un., del 12 ottobre 1990, n. 10014, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 956, la quale, applicando l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles, ha stabilito che le date in cui i giudici di Stati contraenti diversi sono stati aditi devono essere individuate sulla base delle rispettive leggi nazionali e quindi, per quanto concerne la Repubblica federale di Germania, con riferimento al giorno del deposito dell'atto introduttivo del giudizio, non a quello successivo della sua notificazione.

del criterio preso a base dello scrutinio¹⁵⁵, con le conseguenti contraddizioni riscontrabili nei casi concreti¹⁵⁶.

Il criterio di identificazione della pendenza della lite prescelto dal legislatore comunitario si segnala rispetto alle soluzioni sperimentate negli ordinamenti interni (l'art. 39, ultimo comma, c.p.c., con riguardo a quello italiano) perché non si limita ad individuare il discrimine rilevante con il mero perfezionamento della notificazione della citazione, per i procedimenti nei quali il contatto tra le parti è fissato in tempo antecedente al coinvolgimento del giudice (evento - notificazione della citazione - rispetto al quale la susseguente mancata iscrizione a ruolo o la costituzione delle parti non svolgono alcuna funzione), o con il mero perfezionamento del deposito del ricorso, per i procedimenti in cui l'attore abbia come primo suo onere quello di adire il giudice e soltanto successivamente debba instaurare, secondo i ritmi giudizialmente e legalmente imposti, il contraddittorio con l'avversario¹⁵⁷. L'opzione della fonte in esame si dirige verso l'adozione di criteri temperati allo scopo di porre su di un piano di parità i soggetti domiciliati nei vari Stati membri e di contenere il rischio di utilizzazioni distorte o di disguidi nell'applicazione degli stessi.

Infatti, con riguardo alla formalità del deposito dell'atto presso il giudice adito, la sua idoneità a determinare la pendenza della lite dipende dall'effettiva adozione da parte dell'onerato di tutte le misure necessarie alla sua concreta notificazione o comunicazione al convenuto: quindi, ogni ipotesi di mancata notificazione o di inesistenza della notificazione o di nullità della notificazione (se non se ne dimostri, ove mai possibile, la sua concreta inesigibilità) fa perdere all'interessato il beneficio della prevenzione.

Con riferimento, poi, alla notificazione o comunicazione dell'atto introduttivo da operarsi in via antecedente rispetto al contatto con l'ufficio giudiziario, la sua fissazione al momento della ricezione - non da parte del destinatario, bensì - dell'autorità notificante elide a vantaggio di chi promuove la notifica

¹⁵⁵ Si è ora citato il caso tedesco: cfr. P. LOMBARDI, *Prime riflessioni*, cit. *supra*, nota 36, p. 396, che ha provato a coniugarlo con la procedura civile belga in base a cui la pendenza della lite coincide con la data di iscrizione a ruolo della vertenza dopo la notificazione dell'atto introduttivo al convenuto, per segnalare che un cittadino tedesco, non appena raggiunto dalla notificazione della citazione a comparire innanzi al giudice del Belgio da parte di un attore belga, avrebbe potuto immediatamente neutralizzare l'evenienza della prevenzione in favore della causa promossa dall'avversario iniziando una controcausa innanzi al giudice del suo Stato nei confronti dell'altra parte e perfezionando la relativa pendenza della lite con il deposito del ricorso, quando presumibilmente l'avversario belga non aveva ancora potuto iscrivere a ruolo la controversia.

¹⁵⁶ Per l'esposizione di motivati rilievi sui difetti di questo modo di individuazione del concetto di pendenza della lite cfr. anche G. RAITI, *Evoluzione*, cit. *supra*, nota 10, p. 251-253.

¹⁵⁷ È notoriamente il caso del processo del lavoro nell'esperienza interna: cfr. sent. Cass., Sez. un., del 16 aprile 1992, n. 4676 e sent. Cass., Sez. un., dell'11 maggio 1992, n. 5597, entrambe in *Foro it.*, 1992, I, c. 2089, in base a cui, nelle relative controversie, la pendenza della lite si determina con il deposito del ricorso introduttivo nella cancelleria del giudice, instaurandosi in questo momento un rapporto tra due dei tre soggetti tra i quali si svolge il giudizio.

tutti i tempi, non dipendenti dalla sua attivazione, impiegati dall'ufficiale notificante per raggiungere la sfera del convenuto. Anche in questo caso, però, ove poi l'attore non adotti tutte le misure per far sì che l'atto notificato o comunicato sia depositato presso il giudice e, dunque, non si costituisca - e, probabilmente, anche nel caso in cui si costituisca in modo tardivo quando ciò provochi lo stato di quiescenza del procedimento -, la pendenza della lite non si determina in modo effettivo per l'interessato ai fini della prevenzione comunitaria¹⁵⁸.

L'instaurazione della lite, come ora prefigurata, conferma vieppiù la precedente linea interpretativa che aveva escluso la pendenza, ai fini qui rilevanti, in relazione al mero esperimento di procedimenti cautelari *ante causam* oppure all'instaurazione di fasi precontenziose facoltative.

Infine, è da osservare che la litispendenza non può che instaurarsi in rapporto alle domande effettivamente proposte dalle parti nelle varie sedi, mentre, nel caso in cui una parte formuli, in corso di processo, ulteriori domande in modo che risulti ammissibile per l'ordinamento regolatore della controversia, la pendenza della lite con riguardo a queste ulteriori domande si determina in tale successiva epoca.

Circa la disciplina della connessione, l'art. 28 del regolamento, ripropone (al par. 3) la nozione di causa connessa mutuata dalla Convenzione (art. 22). Le cause si considerano connesse quando abbiano tra loro un legame così stretto da "rendere opportuna" la loro trattazione e la loro decisione unificate allo scopo di evitare l'assunzione di soluzioni incompatibili, invece possibili se le cause fossero trattate in modo separato innanzi ai giudici di diversi Stati membri. Pure per tal ambito, come per la litispendenza, la relativa disciplina non riguarda infatti il caso in cui la connessione internazionale si verifichi tra lo Stato membro del domicilio del convenuto ed uno Stato terzo¹⁵⁹.

Trattasi, anche in tal caso, di una definizione autonoma e piuttosto ampia, che richiama l'omologa definizione ora adottata dal regolamento anche per la verifica del nesso fra le domande proposte nei confronti di più convenuti tale da

¹⁵⁸ Un rilievo al nuovo ed autonomo sistema comunitario di individuazione della pendenza della lite, pur nel quadro di una considerazione positiva della sua introduzione, viene mosso da G. RAITI, *Evoluzione*, cit. *supra*, nota 10, laddove segnala la genericità, forse eccessiva, con cui viene disegnata la condotta dell'attore dopo il suo primo atto di impulso (deposito o notificazione), genericità che, pur se indotta dall'esigenza di attagliare la fattispecie astratta alle variegate discipline nazionali, rischierebbe di provocare nuove incertezze applicative nei singoli ordinamenti, salvo che venga accompagnata da una corrispondente disciplina attuativa interna; anche G. SABONE, *Regolamento (Ce) n. 44/2001*, cit. *supra*, nota 37, p. 1107, esprime la preoccupazione che la norma, siccome costituisce l'esito di un processo formativo eccessivamente compromissorio, possa introdurre nel sistema nuovi elementi di incertezza.

¹⁵⁹ Già l'omologo art. 22 della Convenzione di Bruxelles è stato ritenuto applicabile soltanto quando azioni connesse siano esperite dinanzi ai giudici di due o più Stati contraenti: cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 1981 in causa n. 150/80, cit. *supra*, nota 140; v. anche *Court of appeal*, Gran Bretagna, sentenza del 19 dicembre 1990, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 815, secondo cui gli artt. 21 e 22 della Convenzione non riguardano il caso in cui la litispendenza o la connessione internazionale si verifichi tra lo Stato contraente del domicilio del convenuto ed uno Stato non contraente.

giustificare il corrispondente cumulo soggettivo (art. 6, n. 1). Del resto, la giurisprudenza comunitaria ha avuto occasione di chiarire che della nozione di connessione (come al tempo esposta dal ricordato art. 22 della Convenzione) va data un'interpretazione autonoma e che detta interpretazione deve essere effettuata in senso ampio, senza limitarsi al presidio avverso la possibile pronuncia di decisioni in contrasto per gli effetti ostativi al riconoscimento di esse (ai sensi dell'art. 27, n. 3, della Convenzione, corrispondente all'art. 34, n. 3, del regolamento), bensì comprendendo tutti i casi in cui si configuri il rischio di soluzioni contrastanti, anche qualora le pronunce possano essere eseguite separatamente e i loro effetti giuridici non si escludano reciprocamente¹⁶⁰.

Quando si verifica la pendenza innanzi a giudici di diversi Stati membri di cause connesse, si determina, innanzi tutto, la condizione affinché il giudice successivamente adito può sospendere il procedimento: in questo caso, al giudice è conferito quindi il potere (non il dovere) di sospendere la causa successivamente radicata ed egli, nel decidere se farlo o meno, dovrà esercitare il suo prudente apprezzamento circa la formulazione delle ragioni che hanno determinato la contemporanea pendenza delle due cause connesse e della prognosi di influenza dell'esito della prima sull'esito della causa prevenuta innanzi a lui pendente.

Il regolamento (art. 28, par. 1) ha ampliato lo spettro applicativo di questa ipotesi rispetto all'omologa (art. 22, par. 1) disposizione convenzionale, perché non richiede più che entrambe le vertenze siano pendenti in primo grado.

Nel concorso di determinati presupposti, poi, il giudice successivamente adito può pervenire - immediatamente - alla declaratoria della propria incompetenza giurisdizionale (art. 28, par. 2).

I presupposti sono: 1. se le cause connesse siano (stavolta, sì) pendenti in primo grado; 2. sia stata formulata istanza in tal senso ad opera di una delle parti; 3. il giudice della causa preveniente risulti titolare di competenza giurisdizionale a conoscere delle domande proposte (ossia quelle connotanti la causa connessa e successivamente intrapresa); 4. la legge processuale applicabile innanzi al giudice della causa preveniente consenta la riunione dei procedimenti.

Anche in tal caso è contemplato l'esercizio di un potere in certa misura discrezionale del giudice successivamente adito affinché egli pervenga sempre che sussistano gli indicati presupposti alla declaratoria della sua incompetenza giurisdizionale.

¹⁶⁰ Così, in particolare, la sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 1994 in causa n. C-406/92, *loc. cit.*, la quale ne ha tratto la conclusione secondo cui - affinché l'azione proposta in uno Stato contraente da un certo gruppo di proprietari di merci contro il proprietario di una nave al fine del risarcimento di un danno causato ad una parte del carico trasportato alla rinfusa nell'ambito di contratti distinti ma identici sia definibile come connessa all'azione di danni proposta in un altro Stato contraente avverso lo stesso proprietario della nave dai proprietari di un'altra parte del carico, trasportata nelle stesse condizioni e nell'ambito di contratti distinti ma identici a quelli conclusi fra il primo gruppo e il proprietario della nave - è sufficiente che la loro istruzione e decisione separate comportino il rischio di pronunzie contrastanti, senza che sia necessario che si configuri il rischio di conseguenze giuridiche che si escludono reciprocamente.

Di conseguenza, va condiviso l'orientamento della giurisprudenza interna che in merito agli istituti della sospensione e della declaratoria di incompetenza, come già disciplinati dall'art. 22 della Convenzione di Bruxelles, ha ritenuto che essi formino oggetto, non di un obbligo (come è invece quello previsto dall'articolo precedente per il caso di litispendenza), ma di una facoltà discrezionale, il cui mancato esercizio, pertanto, non può sindacarsi in sede di legittimità¹⁶¹.

Come è agevole trarre dal raffronto fra l'ipotesi di concentrazione processuale di cui all'art. 6, n. 1, che consente di radicare *ex ante* il foro competente per le diverse cause connesse innanzi allo stesso giudice, e quella della connessione fra le cause già pendenti innanzi a giudici di diversi Stati membri, di cui all'art. 28, quest'ultima disposizione (al pari dell'art. 22 della Convenzione di Bruxelles, pur con la rilevata diversità inerente ai presupposti della sospensione), lungi dal determinare *ex se* la competenza del giudice di uno Stato membro a statuire su una domanda connessa ad altra proposta dinanzi a lui a norma del regolamento, si limita a porre una norma di coordinamento, prevedendo che il giudice successivamente adito possa (par. 1) sospendere il procedimento o, in taluni casi (par. 2), spogliarsi di esso, sempre però sul presupposto che già sussista la competenza giurisdizionale sull'intera materia del contendere in capo al giudice della causa connessa preventivamente adito¹⁶².

Il regolamento non ha disciplinato il provvedimento con cui il giudice a tanto tenuto chiude la causa innanzi a sé nei casi sopra enumerati, né se ed in qual modo, laddove il giudice di uno Stato membro dichiara la propria incompetenza giurisdizionale in favore del giudice di altro Stato membro, gli effetti degli atti processuali assunti possano essere conservati.

Non risulta, almeno per via esplicita, prevista la possibilità della *translatio iudicii*. Si è conseguentemente prospettata¹⁶³ l'esigenza che sia il giudice infine investito della competenza della causa a verificare, alla stregua della sua *lex fori*, se e quale forza conservativa degli effetti dell'originaria domanda possano dispiegarsi.

¹⁶¹ V. sent. Cass., Sez. un., del 26 novembre 1990, n. 11363, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 107.

¹⁶² Evidenzia tale punto ord. Cass., Sez. un., del 24 aprile 2002, n. 6040, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1997, in un caso di applicazione del criterio di proroga della competenza quando precisa, in applicazione dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles, laddove consente alle parti di un rapporto giuridico - almeno una delle quali domiciliata nel territorio di uno degli Stati contraenti - di accordarsi per attribuire al giudice di uno degli Stati contraenti la competenza esclusiva a decidere le controversie derivanti da tale rapporto, che, nel caso in cui una società avente sede in Italia convenga in giudizio una società con sede in Germania, promuovendo nei suoi confronti un'azione contrattuale di accertamento dell'illegittimità del recesso dal contratto di distribuzione commerciale e la condanna al risarcimento del danno, la controversia appartiene alla giurisdizione del giudice tedesco se le parti abbiano espressamente indicato nel contratto stesso quello di Berlino come foro competente per entrambe le parti del giudizio, senza che la pendenza in Italia, tra le stesse parti, di una causa connessa - nella specie, di responsabilità extracontrattuale da concorrenza sleale - possa comportare deroga alcuna alla giurisdizione prorogata come sopra individuata.

¹⁶³ Da parte di S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit. *supra*, nota 8, p. 183-185.

L'ordinamento processuale italiano, in particolare, conosce, almeno in modo testuale, la *translatio* con riferimento alla riassunzione che segue alla declaratoria di incompetenza in senso proprio (art. 50 c.p.c.), non con riferimento alla riattivazione del processo in sede interna dopo che sia stata accertata la carenza di giurisdizione dell'autorità giudiziaria di altro Stato. È anche vero però che l'integrazione dei sistemi processuali appartenenti allo spazio giudiziario europeo - rispetto a cui, per molti aspetti, risulta progressivamente attenuata la differenza fra giurisdizione e competenza - esige, per il suo migliore compimento, la previsione degli opportuni meccanismi processuali di garanzia propri della *translatio*. Quel che, tuttavia, resta da approfondire è se tale approdo possa essere raggiunto per via interpretativa e, se per tale via, possa puntarsi anche su altre disposizioni vigenti¹⁶⁴, oppure se non occorran invece ulteriori modificazioni ordinamentali al fine di pervenire al risultato prefigurato¹⁶⁵.

Vincenzo Siani**

¹⁶⁴ A. CONVERSO, *La giurisdizione unica europea*, cit. supra, nota 17, p. 334-335, ritiene che, in caso di litispendenza e/o connessione comunitaria, il giudice successivamente adito debba emettere, cessato lo stato di sospensione ed occorrendo, una vera e propria declaratoria di incompetenza, mentre, nel caso di conflitto fra competenze esclusive, trattandosi di giudici entrambi competenti, il giudice successivamente adito debba adottare una pronunzia di *translatio iudicii*, adottando lo strumento dell'ordinanza, a mente dell'art. 131, secondo comma, c.p.c.

¹⁶⁵ Per un interessante, e non recente, tentativo giurisprudenziale favorevole alla tesi affermativa in *subiecta materia* cfr. sent. C. App. Genova, del 5 febbraio 1983, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, p. 875, secondo cui, avendo la Convenzione di Bruxelles effetto integrativo degli ordinamenti nazionali nell'area della sua operatività, gli artt. 21-23 della stessa implicano deroga alla disposizione di cui all'art. 3 c.p.c., al tempo vigente, per la quale la giurisdizione italiana non è esclusa dalla pendenza, davanti a un giudice straniero, di causa medesima o connessa, con la conseguenza che la promozione dell'azione innanzi a un giudice di uno Stato contraente è stata considerata idonea a produrre l'effetto impeditivo della decadenza previsto dall'art. 3 n. 6 della Convenzione di Bruxelles del 25 agosto 1924 sulla polizza di carico, anche qualora detto giudice sia risultato giurisdizionalmente incompetente, purché dopo la declinatoria di competenza pronunciata dal giudice straniero la causa sia stata riassunta nei termini previsti dal codice di procedura civile davanti al giudice italiano competente; di seguito, sent. Cass., del 18 giugno 1987, n. 5357, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 204, trattando in sede di legittimità lo stesso caso di specie, ha confermato l'approdo di merito, specificando nella motivazione che l'effetto impeditivo della decadenza, direttamente previsto dall'art. 3, n. 6, quarto comma, della Convenzione di Bruxelles del 25 agosto 1924 sulla polizza di carico, resa esecutiva con rdl 6 gennaio 1928, n. 1958, conv. in l. 19 luglio 1929, n. 1638, e provocato dalla domanda giudiziale diretta a far valere la responsabilità del vettore italiano proposta di fronte a giudice straniero privo di competenza giurisdizionale, non viene meno qualora il vettore venga poi citato in Italia davanti al giudice competente, ma sempre che l'azione venga riproposta tempestivamente, ossia nel termine di sei mesi dalla pronuncia declinatoria della giurisdizione: e, ciò, in base all'art. 50 c.p.c., ritenuto applicabile all'ipotesi, testualmente non prevista, della pronuncia declinatoria della giurisdizione straniera, in modo da attivare, alle stesse condizioni stabilite dall'ordinamento interno, il principio di conservazione degli effetti sostanziali della domanda che abbia instaurato un rapporto processuale inidoneo, per ragioni diverse dalla validità del rapporto stesso, a conseguire una pronunzia di merito.

** Magistrato.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZA E COMMENTI

INGRESSO AI MUSEI: CONTRASTANO CON IL DIRITTO COMUNITARIO LE AGEVOLAZIONI TARIFFARIE RISERVATE AI SOLI CITTADINI ITALIANI RESIDENTI

Corte di giustizia

Sentenza del 16 gennaio 2003 in causa n. C-388/01*

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento - Artt. 12 e 49 CE - Libera prestazione di servizi - Divieto di discriminazione - Ingresso ai musei, monumenti, gallerie, scavi di antichità, parchi e giardini monumentali pubblici - Tariffe preferenziali per i cittadini residenti - Violazione.

Riservando agevolazioni tariffarie discriminatorie per l'ingresso ai musei, monumenti, gallerie, scavi archeologici, parchi e giardini monumentali pubblici, concesse da enti locali o decentrati dello Stato unicamente ai cittadini italiani o alle persone residenti nel territorio dei detti enti locali che gestiscono i beni culturali di cui trattasi di età superiore ai sessanta o ai sessantacinque anni, ed escludendo da tali agevolazioni i turisti cittadini di altri Stati membri o i non residenti che soddisfano le stesse condizioni oggettive di età, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi degli artt. 12 CE e 49 CE.

* In *Raccolta*, 2003, I, p. 721. In argomento v. *infra*, p. 539, il commento di SALVATORE D'ACUNTO.

(*Omissis*) **In diritto**

Sul ricorso

12. La Corte ha già stabilito che una normativa nazionale relativa all'ingresso nei musei di uno Stato membro che comporta una discriminazione a danno unicamente dei turisti stranieri è vietata, per i cittadini degli altri Stati membri, dagli artt. 7 e 59 del Trattato CEE (divenuti rispettivamente artt. 6 e 59 del Trattato CE, a loro volta divenuti, in seguito a modifica, artt. 12 CE e 49 CE) (sentenza del 15 marzo 1994 in causa n. C-45/93, *Commissione c. Spagna*, *Raccolta*, I, p. 911).

13. Risulta del pari dalla giurisprudenza della Corte (v., in particolare, sentenza del 5 dicembre 1989 in causa n. C-3/88, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, p. 4035, punto 8) che il principio di parità di trattamento, del quale l'art. 49 CE è specifica espressione, vieta non soltanto le discriminazioni palesi basate sulla cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, produca, in pratica, lo stesso risultato.

14. Ciò avviene, in particolare, nel caso di una misura che preveda una distinzione basata sul criterio della residenza, in quanto quest'ultimo rischia di operare principalmente a danno dei cittadini di altri Stati membri, considerato che il più delle volte i non residenti sono cittadini di altri Stati membri (v., in particolare, sentenza del 29 aprile 1999 in causa n. C-224/97, *Ciola*, in *Raccolta*, I, p. 2517, punto 14). A tale riguardo è irrilevante che la misura controversa riguardi, eventualmente, tanto i cittadini italiani residenti nelle altre parti del territorio nazionale quanto i cittadini degli altri Stati membri. Perché una misura possa essere qualificata come discriminatoria non è necessario che abbia l'effetto di favorire tutti i cittadini nazionali o di discriminare soltanto i cittadini degli altri Stati membri esclusi i cittadini nazionali (v., in tal senso, in particolare sentenza del 6 giugno 2000 in causa n. C-281/98, *Angonese*, in *Raccolta*, I, p. 4139, punto 41).

15. Nella fattispecie è pacifico che l'ingresso gratuito ai musei, monumenti, gallerie, scavi archeologici, parchi e giardini monumentali pubblici, concesso da enti locali o decentrati dello Stato, è riservato unicamente ai cittadini italiani o ai residenti nel territorio degli enti locali che gestiscono il museo o il monumento pubblico di cui trattasi, segnatamente allorché sono di età superiore ai sessanta o ai sessantacinque anni, cosicché sono esclusi dal vantaggio dell'ingresso gratuito i turisti cittadini di altri Stati membri o i non residenti che soddisfano le stesse condizioni oggettive di età.

16. Il Governo italiano, infatti, non contesta il fatto che le modifiche apportate dal decreto n. 375 all'art. 4 del decreto n. 507, al fine di estendere ai cittadini di tutti gli Stati membri il beneficio delle agevolazioni tariffarie controverse, non riguardano i musei né gli altri monumenti gestiti dagli enti locali e decentrati dello Stato.

17. La Commissione riconosce che il decreto n. 375 ha eliminato l'inadempimento dedotto per quanto riguarda i musei e i monumenti gestiti dallo Stato e ricorda che il presente ricorso attiene esclusivamente ai regolamenti tariffari applicabili ai musei e ai monumenti gestiti dagli enti locali e decentrati dello Stato.

18. La Repubblica italiana prospetta tuttavia diversi motivi d'interesse generale per giustificare le agevolazioni tariffarie controverse. Da un lato, tenuto conto dei

costi derivanti dalla gestione dei beni culturali, l'ingresso gratuito a questi ultimi non può prescindere da considerazioni di ordine economico. Dall'altro, il trattamento di favore riservato ai cittadini italiani o a taluni residenti sarebbe giustificato da motivi di coerenza del sistema fiscale, in quanto tali agevolazioni costituirebbero il corrispettivo del pagamento delle imposte mediante le quali tali cittadini o residenti partecipano alla gestione dei siti considerati.

19. Anzitutto, per quanto attiene al fatto che le agevolazioni tariffarie controversie prevedono una distinzione basata sul criterio della cittadinanza, occorre ricordare che tali agevolazioni sono compatibili con il diritto comunitario solo se possono rientrare in una disposizione espressa di deroga, quale l'art. 46 CE, cui fa rinvio l'art. 55 CE, vale a dire l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica. Obiettivi di natura economica non possono costituire motivi di ordine pubblico ai sensi dell'art. 46 CE (v., in particolare, sentenza del 14 novembre 1995 in causa n. C-484/93, *Svensson e Gustavsson*, in *Raccolta*, I, p. 3955, punto 15).

20. Di conseguenza, dal momento che né la necessità di preservare la coerenza del regime fiscale né le considerazioni di ordine economico avanzate dal Governo italiano rientrano tra le eccezioni ammesse dall'art. 46 CE, le agevolazioni tariffarie controverse, in quanto riservate ai soli cittadini italiani, sono incompatibili con il diritto comunitario.

21. Inoltre, per quanto attiene al fatto che tali agevolazioni tariffarie prevedono una distinzione basata sul criterio della residenza, occorre esaminare se le giustificazioni sulle quali si fonda il Governo italiano costituiscano ragioni imperative di interesse generale atte a giustificare tali agevolazioni.

22. In primo luogo, riguardo ai motivi di natura economica addotti dal Governo italiano, è sufficiente ricordare che essi non possono essere ammessi, in quanto obiettivi di natura puramente economica non possono costituire ragioni imperative di interesse generale idonee a giustificare una limitazione di una libertà fondamentale garantita dal Trattato (v., in particolare, sentenza del 6 giugno 2000 in causa n. C-35/98, *Verkooijen*, in *Raccolta*, I, p. 4071, punto 48).

23. In secondo luogo, riguardo alla necessità di preservare la coerenza del regime fiscale, che nella sentenza del 28 gennaio 1992 in causa n. C-204/90, *Bachmann* (in *Raccolta*, I, p. 249), è stata riconosciuta idonea a giustificare disposizioni atte a limitare le libertà fondamentali garantite dal Trattato, occorre ricordare che nelle controversie che hanno dato luogo alla sentenza *Bachmann*, cit., nonché alla sentenza di pari data nella causa n. C-300/90, *Commissione c. Belgio* (in *Raccolta*, I, p. 305), esisteva un nesso diretto tra la deducibilità dei contributi, da un lato, e l'assoggettamento ad imposta delle somme dovute da assicuratori in esecuzione dei contratti di assicurazione contro i rischi di vecchiaia e morte, dall'altro, nesso che occorreva preservare al fine di salvaguardare la coerenza del sistema fiscale interessato (v., in proposito, in particolare sentenze *Svensson e Gustavsson*, cit., punto 18; del 27 giugno 1996 in causa n. C-107/94, *Asscher*, in *Raccolta*, I, p. 3089, punto 58; del 16 luglio 1998 in causa n. C-264/96, *ICI*, in *Raccolta*, I, p. 4695, punto 29, e del 28 ottobre 1999 in causa n. C-55/98, *Vestergaard*, in *Raccolta*, I, p. 7641, punto 24).

24. Orbene, nella fattispecie, non esiste alcun nesso diretto di tal genere tra una qualsiasi imposizione, da un lato, e l'applicazione di tariffe preferenziali per l'ingres-

so ai musei e ai monumenti pubblici di cui trattasi nel ricorso per inadempimento, dall'altro, tanto più che il beneficio delle agevolazioni tariffarie controverse dipende dalla residenza dell'interessato nel territorio dell'ente locale che gestisce il museo o il monumento pubblico considerato, ad esclusione delle altre persone residenti in Italia anche esse soggette, in quanto tali, ad imposta in tale Stato membro.

25. Pertanto le agevolazioni tariffarie controverse, in quanto riservate unicamente a coloro che risiedono nel territorio degli enti locali che gestiscono il museo o il monumento pubblico di cui trattasi, sono del pari incompatibili con il diritto comunitario.

26. Il Governo italiano sostiene infine che i regolamenti che hanno istituito le agevolazioni tariffarie controverse esulano dalla sua competenza. Tali regolamenti infatti riguarderebbero musei o altri siti espositivi gestiti da enti locali, laddove, ai sensi dell'art. 47 del decreto presidenziale 24 luglio 1977, n. 616 (*Guri* n. 234 del 29 agosto 1977, *suppl. ord.*, III, p. 3), «tutti i servizi e le attività riguardanti l'esistenza, la conservazione, il funzionamento, il pubblico godimento e lo sviluppo dei musei, delle raccolte di interesse artistico, storico e bibliografico, (...) appartenenti alla regione o ad altri enti anche non territoriali sottoposti alla sua vigilanza, o comunque di interesse locale» rientrerebbero nella competenza esclusiva delle regioni.

27. In proposito è sufficiente ricordare che gli Stati membri non possono richiamarsi a situazioni del loro ordinamento interno per giustificare l'inosservanza degli obblighi derivanti dal diritto comunitario. Sebbene ogni Stato membro sia libero di ripartire come crede opportuno le competenze normative sul piano interno, tuttavia a norma dell'art. 226 CE esso resta il solo responsabile, nei confronti della Comunità, del rispetto di tali obblighi (v., in particolare, sentenza del 13 dicembre 1991 in causa n. C-33/90, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, I, p. 5987, punto 24).

28. Tenuto conto delle precedenti considerazioni, si deve constatare che, riservando agevolazioni tariffarie discriminatorie per l'ingresso ai musei, monumenti, gallerie, scavi archeologici, parchi e giardini monumentali pubblici, concesse da enti locali o decentrati dello Stato unicamente ai cittadini italiani o alle persone residenti nel territorio dell'ente locale che gestisce l'impianto culturale di cui trattasi di età superiore ai sessanta o ai sessantacinque anni, ed escludendo da tali agevolazioni i turisti cittadini di altri Stati membri o i non residenti che soddisfino le stesse condizioni oggettive di età, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi degli artt. 12 CE e 49 CE.

(*Omissis*)

SENTENZA "MUSEI ITALIANI": UN FRENO COMUNITARIO ALLE PREFERENZE LOCALI

Sommario: *Introduzione - 1. Il problema e le diverse posizioni - 2. La decisione della Corte - a. Discriminazioni tariffarie in musei italiani non statali ma di competenza regionale - b. Portata discriminatoria di una preferenza per i residenti locali - 3. Implicazioni giuridiche - 4. Implicazioni pratiche - 5. Cenni conclusivi.*

Introduzione

Capita frequentemente d'imbattersi in situazioni in cui i residenti di uno Stato, di una regione o di un comune godono di accesso gratuito o di riduzioni per l'ingresso a monumenti, eventi culturali, piscine e centri termali, impianti di risalita in montagna oppure beneficiano di tariffe privilegiate per l'uso di un mezzo di trasporto pubblico.

Questa pratica, che, in passato, ha sollevato quesiti e soprattutto proteste, è stata, di recente, riconosciuta apertamente come contraria al Trattato CE e più particolarmente al principio fondamentale della libera circolazione dei servizi in seno al mercato interno.

La vicenda ha interessato direttamente l'Italia. Il 16 gennaio scorso, infatti, cioè lo stesso giorno in cui è stato condannato per la propria normativa sul cioccolato, il nostro Paese ha incassato un'altra censura da parte della Corte di giustizia, a causa delle riduzioni tariffarie riservate a particolari categorie di visitatori per l'accesso ai musei di alcune città¹.

¹ Sentenza del 16 gennaio 2003 in causa n. C-388/01, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 721.

La sentenza è stata pronunciata al termine di una causa intentata dalla Commissione contro l'Italia, il cui esito non poteva essere dato per scontato alla vigilia, visto che verteva su una questione di agevolazioni accordate non solo in funzione della cittadinanza (il che risulterebbe in palese contrasto col principio di non discriminazione in base alla nazionalità di cui all'art. 12 del Trattato CE) ma pure in virtù del criterio - in apparenza più neutro ed inoffensivo - della residenza in una determinata città. Ebbene, la Corte ha sanzionato anche questo secondo tipo di preferenza, per quanto di portata locale e quindi più circoscritta.

Al di là del Paese interessato e della vicenda incriminata, si tratta di una sentenza "pilota", densa di riflessi futuri su vasta scala. Questa pronuncia, in effetti, rischia, in avvenire, di travolgere una serie di situazioni discriminatorie dello stesso stampo che sono riscontrabili in molteplici Stati dell'Unione europea, in ambiti tra i più diversificati della nostra vita quotidiana, e che finora hanno beneficiato di una presunzione di legittimità in nome, più che altro, della loro estesa diffusione e di una pratica inveterata nel tempo.

1. Il problema e le diverse posizioni

In sintesi, la Commissione, avviando fin dal 1999, sotto la spinta di numerosi reclami di cittadini comunitari, una procedura d'infrazione ex art. 226 del Trattato CE nei confronti dell'Italia, ha contestato il fatto che delle agevolazioni tariffarie per l'ingresso in musei e in luoghi monumentali di quattro città italiane fossero concesse da enti locali o da organi decentrati dello Stato esclusivamente ai cittadini italiani o alle persone residenti nel territorio di detti enti, di età superiore ai sessanta o sessantacinque anni². Si trovavano quindi esclusi da tale beneficio non solo i turisti di altri Stati membri ma anche gli stessi cittadini italiani non-residenti che pur soddisfacessero alle stesse condizioni oggettive di età. La Commissione ha imputato all'Italia la violazione congiunta degli artt. 12 e 49 del Trattato, che contemplano, rispettivamente, il principio generale di non discriminazione in base alla nazionalità e il divieto di ostacoli - e segnatamente di discriminazioni - nell'ambito specifico della libera circolazione (e ricezione³) dei servizi.

² Si tratta di Venezia, Treviso, Padova e Firenze. L'accesso riguardava il Palazzo dei Dogi a Venezia, i musei municipali di queste città nonché una serie di «monumenti, gallerie, scavi archeologici, parchi e giardini monumentali pubblici». Discriminazioni a favore di cittadini italiani erano state riscontrate a Venezia e Treviso mentre agevolazioni in base alla residenza locale a Venezia, Firenze e Padova.

³ L'invocabilità della libera circolazione dei servizi da parte dei destinatari e non solo dei prestatori è stata sancita, al di là della lettera del Trattato (che non ne parla), dalla giurisprudenza della Corte di giustizia fin dalla sentenza *Luisi e Carbone* del 31 gennaio 1984 in cause riunite n. 286/82 e n. 26/83, in *Raccolta*, 1984, p. 377 e, poi, sistematicamente ribadita anche in tempi recenti in

La linea difensiva del Governo italiano, da un lato, ha mirato a prendere le distanze dal comportamento degli enti locali, adducendo il fatto di aver rimosso, come peraltro riconosciuto dalla stessa Commissione, le tariffe discriminatorie praticate dai musei statali nei confronti dei turisti non italiani; dall'altro, ha eccepito ragioni tanto economiche quanto di coerenza del sistema fiscale per giustificare le riduzioni per i residenti locali. Con particolare riferimento a quest'ultima motivazione, le autorità italiane hanno sostenuto che simili agevolazioni costituirebbero il corrispettivo del pagamento delle imposte mediante le quali tali residenti partecipano alla gestione dei siti considerati.

Nelle sue conclusioni, l'Avvocato Generale ha anticipato i termini della sentenza della Corte, riconoscendo la fondatezza delle tesi della Commissione e puntando il dito essenzialmente sull'assenza del nesso causale «necessario secondo la giurisprudenza» tra il vantaggio riservato solo ad alcune persone ed il loro contributo al gettito fiscale.

2. La decisione della Corte

Nel suo giudizio finale, la Corte, in sostanza, ha posto l'accento su due aspetti che qualificano la responsabilità dello Stato italiano: *a.* la responsabilità oggettiva di quest'ultimo anche per fatti imputabili direttamente agli enti locali e *b.* la portata comunque discriminatoria di una preferenza pur semplicemente legata alla residenza locale.

a. Discriminazioni tariffarie in musei italiani non statali ma di competenza regionale

Il Governo italiano ha tentato di sottrarsi al giudizio della Corte eccependo che i regolamenti che hanno istituito le agevolazioni tariffarie controverse esulano dalla sua competenza e rientrano in quella regionale, di tipo peraltro esclusivo, su musei o altri siti espositivi gestiti da enti locali⁴.

diversi ambiti (cfr., per esempio, sentenze *De Coster* del 29 novembre 2001 in causa n. C-17/00, in *Raccolta*, 2001, I, p. 9445 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 81, in materia di uso di antenne paraboliche per la captazione di segnali televisivi via satellite, e *Muller-Forêt* del 13 maggio 2003 in causa n. C-385/99, relativa alle modalità del rimborso di trattamenti di tipo medico ricevuti a livello transfrontaliero. In una precedente sentenza sui musei in Spagna (cfr. *infra*, nota 6), la Corte ha pure affermato che la libera circolazione dei servizi comprende la libertà dei destinatari di servizi, non solo di recarsi in un altro Stato membro e di accedere a prestazioni «ma altresì tutte le agevolazioni connesse che incidono sulle condizioni di prestazione e di fruizione di detti servizi» (punto 5), aggiungendo, peraltro, che vi è «uno stretto vincolo tra la libertà di circolazione che essi ricevono dal trattato e le condizioni di accesso ai musei» (punto 6).

⁴ Ai sensi dell'art. 47 del dpr n. 616 del 24 luglio 1977, in *Guri* n. 234 del 29 agosto 1977, *suppl. ord.*

Secondo giurisprudenza consolidata, la Corte ha respinto simili motivazioni attinenti all'ordinamento interno di un Paese per giustificare l'inosservanza degli obblighi di diritto comunitario. La facoltà e la piena ed incontestata discrezionalità di uno Stato nel ripartire come meglio ritenga le competenze normative sul piano interno non lo sottrae, infatti, alla sua posizione di unico responsabile, nei confronti della Comunità, del rispetto di tali obblighi⁵.

b. *Portata discriminatoria di una preferenza per i residenti locali*

Dopo aver ricordato che, nella sentenza del 1994 contro la Spagna in materia di accesso ai musei⁶, essa aveva già stabilito che una discriminazione fondata direttamente sulla nazionalità, cioè a danno dei soli stranieri, è contraria al principio di non discriminazione iscritto agli artt. 12 e 49 del Trattato, la Corte si è successivamente soffermata sull'aspetto più innovativo ed originale della vicenda: quello del trattamento privilegiato legato alla residenza in talune località e, quindi, a favore soltanto di alcuni connazionali e non di tutti. A tale proposito, la Corte ha chiarito espressamente che «è irrilevante che la misura controversa riguardi, eventualmente, tanto i cittadini italiani residenti nelle altre parti del territorio nazionale quanto i cittadini degli altri Stati membri. Perché una misura possa essere qualificata come discriminatoria non è necessario che abbia l'effetto di favorire tutti i cittadini nazionali o di discriminare soltanto i cittadini degli altri Stati membri esclusi i cittadini nazionali» (punto 14).

Muovendosi in quest'ottica, la Corte ha quindi respinto le seguenti argomentazioni italiane:

- anzitutto le supposte ragioni economiche (in considerazione dei «costi derivanti dalla gestione dei beni culturali»), ribadendo il concetto della Commissione secondo cui «obiettivi di natura puramente economica non possono costituire ragioni imperative di interesse generale idonee a giustificare una limitazione di una libertà fondamentale garantita dal Trattato» (punto 22);
- e, poi, l'obiettivo della garanzia della coerenza fiscale, in quanto «nella fattispecie, non esiste alcun nesso diretto di tal genere tra una qualsiasi impo-

⁵ In tema di responsabilità dello Stato, è interessante ricordare quanto precisato dalla Corte nella sentenza *Konle* del 1° giugno 1999 in causa n. C-302/97, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3099: «Spetta a ciascuno degli Stati membri accertarsi che i singoli ottengano un risarcimento del danno loro causato dall'inosservanza del diritto comunitario, a prescindere dalla pubblica autorità che ha commesso tale violazione e a prescindere da quella cui, in linea di principio, incombe, ai sensi della legge dello Stato membro interessato, l'onere di tale risarcimento. Uno Stato membro non può pertanto far valere la ripartizione delle competenze e delle responsabilità tra gli enti locali esistenti nel proprio ordinamento giuridico interno per sottrarsi alla propria responsabilità al riguardo. Fatto salvo ciò, il diritto comunitario non impone agli Stati membri alcuna modifica della ripartizione delle competenze e delle responsabilità tra gli enti pubblici territoriali esistenti nel loro territorio» (punti 62 e 63).

⁶ Sentenza del 15 marzo 1994 in causa n. C-45/93, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 911.

sizione, da un lato, e l'applicazione di tariffe preferenziali per l'ingresso ai musei e ai monumenti pubblici di cui trattasi nel ricorso per inadempimento, dall'altro». L'argomento della coerenza fiscale appare agli occhi della Corte tanto più debole in quanto «il beneficio delle agevolazioni tariffarie controverse dipende dalla residenza dell'interessato nel territorio dell'ente locale che gestisce il museo o il monumento pubblico considerato, ad esclusione delle altre persone residenti in Italia anche esse soggette, in quanto tali, ad imposta in tale Stato membro» (punto 24). Il sistema italiano, insomma, così come presentato in giudizio, mancherebbe proprio di coerenza, in quanto, da una parte, imporrebbe degli oneri fiscali a tutti i residenti nella penisola, senza distinzione, dall'altra, restituirebbe, attraverso le agevolazioni nei musei, talune forme di benefici solo ad alcuni.

Queste prese di posizione da parte delle Corti meritano alcune riflessioni per le interessanti ripercussioni che presentano da un punto di vista tecnico-giuridico, sul piano dell'interpretazione del diritto comunitario, ma, forse ancor di più, per le innumerevoli implicazioni di tipo pratico per la vita di tutti i giorni del cittadino europeo.

3. Implicazioni giuridiche

In primo luogo, con questa sentenza, dopo quella sulle "fiere"⁷, riemerge ancora una volta, prepotentemente, la questione della responsabilità diretta ed oggettiva dello Stato, sul piano delle regole comunitarie, per comportamenti imputabili a poteri locali e di cui questi sono principalmente o finanche esclusivamente competenti e responsabili nell'ambito dell'ordinamento costituzionale interno: una questione, evidentemente, di strettissima attualità nell'ambito delle discussioni e delle iniziative in corso per l'attuazione della riforma del titolo V della Costituzione decisa nel 2001 nonché per una sua ulteriore revisione, e che ribadisce l'importanza della dimensione comunitaria nel dibattito sul federalismo.

Inoltre, sempre da un punto di vista tecnico-giuridico, la sentenza sembra segnare un chiaro orientamento della Corte a distinguere: da una parte, le discriminazioni *dirette*, cioè fondate sulla cittadinanza, le quali possono essere ammesse esclusivamente per una delle tre ragioni contemplate all'art. 46 del Trattato CE (ordine, sicurezza e salute pubblici); dall'altra, le discriminazioni fondate su altri criteri, tra i quali, per l'appunto, quello della residenza locale.

⁷ Sentenza del 15 gennaio 2002 in causa n. C-439/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 305 e in questa *Rivista*, 2002, p. 261 con commento di S. D'ACUNTO, *La sentenza della Corte di giustizia contro l'Italia in materia di "fiere": un dossier complesso e tuttora aperto*, p. 269.

Nella sua pronuncia, in effetti, la Corte sembra ricondurre questo secondo tipo di discriminazioni (*indirette* o dissimulate) nella categoria delle cosiddette «restrizioni indistintamente applicabili» che, come noto, possono essere giustificate, in linea di principio (ma non nella fattispecie, come visto), in virtù non solo delle tre finalità citate di cui all'art. 46, ma anche di altri motivi imperativi di interesse generale (tra le quali la coerenza del sistema fiscale).

Ebbene, crediamo che da questa sentenza sui musei italiani, che ammette che si possa verificare la giustificabilità della discriminazione indiretta in oggetto (tariffe differenziate in funzione della residenza locale) alla luce di motivazioni che esulano dall'art. 46 (quali la coerenza fiscale invocata dal Governo italiano), non si possa trarre la conclusione generale che, quindi, tutte le discriminazioni diverse da quelle dettate dalla nazionalità possano essere sistematicamente esaminate e accettate per ragioni diverse da quelle di cui all'art. 46.

Simile considerazione deriva dalla constatazione che, in questa causa sui musei, si parla di una discriminazione legata sì alla residenza ma, per l'appunto, non su scala nazionale bensì locale. Orbene, appare difficile, sia da un punto di vista logico che giuridico, trattare alla stessa stregua, da un lato, situazioni in cui si opera una distinzione tra tutti i residenti sull'intero territorio nazionale e, dall'altro, ipotesi in cui un vantaggio (come per i musei) è circoscritto ai soli residenti locali: mentre, infatti, nel primo caso, l'elemento discriminatorio, coprendo tutto il territorio di un Paese, tende a coincidere in pratica con il criterio della cittadinanza, al contrario, nel secondo, la discrepanza tra l'aspetto territoriale (locale e quindi molto parziale) e quello (integralmente) nazionale è ben più marcata, almeno sul piano quantitativo. Per cui, mentre una discriminazione fondata sulla residenza sull'intero territorio di uno Stato finisce con il giovare essenzialmente ai nazionali (e quindi è assimilabile ad una discriminazione diretta), al contrario, un beneficio per i soli residenti di una città crea una categoria di privilegiati molto specifica, accomunando, di fatto, tutti gli altri connazionali con gli stranieri, a prescindere da ogni connotato di nazionalità. Si può parlare, insomma, nella fattispecie, di una forma di discriminazione meno grave.

Per di più, nella sentenza sui musei è in ballo una norma riguardante dei destinatari di servizi in quanto persone fisiche (i visitatori dei musei) e non dei prestatori di servizi. Mentre una disparità che colpisce un destinatario di servizi riguarda una prestazione particolare e ha quindi un impatto micro-economico relativamente contenuto, al contrario, una discriminazione in base al luogo di residenza (cioè di stabilimento) di un'impresa ha ripercussioni praticamente illimitate su quest'ultima, in quanto si ripercuote non solo su una singola prestazione ma (potenzialmente) su tutte le operazioni che tale impresa volesse offrire nel Paese autore del provvedimento e quindi su una parte cospicua o addirittura sull'intera sua attività economica. Partendo dal

presupposto che una discriminazione in base alla residenza locale abbia effetti economici individuali meno gravi se applicata nei confronti di un turista (destinatario di servizi) piuttosto che di un'impresa (fornitrice di servizi), si potrebbe allora spiegare la logica di ammettere, solo nel primo caso, un regime (quello delle restrizioni indistintamente applicabili) che consente maggiori giustificazioni⁸.

Di conseguenza, giungere alla conclusione, partendo da questa sentenza sui musei, che, in tutti i casi, un trattamento differenziato degli operatori in funzione del loro luogo di residenza (o di stabilimento) possa essere giustificato per ragioni ulteriori rispetto alle tre restrittivamente previste all'art. 46 non sembra corretto e pare, tra l'altro, contraddire il disposto di altre sentenze della Corte che hanno, per converso, assimilato discriminazioni in base alla cittadinanza con quelle fondate sul luogo di residenza (o di stabilimento). In tali casi, discriminazioni dirette e indirette sono trattate dalla Corte allo stesso modo, al contrario della sentenza sui musei italiani. Si possono al riguardo citare la sentenza *Svensson*⁹ o meglio ancora *Ciola*, le cui affermazioni e spiegazioni apportate dalla Corte sembrano particolarmente rilevanti all'uopo: «Se la limitazione del numero dei posti barca attribuibili a proprietari di imbarcazioni non residenti non si basa sulla cittadinanza di questi ultimi - e non può quindi considerarsi una discriminazione diretta -, essa si basa però, come criterio di distinzione, sul luogo della loro residenza. Ora, secondo una giurisprudenza costante, una normativa nazionale la quale preveda una distinzione basata sul criterio della 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 [...]. Normative nazionali che non si applicano indistintamente alle prestazioni di servizi, indipendentemente dal luogo di residenza del loro beneficiario, e che pertanto sono discriminatorie, sono compatibili con il diritto comunitario solo se possono rientrare in una deroga espressamente contemplata, come quella di cui all'art. 56 del Trattato CE»; peraltro «scopi di natura economica non possono costituire motivi di

⁸ D'altra parte, si potrebbe obiettare che se è vero che, a prima vista, da un punto di vista quantitativo, le cifre sull'impatto di un trattamento discriminatorio ai danni rispettivamente di un'impresa o di un turista non sono paragonabili in termini assoluti, in quanto risultano evidentemente molto più elevate per la prima che per il secondo, ciò nondimeno non va sottovalutato il fatto che una proliferazione di *ticket* (per esempio, in una città turistica per eccellenza) possono tradursi in un aggravio considerevole, nell'ordine delle centinaia di euro, per una famiglia, soprattutto se numerosa, per la visita di tutti i musei e monumenti soggetti ad un simile provvedimento. Al punto da indurre questa famiglia, e, chissà, altre come lei, a non rimettere più piede in una simile città!

⁹ Sentenza *Svensson* del 14 novembre 1995 in causa n. C-484/93, punto 15, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3955) e annotata in questa *Rivista*, 1996, p. 130: «Infatti, come rilevato al punto 12, la normativa considerata implica una discriminazione in ragione dello stabilimento. Orbene, una siffatta discriminazione può giustificarsi solo con i motivi di interesse generale menzionati nell'art. 56, n. 1, del Trattato al quale l'art. 66 fa rinvio e tra i quali non figurano motivi di natura economica».

ordine pubblico ai sensi dello stesso articolo»¹⁰.

In definitiva, sembrerebbe, alla luce della sentenza sui musei italiani, che non tutte le discriminazioni indirette applicate nei confronti di destinatari di servizi siano uguali: quelle fondate sulla residenza nazionale (in uno Stato) sarebbero assimilate a quelle dirette (cioè in base alla nazionalità) mentre quelle legate alla residenza locale (in una città) risulterebbero più simili a restrizioni indistintamente applicabili.

4. Implicazioni pratiche

Al di là delle interpretazioni tecniche di alcuni passi della sentenza, resta il fatto che, sul piano delle applicazioni quotidiane, la sentenza sui musei sembra accreditarsi come una di quelle pronunce giurisprudenziali di diritto comunitario destinate a contare in futuro e soprattutto ad essere invocate di frequente da cittadini comunitari che dovessero sentirsi "discriminati", in quanto non residenti, quando desiderino acquistare titoli di ingresso per molteplici manifestazioni e siti e, in generale, quando decidano di usufruire di servizi offerti al pubblico.

Lungi beninteso da ogni pretesa di esaustività, l'esperienza sia professionale che privata offre esempi a profusione di tariffe più elevate per cittadini non residenti locali: in caso di partecipazione a manifestazioni sportive (in particolare maratone cittadine) o ad eventi culturali; in occasione della visita di monumenti, chiese e siti archeologici; per l'accesso ad infrastrutture sportive (piscine di quartiere od impianti di risalita per lo sci) o a parchi di divertimento; per l'iscrizione a corsi di lingua o di formazione; ecc.

Un capitolo a parte riguarda, poi, tutte le forme di vantaggi riservati agli autoctoni in materia di trasporto¹¹: si va dai biglietti ridotti per l'uso di mezzi pubblici di autobus, metro e treni dentro e fuori una città o per i collegamenti

¹⁰ Sentenza *Ciola* del 29 aprile 1999 in causa n. C-224/97, punti 14 e 16, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2517 e in questa *Rivista*, 1999, p. 721 con nota di E. ADOBATI, *Provvedimenti amministrativi e primato del diritto comunitario*, p. 727 e commento di R. ROSSOLINI, *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo alla luce della sentenza della Corte di giustizia sul caso Ciola*, p. 729.

¹¹ Se è vero che i servizi di trasporto sono coperti, in virtù dell'art. 51 del Trattato CE, non dagli artt. 49 ss. ma dal titolo specifico che li riguarda (artt. 70 ss.), è altresì innegabile che il principio di non discriminazione in base all'art. 12 trova piena applicazione in materia di trasporti. Come infatti precisato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Peralta* del 14 luglio 1994 in causa n. C-379/92, punto 14, in *Raccolta*, 1994, I, p. 3453, le disposizioni del titolo del Trattato dedicato specificatamente ai trasporti non escludono che questi, in tutte le loro modalità, restino soggetti ai principi generali del Trattato e in particolare - c'è da arguire - al principio di non discriminazione. Per di più, il diritto alla parità di trattamento del destinatario di servizi, cioè dell'utente, non sembra possa essere subordinata, in virtù dell'art. 51 CE, ad un atto di diritto secondario, anche perché il titolo specifico del Trattato sui trasporti ha vocazione a definire le modalità della «prestazione» delle varie forme di trasporto da parte degli operatori piuttosto che i diritti dei passeggeri ad avvalersene.

via mare con le isole limitrofe o via aerea per talune regioni, al pedaggio gratuito o a condizioni preferenziali per l'attraversamento di un ponte da parte di coloro che dispongono di un veicolo immatricolato in una zona collegata dal ponte stesso; dal parcheggio riservato o a tariffe preferenziali per le sole persone del luogo all'imposizione di un *ticket* o addirittura alla chiusura totale al traffico per coloro che non siano residenti in un quartiere o in una zona urbana¹².

Riconducibili ad una simile tipologia di misura, sono anche le varie forme di tassa o di *ticket* di accesso, che sono imposte, talora da amministrazioni comunali, nei confronti di turisti o, più in generale, di tutti i non residenti locali per il semplice fatto di mettere piede anche solo per qualche ora in un'isola, un paesino, un monumento particolare (per esempio, una chiesa famosa), una località termale¹³.

È chiaro che la sentenza della Corte non ha come effetto di rendere *ipso facto* illegittimo ai sensi del Trattato di Roma tutte queste forme di provvedimenti.

Tuttavia, il principio e quindi la presunzione di una loro inammissibilità sono stati sanciti. Partendo da tale presupposto, incomberà di volta in volta a chi intende introdurre o mantenere un vantaggio a favore dei locali giustificcarlo in nome di un interesse superiore sufficientemente qualificato e rilevante, dimostrando altresì che non si tratta di un'agevolazione eccessiva.

Già ad una prima lettura delle misure succitate, ci si può chiedere, ad esempio, se non sia inaccettabile riservare ai soli residenti di un territorio alcune tariffe agevolate e se non sarebbe preferibile prevedere formule (che prescindono dal domicilio) di abbonamenti o di fidelizzazione per chi debba o decida di fare un uso intensivo di un mezzo di collegamento con una destinazione particolare (diciamo, un'isola) per un determinato periodo, quale che ne sia la ragione: di residenza, di turismo, motivi di puro piacere, familiari, professionali o personali.

Analogamente, si deve tener presente che, in talune occasioni, allo scopo di assicurare il versamento del *ticket* di ingresso e di permanenza in una località, le autorità arrivano perfino ad imporre misure amministrative di accompagnamento e di controllo, quali la registrazione all'entrata ed all'uscita,

¹² È curioso notare che ci sono anche situazioni (molto più rare) in cui il meccanismo di favore gioca al contrario, per cui sono i residenti di una zona ad essere penalizzati, a vantaggio degli esterni: è il caso, ad esempio, di alcuni aeroporti secondari che, allo scopo di attirare nuovi passeggeri, offrono delle condizioni agevolate o la gratuità del parcheggio nell'area dell'aeroporto stesso alle sole macchine di coloro che non vivano nella regione.

¹³ Gli organi di stampa hanno riferito in questi ultimi tempi di una crescente diffusione di tali pratiche tariffarie da parte di amministrazioni locali, non tanto per stroncare o per porre un freno all'invasione di turisti in certi periodi dell'anno (il che andrebbe a scapito dell'economia locale) quanto piuttosto come forme di compensazione per il fatto di godere di bellezze od atmosfere del luogo e, soprattutto, a titolo di contributo all'equilibrio dei conti locali.

con tutti i disagi in termini di ricerche, file, attese, perdite di tempo e simili: come dire, per giustificare (e garantire) una misura di per sé già di dubbia liceità, si mette mano a provvedimenti ancora più gravi, cioè a controlli sugli stessi movimenti delle persone che sembrano rimandare a secoli addietro, con buona pace dell'idea di libera circolazione nel mercato interno¹⁴.

Inoltre, ammesso anche che un trattamento diversificato possa essere dettato da ragioni oggettive e fondate, difficilmente queste s'identificano con la residenza in una città o in una zona. Talora, si invocano, ad esempio, le maggiori spese postali o bancarie per le iscrizioni dei non residenti ad una manifestazione sportiva: ciò lascia perplessi sul piano della logica, considerato che, in realtà, le tariffe postali sono le stesse per le consegne interregionali ed europee e visto che alcuni partecipanti, non locali, hanno la ventura d'isciversi personalmente, *in loco*, senza intermediazioni di sorta. Per di più, se sussistono delle spese aggiuntive per partecipanti "distanti", dovute al trasporto, alla posta o a transazioni intervenute, è in funzione di tali criteri e non della residenza che una disparità di trattamento potrà essere oggettivamente giustificata, peraltro nella misura esattamente corrispondente a tali oneri supplementari effettivi e non oltre, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Infine, c'è anche da considerare che una nozione generale come quella di residenza si presta a molteplici interpretazioni ed è quindi suscettibile di ingenerare conseguenze ingiuste o comunque incomprensibili. Se il mezzo pubblico è offerto gratuitamente al pensionato residente tutto l'anno in una data città perché negarlo al pensionato che vi trascorra solo una parte dell'anno (situazione frequente, al giorno d'oggi) e che pure si trova a versare alla stessa amministrazione municipale le dovute imposte locali? Se pur non lo si volesse trattare come un perfetto residente, quanto meno non dovrebbe essere trattato come qualunque altro esterno.

Bisogna poi tener conto di un ulteriore aspetto, suggerito dalla Corte anche in altre sentenze: quello cioè del nesso diretto e necessario tra il *favor* per gli indigeni e l'obiettivo dichiarato. In altri termini, tale obiettivo (essenzialmente fiscale) sarebbe realmente compromesso se il vantaggio in questione, anziché essere riservato ai soli locali (*rectius*: ad una categoria specifica di residenti locali: per esempio, coloro che superino una certa fascia di età come nella causa sui musei italiani), fosse esteso a tutti i cittadini comunitari (beninteso della stessa categoria)? È una prova contraria (supplementare) che incombe alle autorità nazionali competenti apportare con argomenti e dati sufficienti e che, di

¹⁴ Il caso del *ticket* a carico di visitatori che vengano ospitati gratuitamente (per esempio presso parenti ed amici) in una città termale tedesca con annessi controlli è stato citato nell'interrogazione n. 399/2003 del parlamentare europeo, on. von Wogau. L'interrogazione parla di un obbligo, per tali visitatori, di registrarsi entro il giorno successivo al loro arrivo e di comunicare la loro partenza entro l'ultimo giorno del loro soggiorno, corrispondendo la «tassa di pernottamento» per tutto il periodo di permanenza.

primo acchito, non appare di palmare evidenza, tanto più che, come già chiarito dalla Corte, uno Stato non può limitarsi ad argomentazioni generiche ma deve invocare giustificazioni «con la precisazione necessaria» per consentire di valutarne la fondatezza, la necessità e la proporzionalità¹⁵.

Ci si rende facilmente conto, insomma, di come la tendenza a ricorrere a forme di discriminazioni fondate sulla residenza locale, all'apparenza meno gravi di quelle in base alla nazionalità, sia in realtà carica di un potenziale di divisioni e anche di polemiche in un contesto, quale il mercato interno, volto invece a ridurre le differenze e le disparità di trattamento, e possono suscitare risentimenti a catena e una spirale perversa di rivendicazioni e di ritorsioni a colpi di privilegi esclusivi, da far valere contro "gli altri", in nome di un patrimonio locale non da condividere ma da sfruttare in modo esclusivo.

Il rischio, colto dalle istituzioni comunitarie intervenute, è insomma che, anche in questo modo, si possa contribuire a scoraggiare la libera circolazione e quindi l'idea stessa d'integrazione intra-comunitaria. Non a caso, nella citata sentenza sui musei spagnoli del 1994, la Corte ha paventato che «una discriminazione nel settore dell'accesso ai musei possa avere conseguenze sulle condizioni di prestazione dei servizi, nonché sui loro prezzi, e possa pertanto influenzare la decisione di talune persone di visitare il paese»¹⁶.

5. Cenni conclusivi

Questa sentenza sui musei italiani fa (finalmente) chiarezza su una questione suscettibile di diverse interpretazioni: nulla escludeva *a priori* che la Corte potesse decidere che non si trattava di vera e propria discriminazione o addirittura che non sussistesse alcuna violazione del Trattato. Essa, invece, segna un nuovo passo in avanti, oltre che sotto l'aspetto meramente tecnico-giuridico, anche da un punto di vista più politico, secondo un'ispirazione di tipo federalista.

Al di là di qualche dubbio ancora non del tutto dissipato (in particolare, se ed in che misura il regime applicabile alla categoria delle discriminazioni dirette si estenda anche a quelle basate sul luogo di residenza del destinatario di servizi, a seconda che il concetto di residenza si riferisca al territorio di uno Stato o di una città), la sentenza produce un effetto positivo in termini chiari: il fatto che soltanto talune categorie di cittadini nazionali siano avvantaggiate

¹⁵ Cfr. a tale riguarda la sentenza "fiere", *cit. supra*, nota 7, punto 33: «Anche se non è escluso che possano esistere motivi di interesse generale idonei a giustificare restrizioni di tal genere [in materia di organizzazione di fiere], il governo italiano non ne ha invocato alcuno con la precisione necessaria per consentire alla Corte di valutarne l'eventuale valore e di verificare se siano soddisfatte le condizioni di necessità e di proporzionalità».

¹⁶ Cfr. sentenza *cit. supra*, nota 6, punto 7.

rispetto ad altre ha comunque vocazione a sollevare problemi di diritto comunitario e a porsi in contrasto coi principi della parità di trattamento e di libera circolazione dei servizi ex art. 49 del Trattato, salvo dimostrazione contraria (circostanziata) da parte delle autorità dello Stato interessato, cui incombe l'onore di provare che simili preferenze sono giustificate, anche nel dosaggio, in quanto funzione (diretta e necessaria) di un'imposta locale e che, senza di esse, verrebbe messo a repentaglio l'equilibrio di bilancio di un comune.

Non si può, per esempio, non rilevare la stranezza di riservare un miglior trattamento ai soli residenti, ma non a coloro che siano originari o amanti di un luogo e che possano sentirsi altrettanto, se non più legati a tale realtà di persone che invece vi sono, per ipotesi, appena arrivate o che, a dispetto dell'iscrizione formale nei registri comunali, non se ne sentono intimamente parte integrante.

Più in generale, c'è da sottolineare che il permanere di criteri di puro favoritismo per i locali, ancor prima che contraria giuridicamente ai principi del mercato interno, sembra costituire il portato di una visione formalmente localistica, che non può più trovare cittadinanza in una cultura, beninteso, non tanto unica quanto di appartenenza comune ad uno spazio ricco di infinite diversità e senza più frontiere interne, siano esse nazionali, regionali o sinanco locali.

Salvatore D'Acunto*

* Amministratore presso la Commissione europea (Direzione generale mercato interno). Le opinioni espresse impegnano solo l'Autore.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

IL TRIBUNALE ANNULLA LE DECISIONI DELLA COMMISSIONE CHE AVEVANO REVOCATO LE AUTORIZZAZIONI D'IMMISSIONE IN COMMERCIO DI MEDICINALI ANTI-OBESITÀ E LA CORTE CONFERMA L'ANNULLAMENTO

I.

Tribunale di primo grado

Sentenza del 26 novembre 2002 in cause riunite n. T-74/00, n. T-76/00, da n. T-83/00 a n. T-85/00, n. T-132/00, n. T-137/00 e n. T-141/00

Artegodan GmbH, Bruno Farmaceutici SpA e a., Schuck GmbH, Laboratórios Roussel Lda, Laboratoires Roussel Diamant SARL e a., Gerot Pharmazeutika GmbH, Cambridge Healthcare Supplies Ltd, Laboratoires pharmaceutiques Trenker SA, c. Commissione delle Comunità europee

Art. 230 CE - Annullamento delle decisioni della Commissione del 9 marzo 2000 concernenti la revoca delle autorizzazioni di immissione in commercio dei medicinali per la cura dell'obesità - Procedure arbitrali comunitarie - Revoca delle autorizzazioni per l'immissione in commercio - Competenza - Criteri di revoca - Anoressizzanti: amfepramone, clobenzorex, fenproporex, norpseudoefedrina, fentermina - Direttive n. 65/65/Cee e n. 75/319/Cee - Tutela della salute - Rapporto rischi benefici - Principio di precauzione.

Il principio di precauzione impone (...) di sospendere o di revocare un'AIC (autorizzazione all'immissione in commercio) in presenza di nuovi dati che suscitano seri dubbi circa la sicurezza o l'efficacia del medicinale di cui trattasi, quando tali dubbi portino a un giudizio sfavorevole del rapporto rischi/benefici di tale medicinale (...). In tale contesto, l'autorità competente

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

può limitarsi a fornire, conformemente al regime comune di prova, indizi seri e concludenti i quali, senza eliminare l'incertezza scientifica, consentano ragionevolmente di dubitare dell'innocuità e/o dell'efficacia del medicinale¹.

(...) La semplice evoluzione di un criterio scientifico, o, più concretamente, delle buone pratiche cliniche - cioè delle pratiche terapeutiche riconosciute come le più adeguate alla luce delle attuali conoscenze scientifiche - quand'anche fosse fondata su un «consenso» della comunità medica, non può giustificare, di per sé, la revoca di un'AIC di un medicinale, ai sensi dell'art. 11 della direttiva n. 65/65/Cee, se essa non si basa su dati scientifici nuovi o informazioni nuove (...)².

Le decisioni della Commissione del 9 dicembre 1996 [C(2000) 452, C(2000) 453 e C(2000) 608] sono annullate nella parte in cui riguardano i medicinali commercializzati dalle ricorrenti³.

II.

Corte di giustizia

Sentenza del 24 luglio 2003 in causa n. C-39/03 P

Commissione delle Comunità europee c. Artégodan GmbH e altri

Art. 230 CE - Ricorso contro una pronuncia del Tribunale di primo grado - Direttive n. 65/65/Cee e n. 75/319/Cee - Medicinali per la cura dell'obesità - Anoressizzanti: amfepramone, clobenzorex, fenproporex, norpseudoefedrina, fentermina - Revoca di un'autorizzazione all'immissione in commercio - Competenza della Commissione - Condizioni di revoca - Conferma dell'annullamento.

(...) L'art. 15 bis della direttiva n. 75/319/Cee non poteva servire da fondamento normativo alle decisioni controverse⁴.

(...) Si deve constatare che con ragione il Tribunale ha dichiarato che la Commissione era incompetente ad adottare le decisioni controverse e che queste ultime dovevano pertanto essere annullate. Il ricorso è respinto⁵.

¹⁻⁵ Le società ricorrenti sono tutte titolari dell'autorizzazione all'immissione in commercio - AIC -, di medicinali contenenti particolari sostanze anoressizzanti anfetaminiche che, agendo a livello del sistema nervoso centrale, vengono utilizzati per la cura dell'obesità.

Il 9 marzo 2000, la Commissione ha adottato, in forza dell'art. 15 bis della direttiva del Consiglio del 20 maggio 1975, n. 75/319/Cee, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative relative alle specialità medicinali (in *Guce* n. L 147 del 1975, p. 13, come da ultimo modificata), tre decisioni concernenti la revoca delle AIC dei medicinali per uso umano che contengono le sostanze anoressizzanti di cui sopra.

Ognuna di tali decisioni prevedeva che la Commissione ordinasse agli Stati membri di revocare le autorizzazioni nazionali di immissione in commercio di cui all'art. 3, primo comma, della direttiva n. 65/65/Cee (in *Guce* n. 22 del 1965, p. 369), che si riferiscono ai medicinali in questione. Tali decisioni sono state motivate sulla base delle conclusioni scientifiche, elaborate dal *Committee for Proprietary Medicinal Products*, - CPMP - del 31 agosto 1999 secondo il quale le sostanze di cui trattasi sarebbero divenute inefficaci in seguito all'elaborazione di un nuovo criterio scientifico dell'efficacia a lungo termine dei medicinali per la cura dell'obesità.

Si precisa che la direttiva n. 75/319/Cee prevede un'apposita procedura di mutuo riconoscimento delle AIC nazionali accompagnata da procedure arbitrali comunitarie. Tale direttiva prevede espressamente il deferimento al CPMP dell'Agenzia europea di valutazione dei medicinali, ai fini dell'applicazione della procedura di cui all'art. 13, qualora uno Stato membro ritenga, nell'ambito della procedura di mutuo riconoscimento, che vi siano fondati motivi di presumere che l'autorizzazione del medicinale interessato presenti un rischio per la salute.

In seguito alle decisioni, le AIC dei medicinali in questione sono state sospese o revocate dalle competenti autorità nazionali e le società farmaceutiche produttrici dei medicinali hanno proposto un ricorso al Tribunale di primo grado per l'annullamento della decisione della Commissione del 9 marzo 2000.

Sul motivo relativo all'incompetenza della Commissione ad adottare le decisioni impugnate, le ricorrenti ritengono che le AIC dei medicinali devono ritenersi puramente nazionali e l'art. 15 *bis* della direttiva n. 75/319/Cee non fornisce il fondamento giuridico necessario per adottare tali decisioni. La disposizione permetterebbe, infatti, ad uno Stato membro di avviare la procedura decisionale comunitaria prevista agli artt. 13 e 14 della direttiva n. 75/319/Cee solamente con riferimento alle autorizzazioni rilasciate conformemente alle disposizioni della direttiva: «Se uno Stato membro ritiene necessario, per la tutela della sanità pubblica, modificare le condizioni di un'autorizzazione all'immissione in commercio (...) oppure sospendere o revocare l'autorizzazione, esso ne informa immediatamente il CPMP, ai fini dell'applicazione delle procedure di cui agli articoli 13 e 14». Uno Stato membro può, in casi eccezionali, sospendere l'immissione in commercio, nonché l'uso di un medicinale sul proprio territorio informando la Commissione e gli altri Stati membri.

Secondo il Tribunale, la nozione di AIC rilasciata ai sensi delle disposizioni della direttiva, di cui all'art. 15 *bis*, n. 1, non include anche le autorizzazioni armonizzate previa consultazione del CPMP ai sensi dell'art. 12. Le decisioni impugnate sono, pertanto, prive di fondamento giuridico e il Tribunale accoglie il motivo relativo all'incompetenza della Commissione.

Le condizioni di revoca delle AIC di medicinali sono elencate all'art. 11 della direttiva n. 65/65/Cee ai sensi del quale: «Le autorità competenti degli Stati membri sospendono o revocano l'autorizzazione all'immissione in commercio della specialità medicinale, allorché risulti che la specialità medicinale è nociva nelle normali condizioni d'impiego, allorché manchi l'effetto terapeutico, o allorché la specialità non abbia la composizione qualitativa e quantitativa dichiarata. L'effetto terapeutico manca quando risulta che la specialità medicinale non permette di ottenere risultati terapeutici» (cfr. sentenza della Corte del 7 dicembre 1993 in causa n. C-83/92, *Pierrel e a.*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 6419).

Le condizioni per la revoca di un'autorizzazione vanno interpretate, a parere del Tribunale, conformemente al principio generale, elaborato dalla giurisprudenza, secondo il quale la tutela della salute deve assumere un'importanza preponderante rispetto ad ogni considerazione di carattere economico (cfr., in particolare, l'ordinanza della Corte del 12 luglio 1996 in causa n. C-180/96, *Regno Unito c. Commissione*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 3903 e la sentenza della Corte del 17 luglio 1997 in causa n. C-183/95, *Affish*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4315 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 181).

L'osservanza di tale principio impone che, nell'ambito del rilascio e della gestione delle AIC dei medicinali, siano prese in considerazione prima di tutto le esigenze di tutela della salute, in secondo luogo, la nuova valutazione del rapporto rischi/benefici di un medicinale quando nuovi dati scientifici mettano in dubbio la sua efficacia o la sua sicurezza e, in terzo luogo, l'attuazione del regime di prova conformemente al principio di

precauzione che impone alle autorità nazionali di revocare o sospendere l'autorizzazione al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente (sul principio di precauzione in materia sanitaria, cfr. sentenza della Corte del 5 maggio 1998 in causa n. C-180/96, *Regno Unito c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2265 e sentenza del Tribunale di primo grado del 16 luglio 1998 in causa n. T-199/96, *Bergaderm e Goupil c. Commissione*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 2805).

Il Tribunale osserva che al momento del rilascio di un'AIC vanno prese in considerazione solamente le esigenze legate alla tutela della salute e che, nel caso di specie, l'AIC deve essere revocata non riscontrandosi più gli effetti terapeutici che l'avevano giustificata.

Il Tribunale rileva, inoltre, che né la Commissione e neppure il CPMP hanno richiamato, rispettivamente nella decisione del 2000 e nel parere del 1999 nuovi criteri di valutazione sull'efficacia di un medicinale nel trattamento dell'obesità.

Il Tribunale conclude affermando che la mancanza di nuovi dati scientifici o di nuove informazioni sulla valutazione dell'efficacia delle sostanze considerate da parte dell'intera comunità medica non può giustificare la revoca dell'autorizzazione dei medicinali in questione e le decisioni della Commissione, pertanto, devono essere annullate.

Successivamente, la Corte di giustizia, con la sentenza del 24 luglio 2003, in causa n. C-39/03 P adottata in seguito al ricorso proposto dalla Commissione contro la pronuncia del Tribunale, ha confermato l'annullamento delle decisioni della Commissione. La Corte riconosce in sostanza che la Commissione era incompetente ad adottare le decisioni controverse in quanto le AIC sono state rilasciate in ambito puramente nazionale e l'art. 15 *bis* della direttiva n. 75/319/Cee non poteva costituire un fondamento giuridico adeguato per emettere le decisioni controverse.

**LA NORMATIVA AUSTRIACA CHE PREVEDE
L'OBLIGO DI INDICARE L'AVVENUTO SUPERAMENTO
DEI TERMINI MINIMI DI CONSERVAZIONE È CONFORME
ALLA DIRETTIVA N. 2000/13/CE IN MATERIA
DI ETICHETTATURA DI PRODOTTI ALIMENTARI**

Corte di giustizia

Sentenza del 13 marzo 2003 in causa n. C-229/01

Procedimento penale a carico di Susanne Müller

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 18 della direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio 20 marzo 2000 - Etichettatura e presentazione dei prodotti alimentari - Termine minimo di conservazione - Obbligo di indicazione - Disposizione nazionale non armonizzata - Repressione delle frodi - Giustificazione.

La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000, n. 2000/13/Ce, relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, non osta ad una normativa nazionale la quale prevede, qualora sia scaduto il termine minimo di conservazione di un prodotto alimentare, che tale circostanza debba essere indicata in maniera chiara e compren-

sibile a tutti grazie ad una menzione specifica. Una normativa siffatta costituisce una disposizione nazionale non armonizzata, giustificata in ragione della repressione delle frodi, di cui all'art. 18, n. 2, della direttiva medesima¹.

¹ La questione pregiudiziale avente ad oggetto l'interpretazione della direttiva comunitaria n. 79/112/Cee, sull'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari destinati al consumatore finale, nonché la relativa pubblicità (in *Guce* n. L 33 del 1979, p. 1), e della direttiva n. 2000/13/Ce (in *Guce* n. L 109 del 2000, p. 29) è scaturita nell'ambito di un procedimento amministrativo avviato nei confronti della signora Müller, legale rappresentante della società Spar Österreichische Warenhandels AG, ritenuta colpevole di aver posto in commercio birra Zwettler Kuenringer Festbock, prodotto alimentare confezionato, in data successiva al termine minimo di conservazione e di aver omesso di indicare chiaramente la scadenza del termine stesso.

La signora Müller ha interposto appello avverso la decisione amministrativa dinanzi al giudice *a quo* sostenendo che le direttive n. 79/112/Cee e n. 2000/13/Ce (quest'ultima entrata in vigore il 26 maggio 2000) contrastano con l'obbligo imposto dalla normativa austriaca secondo il quale nel caso di prodotti alimentari confezionati: «Se il termine di conservazione minimo è scaduto, tale circostanza dev'essere indicata in modo chiaro e comprensibile a tutti» (Si precisa che la direttiva n. 79/112/Cee è stata codificata dalla direttiva n. 2000/13/Ce ed è stata abrogata dall'art. 26, n. 1, di quest'ultima; al disposto degli artt. 3, n. 1, e 15 della direttiva n. 79/112/Cee, cui si riferisce il giudice *a quo*, corrisponde rispettivamente il disposto degli artt. 3, n. 1, e 18 della direttiva n. 2000/13/Ce).

Secondo la signora Müller, l'obbligo di indicazione della scadenza del termine minimo di conservazione non rientra tra le eccezioni di cui alla direttiva n. 2000/13/Ce.

Il processo è stato sospeso e alla Corte è stato chiesto se l'art. 18 della direttiva n. 2000/13/Ce vada interpretato nel senso che osta alla normativa di uno Stato membro secondo la quale, quando il termine minimo di conservazione di un prodotto alimentare è scaduto, tale circostanza deve essere indicata in modo inequivoco e comprensibile a tutti, con una specifica menzione.

La Corte precisa in sentenza che la disposizione austriaca in materia di etichettatura riferita alla menzione specifica della scadenza del termine minimo di conservazione dei prodotti alimentari non rientra tra le indicazioni obbligatorie di cui all'art. 3 della direttiva n. 2000/13/Ce.

L'art. 3, n. 1, della direttiva n. 2000/13/Ce dispone, infatti, che l'etichettatura dei prodotti alimentari comporta soltanto le seguenti indicazioni obbligatorie: la denominazione di vendita; l'elenco degli ingredienti; la quantità di taluni ingredienti o categorie di ingredienti; per i prodotti alimentari in imballaggi preconfezionati, il quantitativo netto; il termine minimo di conservazione o, nel caso di prodotti molto deperibili dal punto di vista microbiologico, la data di scadenza; le condizioni particolari di conservazione e di utilizzazione; il nome o la ragione sociale e l'indirizzo del fabbricante o del condizionatore o di un venditore stabilito nella Comunità; il luogo d'origine o di provenienza, qualora l'omissione di tale indicazione possa indurre in errore il consumatore circa l'origine o la provenienza effettiva del prodotto alimentare; le istruzioni per l'uso, quando la loro omissione non consenta all'acquirente di fare un uso appropriato del prodotto alimentare; per le bevande con contenuto alcolico superiore all'1,2% in volume, l'indicazione del titolo alcolometrico volumico effettivo.

Tale disposizione si limita ad esigere che venga indicato il termine minimo di conservazione secondo modalità precisate all'art. 9 della direttiva medesima. Non esiste, peraltro, nessuna disposizione che consideri specificatamente il caso concreto prospettato all'art. 10 della normativa austriaca.

Ne consegue, secondo la Corte, che la disposizione di cui alla causa principale costituisce una disposizione nazionale "non armonizzata" che rientra nel campo di applicazione della direttiva n. 2000/13/Ce. Si tratta di verificare se tale disposizione possa essere giustificata dall'art. 18, n. 2 della direttiva in base al quale gli Stati membri non possono vietare il commercio dei prodotti alimentari conformi alle norme della direttiva, applican-

do disposizioni nazionali non armonizzate relative all'etichettatura e alla presentazione di determinati prodotti alimentari o dei prodotti alimentari in genere. Ciò non trova applicazione alle disposizioni nazionali non armonizzate giustificate dai seguenti motivi: di tutela della salute pubblica, di repressione delle frodi, sempreché queste disposizioni non siano tali da ostacolare l'applicazione delle definizioni e delle norme previste dalla presente direttiva, di tutela della proprietà industriale e commerciale, di indicazioni di provenienza, di denominazioni d'origine e di repressione della concorrenza sleale.

La misura nazionale contestata appare idonea a perseguire la finalità della direttiva stessa senza eccedere quanto all'uso necessario. Non solo, ma, come rileva anche l'Avvocato Generale A. Tizzano nelle proprie conclusioni (presentate in data 10 ottobre 2002 alle quali si rinvia), l'obbligo contenuto nella normativa austriaca non eccede quanto strettamente necessario per la tutela del consumatore e deve, pertanto, ritenersi conforme al principio di proporzionalità (l'Avvocato Generale fa un richiamo alla sentenza *Goerres* del 14 luglio 1998 in causa n. C-385/96, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4431 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 638 nella quale la Corte ha precisato cosa debba intendersi per etichetta complementare precisando che le informazioni fornite ai consumatori per mezzo di un cartello apposto nel negozio dove si trova il prodotto considerato non costituiscono una forma di etichettatura ai sensi della direttiva n. 2000/13/Ce).

La Corte, confermando le conclusioni dell'Avvocato Generale, dichiara che l'obbligo previsto dalla disposizione austriaca di indicare in maniera chiara e comprensibile a tutti la scadenza del termine minimo di conservazione è giustificata al fine della repressione delle frodi, obiettivo costituente una delle giustificazioni di cui all'art. 18, n. 2, della direttiva n. 2000/13/Ce.

NEI PROCEDIMENTI DI INFRAZIONE EX ART. 226 CE IL PARERE MOTIVATO E IL RICORSO DEVONO FONDARSI SU ADDEBITI IDENTICI A QUELLI FORMULATI NELLA LETTERA DI DIFFIDA

Corte di giustizia

Sentenza del 5 giugno 2003 in causa n. C-145/01

Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento di uno Stato - Direttiva n. 77/187/Cee - Direttiva n. 98/50/Ce - Lettera di diffida - Irregolarità - Motivi - Diritti di difesa - Parere motivato - Modifica delle censure sollevate - Procedimento precontenzioso - Irricevibilità del ricorso.

(...) Il procedimento precontenzioso ha lo scopo di dare allo Stato membro interessato la possibilità di conformarsi agli obblighi che gli derivano dal diritto comunitario o di sviluppare un'utile difesa contro gli addebiti formulati dalla Commissione. La regolarità di tale procedimento precontenzioso costituisce così una garanzia essenziale, prevista dal Trattato a tutela dei diritti dello Stato membro di cui trattasi. Solo quando tale garanzia è rispettata il procedimento contraddittorio dinanzi alla Corte può consentire a quest'ultima di stabilire se lo Stato membro sia effettivamente venuto meno agli obblighi che la

Commissione sostiene esso abbia violato. In particolare, nel procedimento precontenzioso la lettera di diffida ha lo scopo di circoscrivere l'oggetto del contendere e di fornire allo Stato membro, invitato a presentare le proprie osservazioni, i dati che gli occorrono per predisporre la difesa¹.

Il ricorso è irricevibile².

¹⁻² La Corte di giustizia, con la sentenza sopra massimata, ha ulteriormente puntualizzato la propria giurisprudenza con riferimento ai procedimenti di infrazione contro gli Stati membri ex art. 226 CE.

Ai sensi dell'art. 226 CE la Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato ad uno degli obblighi a lui incombenti in virtù del Trattato Ce, emette un parere motivato, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le proprie osservazioni mediante una «lettera di diffida» o di «messa in mora» o «intimazione». Con la lettera di diffida si viene così ad instaurare una procedura non contenziosa tra la Commissione e lo Stato in questione nel corso della quale la Commissione effettua una valutazione delle ragioni addotte dallo Stato stesso.

Nella fattispecie decisa con la sentenza qui esaminata, la Commissione ha proposto nei confronti dell'Italia un ricorso ex art. 226 CE per aver mantenuto in vigore le disposizioni dell'art. 47, nn. 5 e 6, della legge del 29 dicembre 1990, n. 428 (legge comunitaria del 1990, in *Guri* n. 10 del 12 gennaio 1991, *suppl. ord.*). La Commissione addebita alle autorità italiane la scorretta attuazione della direttiva n. 77/187/Cee (in *Guce* n. L 61 del 1977) ai trasferimenti di imprese che intervengono nell'ambito di taluni procedimenti amministrativi o giudiziari (procedure di dichiarazione di stato di crisi aziendale, di amministrazione straordinaria e di concordato preventivo omologato consistente nella cessione dei beni).

La direttiva n. 77/187/Cee è stata successivamente modificata dalla direttiva del Consiglio del 29 giugno 1998, n. 98/50/Ce (in *Guce* n. L 201 del 1998), che vi ha introdotto l'art. 4 *bis* contenente alcune deroghe al regime previsto dagli artt. 3-4 della direttiva n. 77/187/Cee.

In data 16 luglio 1997 la Commissione ha inviato all'Italia una lettera di diffida per l'attuazione non corretta della direttiva n. 77/187/Cee invitandola a presentare le proprie osservazioni sul presunto inadempimento.

I motivi alla base della lettera di diffida si riferivano esclusivamente alla direttiva n. 77/187/Cee, motivi che sono stati successivamente modificati nel parere motivato (emesso in data 4 agosto 1999) e nel ricorso introdotto alla Corte di giustizia in quanto, in questi ultimi, è stata, altresì, presa in considerazione, la direttiva n. 98/50/Ce, entrata in vigore in un momento successivo alla lettera di diffida inviata dalla Commissione (17 luglio 1998).

Il Governo italiano ha sostenuto l'irricevibilità del ricorso in quanto il contenuto delle censure è stato modificato rispetto a quello risultante dalla lettera di diffida nel corso della fase iniziale del procedimento precontenzioso.

La Corte, sul punto, ha ritenuto che l'esistenza di un inadempimento deve essere valutata in relazione alla situazione dello Stato membro presente alla scadenza del termine stabilito nel parere motivato entro il quale lo Stato in causa è invitato a conformarsi eliminando così la situazione di contrasto con la norma comunitaria (cfr. sul punto, le sentenze del 27 novembre 1990 in causa n. C-200/88, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4299; del 17 gennaio 2002 in causa C-394/00, *Commissione c. Irlanda*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 581 e del 20 giugno 2002 in causa n. C-299/01, *Commissione c. Lussemburgo*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 5899). Infatti, qualora uno Stato membro abbia rimediato ad un inadempimento prima della scadenza di tale termine, la Commissione non può più adire la Corte di giustizia.

La Corte, nel caso di specie, si è però trovata ad esaminare una situazione particolare caratterizzata dall'entrata in vigore della direttiva n. 98/50/Ce la quale, modificando la direttiva n. 77/187/Cee, con l'introduzione l'art. 4 *bis* ha consentito agli Stati membri, in determinate circostanze, di non applicare le disposizioni degli artt. 3 e 4 di quest'ultima direttiva, non escludendo così che le disposizioni di cui all'art. 47, nn. 5 e 6 della legge n.

428/1999, oggetto del ricorso della Commissione, potessero in una certa misura, corrispondere alle ipotesi di deroga contemplate dall'art. 4 *bis*.

La Corte ha precisato innanzitutto che l'obiettivo del procedimento precontenzioso è di consentire allo Stato membro interessato di conformarsi agli obblighi comunitari, nonché di potersi difendere dagli addebiti che gli venissero formulati nell'ambito di un ricorso per inadempimento (cfr. sentenza del 2 febbraio 1988 in causa n. 293/85, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1988, p. 305 e ordinanza dell'11 luglio 1995 in causa n. C-266/94, *Commissione c. Spagna*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1975). La regolarità di tale procedimento costituisce una garanzia essenziale che, se rispettata pienamente nel corso di un procedimento contraddittorio dinanzi alla Corte di giustizia, consentirebbe alla Corte stessa di stabilire se lo Stato membro abbia effettivamente violato gli obblighi comunitari (cfr. ordinanza *Commissione c. Spagna*, *cit.*).

In tale contesto, la lettera di diffida ha la funzione di circoscrivere l'oggetto del contenzioso, consentendo così allo Stato membro, sulla base di essa, di costruire le proprie difese (cfr. sentenze del 15 dicembre 1982 in causa n. 211/81, *Commissione c. Danimarca*, in *Raccolta*, 1982, p. 4547; del 28 marzo 1985 in causa n. 274/83, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1985, p. 1077; del 15 novembre 1988 in causa n. 229/87, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1988, p. 6347; del 17 settembre 1996 in causa n. C-289/94, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4405 e del 16 settembre 1997 in causa C-279/94, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4743).

La Corte ha concluso, pertanto, affermando l'irregolarità del parere motivato e del ricorso perché, essendo l'oggetto del ricorso ex art. 226 CE circoscritto dalla fase precontenziosa, essi si sono basati su motivi differenti da quelli contenuti nella lettera di diffida. Il mutamento del contesto giuridico ha determinato, di conseguenza, una modifica sostanziale della valutazione di conformità della normativa italiana alla direttiva comunitaria.

SVOLGIMENTO DI MANIFESTAZIONI PACIFICHE E PRINCIPI COMUNITARI SULLA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI

Corte di giustizia

Sentenza del 12 giugno 2003 in causa n. C-112/00

Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Repubblica austriaca

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 28, 29 e 30 CE - Libera circolazione delle merci - Ostacoli derivanti da atti di privati - Obblighi degli Stati membri - Manifestazione a scopo ambientale - Blocco totale del traffico dell'autostrada del Brennero - Giustificazione - Diritti fondamentali - CEDU - Libertà d'espressione e libertà di riunione - Principio di proporzionalità - Bilanciamento di interessi.

Il fatto che le autorità competenti di uno Stato membro non abbiano vietato una manifestazione nelle circostanze di cui alla causa principale non è incompatibile con gli artt. 28 e 30 CE, letti in combinato disposto con l'art. 10 CE¹.

¹ Il diritto di effettuare una manifestazione pacifica può giustificare una deroga alle libertà fondamentali del Trattato. L'associazione Transitforum Austria Tirol, che ha come obiettivo la tutela dello spazio vitale nella regione alpina, ha informato l'autorità ammini-

strativa competente in merito all'organizzazione di una manifestazione sull'autostrada del Brennero che avrebbe comportato il blocco totale del traffico per trenta ore.

Le autorità amministrative austriache hanno autorizzato la manifestazione che si è svolta in maniera pacifica.

La Schmidberger, impresa tedesca di trasporti internazionali i cui trasporti si svolgono essenzialmente sull'asse Italia-Germania utilizzando conseguentemente l'autostrada del Brennero, ha presentato un ricorso dinanzi al Landesgericht Innsbruck (Austria) al fine di ottenere il risarcimento dei danni nei confronti dell'Austria ritenendola responsabile di aver ostacolato la libera circolazione delle merci. I suoi automezzi, infatti, sono rimasti bloccati per quattro giorni consecutivi a causa della manifestazione.

L'Austria, per contro, ha chiesto il rigetto del ricorso in quanto l'ostacolo alla libera circolazione derivante da una manifestazione sarebbe consentito nell'ipotesi in cui l'ostacolo che essa determina non abbia carattere permanente. Il bilanciamento di interessi in causa dovrebbe favorire le libertà d'espressione e di riunione, in quanto i diritti fondamentali sarebbero intangibili all'interno di una società democratica.

L'organo giurisdizionale austriaco ha respinto il ricorso e la società Schmidberger ha quindi interposto appello avverso la sentenza negativa. L'organo di appello adito, ritenendo che per la soluzione della controversia fosse necessario interpretare il diritto comunitario, ha deciso di sospendere il giudizio e di rivolgersi alla Corte di giustizia.

In sostanza, la questione sottoposta alla Corte mira a chiarire se le autorità di uno Stato membro possano aver violato i principi della libera circolazione delle merci per non aver impedito una manifestazione che ha comportato il blocco totale del traffico in una via di comunicazione importante quale l'autostrada del Brennero.

Sull'esistenza di un ostacolo alla libera circolazione delle merci la Corte di giustizia precisa che le disposizioni comunitarie non soltanto vietano i provvedimenti di origine statale che, di per sé, creano restrizioni al commercio fra gli Stati membri, ma possono anche trovare applicazione qualora uno Stato membro abbia omesso di adottare tutti i provvedimenti necessari per far fronte ad eventuali ostacoli alla libera circolazione delle merci dovuti a cause non imputabili allo Stato medesimo (cfr. sentenza del 9 dicembre 1997 in causa n. C-265/95, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 6959).

L'obbligo di adottare tutti i provvedimenti adeguati al fine di garantire la libertà di circolazione è ancora più essenziale quando si tratta di un asse stradale di primaria importanza, quale l'autostrada del Brennero, che rappresenta una delle principali vie di comunicazione terrestri per gli scambi tra l'Europa e l'Italia settentrionale.

Ne consegue che il fatto che le autorità competenti di uno Stato membro non abbiano vietato la manifestazione sull'autostrada del Brennero, limita il commercio intracomunitario delle merci e deve pertanto essere considerato una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative, incompatibile, in linea di principio, con gli obblighi derivanti dal diritto comunitario.

Passando poi ad esaminare la sussistenza degli argomenti invocati per giustificare un ostacolo alla libertà di circolazione, la Corte di giustizia precisa che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza e che, a tal fine, quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali sulla tutela dei diritti dell'uomo (cfr. sentenze del 18 giugno 1991 in causa n. C-260/89, *ERT*, in *Raccolta*, I, p. 2925; del 6 marzo 2001 in causa n. C-274/99 P, *Connolly c. Commissione*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 1611; del 29 maggio 1997 in causa n. C-299/95, *Kremzow*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 2629 e massimata in questa *Rivista*, 1998, p. 178 nonché del 22 ottobre 2002 in causa n. C-94/00, *Roquette Frères*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 9011).

Nel caso di specie, le autorità nazionali, nell'autorizzare la manifestazione si sono basate sulla necessità di rispettare i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e dalla Costituzione dello Stato membro interessato.

Il problema è stato dunque quello di bilanciare gli interessi in gioco, nonché di garantire un giusto equilibrio tra gli stessi: da un lato, la tutela della libertà di espressione e di riunione, garantite dagli artt. 10 e 11 della CEDU, e dall'altro lato, il rispetto della libera circolazione.

Tenuto conto che le autorità competenti dispongono di un ampio potere discrezionale la Corte precisa che l'obiettivo legittimamente perseguito dalle stesse non poteva essere

raggiunto con misure meno restrittive degli scambi comunitari (sulle deroghe ai diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU, cfr. sentenze 26 giugno 1997 in causa n. C-386/95, *Familiapress*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3689; dell'11 luglio 2002 in causa n. C-60/00, *Carpenter*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6279 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 528 e sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 settembre 1998, *Steel e a. c. Regno Unito*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-VII, in M. DE SALVIA, *Compendium della CEDU*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000).

La Corte sottolinea che la manifestazione non ha prodotto un clima generale di insicurezza sugli scambi intracomunitari, a differenza delle perturbazioni gravi e ripetute all'ordine pubblico di cui si trattava nella causa che ha dato origine alla sentenza *Commissione c. Francia* sopra richiamata (atti di vandalismo) nella quale i provvedimenti che il Governo francese aveva adottato al fine di fronteggiare tali situazioni non erano stati sufficienti a garantire la libertà degli scambi intracomunitari di prodotti agricoli sul proprio territorio, impedendo e dissuadendo efficacemente gli autori delle infrazioni dal commetterle e dal reiterarle.

Nessuna violazione del diritto comunitario appare dunque allo stato imputabile allo Stato austriaco in quanto l'autorizzazione è stata accordata dalle autorità nazionali dopo aver correttamente bilanciato i diritti fondamentali di coloro che hanno preso parte alla manifestazione e i diritti di coloro che invocavano i principi della libera circolazione delle merci.

È COMPATIBILE CON IL DIRITTO COMUNITARIO UNA TASSA NAZIONALE MOLTO ELEVATA SULL'IMMATRICOLAZIONE DI AUTOVETTURE

Corte di giustizia

Sentenza del 17 giugno 2003 in causa n. C-383/01

De Danske Bilimportører c. Skatteministeriet, Told - og Skattestyrelsen

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 28 ss. CE - Libera circolazione delle merci - Tassa di immatricolazione relativa agli autoveicoli nuovi - Misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa - Tributo interno - Art. 90 CE - Compatibilità.

Una tassa di immatricolazione relativa alle autovetture nuove - introdotta da uno Stato membro che non ha una produzione nazionale di veicoli - come quella prevista dalla legge danese relativa alla tassa di immatricolazione degli autoveicoli (lov om registreringsafgift af motorkøretøjer), nella sua versione risultante dalla legge codificata del 14 aprile 1999, n. 222, costituisce un tributo interno la cui compatibilità con il diritto comunitario deve essere esaminata alla luce non dell'art. 28 CE bensì dell'art. 90 CE¹.

L'art. 90 CE deve essere interpretato nel senso che non osta alla suddetta tassa².

¹⁻² Le questioni pregiudiziali sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la De Danske Bilimportører - DBI -, associazione di categoria costituita da importatori di autovetture, e il Ministero danese delle imposte e accise in merito alla riscossione di una tassa di immatricolazione relativa ad autoveicoli nuovi.

In Danimarca le nuove autovetture sono soggette ad una tassa di immatricolazione con un'aliquota molto elevata. Un'associazione di importatori di autoveicoli, la DBI, si è opposta all'entità dell'imposta e, contestando la stessa dinanzi alle autorità giurisdizionali nazionali, ha sostenuto in particolare, che essa costituisce una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione, vietata dall'art. 28 CE.

Ritenendo che la tassa di immatricolazione fosse stata riscossa indebitamente, la DBI ne ha chiesto il rimborso alle autorità che hanno respinto la domanda. Successivamente la DBI ha presentato un ricorso contro il Ministero danese delle imposte e accise: l'organo giurisdizionale adito (Corte d'appello della regione orientale) ha sospeso il procedimento rivolgendosi alla Corte di giustizia.

Il giudice danese ha chiesto alla Corte se un tributo interno, quale una tassa di immatricolazione percepita da uno Stato membro in misura eccessivamente elevata, possa costituire una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione, incompatibile con il principio della libera circolazione delle merci (in proposito, viene richiamata la sentenza dell'11 dicembre 1990 in causa n. C-47/88, *Commissione c. Danimarca*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 4509 nella quale la Corte ha statuito che il Regno di Danimarca è venuto meno agli obblighi impostigli dall'art. 90 CE, per aver riscosso una tassa di immatricolazione sulle automobili usate importate basata, in genere, su un valore forfetario superiore al valore effettivo del veicolo, con la conseguenza che gli autoveicoli usati importati venivano tassati in misura superiore rispetto agli autoveicoli usati venduti in Danimarca dopo esservi stati previamente immatricolati).

A giudizio della Corte, la tassa di immatricolazione danese di cui alla causa principale deve essere valutata alla luce dell'art. 90 CE in quanto essa viene riscossa in occasione della prima immatricolazione nel territorio nazionale e non a causa dell'attraversamento delle frontiere. Essa non può, pertanto, essere qualificata come tassa di effetto equivalente, ma bensì come tributo interno.

Secondo la Corte, l'art. 90 CE non può essere invocato nei confronti di tributi interni che trovano applicazione ai prodotti importati per la mancanza di una produzione nazionale. Esso non consente, altresì, di censurare il carattere eccessivo della tassazione che gli Stati membri potrebbero prevedere per determinati prodotti in mancanza di ogni effetto discriminatorio o protezionistico.

La Corte conclude affermando che la tassa di immatricolazione danese non può essere soggetta ai divieti sanciti dall'art. 90 CE proprio per la mancanza di una produzione nazionale di autovetture e che non emerge assolutamente che la libera circolazione di tali prodotti tra la Danimarca e gli altri Stati membri risulta compromessa (la DBI, nelle proprie difese, aveva sostenuto che l'importo troppo elevato della tassa di immatricolazione poteva impedire l'importazione delle autovetture in Danimarca a normali condizioni commerciali, a vantaggio degli acquisti di autovetture danesi usate già immatricolate considerate prodotti nazionali).

L'INPS NON PUÒ PIÙ RIPETERE LE SOMME PAGATE IN ECCESSO AD UN LAVORATORE MIGRANTE SE IL CONTROLLO NON È STATO EFFETTUATO ENTRO I TERMINI DI LEGGE

Corte di giustizia

Sentenza del 19 giugno 2003 in causa n. C-34/02

Sante Pasquini c. Istituto nazionale di previdenza sociale (INPS)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Sicurezza sociale - Prestazioni di vecchiaia - Nuovo calcolo - Cumulo dei periodi contributivi maturati in

vari Stati membri - Ripetizione dell'indebito - Prescrizione - Diritto applicabile - Modalità procedurali di controllo della posizione dei pensionati - Importo ripetibile - Violazione del principio di equivalenza - Violazione del principio di effettività - Sussistenza del principio del legittimo affidamento.

Poiché il regolamento Cee del Consiglio del 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata dal regolamento Ce del Consiglio del 2 dicembre 1996, n. 118, assicura solo il coordinamento delle normative nazionali in materia di previdenza sociale, si applica il diritto nazionale ad una situazione derivante dal pagamento indebito a causa del superamento del reddito massimo autorizzato di un'integrazione di pensione effettuato a un interessato che, in ragione della sua affiliazione a regimi di previdenza sociale di vari Stati membri, percepisce più pensioni. Il termine di due anni figurante negli artt. 94, 95, 95 bis e 95 ter, del regolamento n. 1408/71, come modificato, non può essere applicato per analogia a una siffatta situazione¹.

Il diritto nazionale deve tuttavia rispettare il principio comunitario di equivalenza, il quale esige che le modalità procedurali di trattamento di situazioni che trovano la loro origine nell'esercizio di una libertà comunitaria non siano meno favorevoli di quelle aventi ad oggetto il trattamento di situazioni puramente interne, nonché il principio comunitario di effettività, che esige che le dette modalità procedurali non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti risultanti dalla situazione di origine comunitaria².

Tali principi si applicano all'insieme delle modalità procedurali di trattamento di situazioni che trovano la loro origine nell'esercizio di una libertà comunitaria, indipendentemente dal fatto che le dette modalità siano di natura amministrativa o giudiziaria, come le norme nazionali in materia di prescrizione e di ripetizione dell'indebito o quelle che impongono alle istituzioni competenti di prendere in considerazione la buona fede degli interessati o di controllare regolarmente la loro posizione pensionistica³.

¹⁻³ Il procedimento che ha originato la causa in Corte di giustizia riguarda una controversia tra il signor Pasquini e l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale - INPS - in relazione alla decisione con la quale l'INPS ha imposto al signor Pasquini la restituzione degli importi indebitamente percepiti a titolo di pensione di vecchiaia. L'INPS, inoltre, ha cessato di pagare al ricorrente, residente in Lussemburgo, che ha lavorato in Francia, Italia e Lussemburgo, le successive rate di pensione per compensare in tal modo i ratei che, a parere dell'INPS, sono stati corrisposti in eccesso.

Il Tribunale ordinario di Roma, che ha promosso il procedimento in seguito al ricorso del signor Pasquini, ha chiesto alla Corte di giustizia l'interpretazione del regolamento Cee del Consiglio del 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di

sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, e successive modifiche, nonché del regolamento Cee del Consiglio del 21 marzo 1972, n. 574, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento Cee n. 1408/71 e successive modifiche allo scopo di far chiarire se, ai sensi della normativa comunitaria, sussistano limiti di tempo entro i quali gli enti previdenziali possano ripetere i ratei di pensione pagati in passato in modo indebito.

La Corte chiarisce innanzitutto che il sistema istituito con il regolamento oggetto di interpretazione si fonda sul coordinamento e non sull'armonizzazione delle normative nazionali in materia di previdenza sociale (cfr., in tal senso, la sentenza del 27 settembre 1988 in causa n. 313/86, *Lenoir*, in *Raccolta*, 1988, p. 5391) e che la normativa applicabile alla prescrizione e alla ripetizione dell'indebito fanno riferimento alla normativa nazionale dello Stato membro interessato.

Tuttavia occorre stabilire se la normativa nazionale, che non prevede alcun limite di tempo entro il quale promuovere l'azione di ripetizione dell'indebito, possa trovare applicazione nel caso di specie e se possa trovare efficacia il termine di due anni previsto dalla normativa comunitaria per far valere retroattivamente i diritti qualora la normativa comunitaria venga modificata in senso favorevole ai lavoratori. La Corte precisa che il termine di due anni non può trovare applicazione in quanto si tratta di una disposizione transitoria applicabile solamente per le modifiche del regolamento.

Una situazione come quella di cui alla causa principale caratterizzata dal pagamento indebito di un'integrazione di pensione per il superamento del reddito massimo autorizzato deve rispettare i principi di equivalenza e di effettività (cfr. sentenze del 10 luglio 1997 in causa n. C-261/95, *Palmisani*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4025 e del 15 settembre 1998 in causa n. C-231/96, *Edis*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4951) in quanto trattasi di un lavoratore che ha esercitato la libertà di circolazione prevista dal Trattato. Il principio di equivalenza impone che le modalità procedurali di trattamento di situazioni che trovano la loro origine nell'esercizio di una libertà comunitaria non risultino meno favorevoli di quelle relative al trattamento di situazioni puramente interne, mentre il principio di effettività fa sì che non si renda impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti riconosciuti dal Trattato.

La normativa italiana (legge n. 412/91) prevede per l'INPS l'obbligo di controllare la liquidazione delle pensioni, nonché, una volta all'anno, i redditi dei pensionati e la loro incidenza sul diritto alle prestazioni di pensione o sull'importo di queste ultime. Le pensioni italiane versate ai lavoratori migranti che hanno il diritto di percepire più pensioni in ragione del cumulo dei regimi di previdenza sociale di vari Stati membri non sono invece assoggettate ad alcun controllo da parte degli enti statali deputati a tal fine.

La situazione del signor Pasquini non si sarebbe verificata ed il pagamento delle somme indebite sarebbe stato certamente circoscritto se l'obbligo di controllo previsto dalla normativa nazionale sulla liquidazione delle pensioni fosse stato osservato in maniera sostanzialmente analoga per le pensioni concesse ai lavoratori migranti.

La Corte, pertanto, risolve la questione sottoposta richiamando i principi del legittimo affidamento, di equivalenza, nonché di effettività che devono trovare applicazione in tutte le situazioni che derivano dall'esercizio di una libertà fondamentale prevista dal Trattato Ce, concludendo nel senso che l'INPS non può più chiedere il rimborso delle somme indebitamente versate al lavoratore migrante dopo il decorso del termine di un anno, termine previsto dalla normativa italiana entro il quale è possibile effettuare un controllo sulle pensioni pagate.

CONTRASTA CON L'ART. 49 DEL TRATTATO LA NORMATIVA FISCALE SVEDESE CHE PRIVILEGIA LA STIPULAZIONE DI CONTRATTI DI ASSICURAZIONE CON IMPRESE NAZIONALI

Corte di giustizia

Sentenza del 26 giugno 2003 in causa n. C-422/01

Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ), Ola Ramstedt c. Riksskatteverket

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 49 CE - Libera prestazione di servizi - Assicurazione integrativa sulla pensione di vecchiaia mediante capitalizzazione - Sottoscrizione del contratto presso una compagnia stabilita in un altro Stato membro - Diversità di trattamento fiscale - Contrasto.

L'art. 49 CE osta a che un contratto di assicurazione stipulato presso una compagnia stabilita in un altro Stato membro e che soddisfa tutte le condizioni di un'assicurazione integrativa per la pensione di vecchiaia previste dal diritto nazionale, ad eccezione di quella di essere stato sottoscritto presso un assicuratore stabilito nel territorio nazionale, sia trattato in modo diverso dal punto di vista fiscale, con effetti in materia di imposta sui redditi che, a seconda delle circostanze della fattispecie, possono essere meno favorevoli¹.

¹ La domanda di pronuncia pregiudiziale rivolta alla Corte di giustizia dalla Corte amministrativa suprema svedese è relativa all'interpretazione del regime fiscale di un'assicurazione integrativa sulla pensione di vecchiaia sottoscritta per conto di un dipendente svedese presso assicuratori stabiliti in uno Stato membro diverso dalla Svezia.

La legge svedese sul regime fiscale dei contratti di assicurazione opera una distinzione tra le assicurazioni sulla vecchiaia e le assicurazioni sulla vita applicando loro un regime fiscale differente. Affinché un'assicurazione possa essere considerata un'assicurazione di vecchiaia essa deve essere sottoscritta presso un assicuratore stabilito in Svezia.

I contributi versati dal datore di lavoro per un'assicurazione integrativa sulla pensione di vecchiaia sono immediatamente detraibili dall'imponibile; la pensione che viene versata in un momento successivo è interamente assoggettata ad imposta sul reddito a carico del dipendente in pensione, unico beneficiario dell'assicurazione.

I contributi invece che sono versati dal datore di lavoro nell'ambito di un'assicurazione integrativa sulla pensione di vecchiaia, non sono detraibili dall'imponibile e il datore di lavoro dispone, tuttavia, di un diritto alla detrazione delle somme che, in base al contratto, egli si è assunto l'impegno di versare al dipendente. Di conseguenza tale detrazione può essere effettuata solo man mano che viene effettivamente erogata la pensione di vecchiaia. Per il dipendente le somme percepite a tale titolo costituiscono un reddito di lavoro imponibile.

Il signor Ramstedt, cittadino svedese e residente in Svezia, e la società svedese Skandia presso la quale lavora hanno stabilito che una parte della pensione di vecchiaia del primo sarebbe stata garantita dalla sottoscrizione, da parte della Skandia, di un'assicurazione professionale integrativa sulla pensione di vecchiaia presso un'impresa di assicurazioni stabilita in un altro Stato membro.

La Commissione tributaria presso la quale il signor Ramstedt e la società si sono rivolti per aver alcuni chiarimenti fiscali ha dichiarato che l'assicurazione è considerata, secondo le disposizioni svedesi come una vera e propria assicurazione sulla vita. Contro tale decisione il signor Ramstedt e la Skandia hanno fatto ricorso avanti alla Corte ammini-

strativa suprema la quale, ritenendo sussistere un problema di interpretazione delle norme comunitarie, si è rivolta alla Corte.

La Corte ha precisato innanzitutto che le disposizioni relative alla libera prestazione dei servizi trovano applicazione al caso sottoposto in quanto sono considerati come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione e la caratteristica essenziale della retribuzione consiste nella circostanza che essa costituisce il corrispettivo economico (i contributi versati dalla società) della prestazione considerata (cfr. sentenza del 27 settembre 1988 in causa n. 263/86, *Humbel e Edel*, in *Raccolta*, 1988, p. 5365).

Sull'esistenza di una limitazione alla libera prestazione dei servizi la Corte, dopo aver precisato che la normativa comunitaria si oppone ad una normativa nazionale che abbia l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile di quella puramente interna a uno Stato membro (cfr., in particolare, le sentenze del 5 ottobre 1994 in causa n. C-381/93, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5145, e del 12 luglio 2001 in causa n. C-157/99, *Smits e Peerbooms*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5473 e massimata in questa *Rivista*, 2001, p. 690) afferma che nel caso di specie, la normativa svedese finisce per dissuadere sia i datori di lavoro nazionali a stipulare contratti di assicurazione integrativa per la pensione di vecchiaia con le compagnie straniere, sia queste ultime dall'offrire i loro servizi sul mercato svedese (cfr. sentenze del 28 aprile 1998 in causa n. C-118/96, *Safir*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 1897 e del 3 ottobre 2002 in causa n. C-136/00, *Danner*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 8147).

La Corte si sofferma sulle argomentazioni dedotte dalle parti affermando che la coerenza fiscale del sistema nazionale non è assicurata in quanto non esiste un nesso diretto tra la detraibilità dei contributi e l'imponibilità delle somme versate dagli assicuratori perché il datore di lavoro che abbia stipulato un'assicurazione presso un altro Paese membro deve aspettare il versamento della pensione al lavoratore al fine di poter beneficiare della detrazione. Sull'efficacia dei controlli fiscali la Corte precisa che essa può essere salvaguardata facendo ricorso a strumenti meno restrittivi della libera prestazione dei servizi di quelli previsti da una normativa nazionale come quella di cui alla causa principale. Infine, sulla necessità di salvaguardare la base del gettito tributario la Corte ha precisato che l'esigenza di ridurre il gettito fiscale non rientra né tra i motivi enunciati all'art. 46 CE e neppure tra le ragioni imperative di interesse pubblico tali da giustificare una restrizione della libera prestazione dei servizi (cfr. sentenza del 26 ottobre 1999 in causa n. C-294/97, *Eurowings Luftverkehrs*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7447). Da tali argomentazioni la Corte ha dedotto il contrasto con l'art. 49 CE della normativa fiscale svedese perché finisce con il privilegiare la stipulazione di contratti assicurativi con società nazionali.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA ANCORA SUL TEMA DEL RIMBORSO DELLE SPESE PER CURE MEDICHE SOSTENUTE IN UN PAESE DIVERSO DA QUELLO DI RESIDENZA

Corte di giustizia

Sentenza del 3 luglio 2003 in causa n. C-156/01

R.P. Van der Duin c. Onderlinge Waarborgmaatschappij ANOZ Zorgverzekeringen UA, e Onderlinge Waarborgmaatschappij ANOZ Zorgverzekeringen UA c. T.W. Van Wegberg-van Brederode

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Previdenza sociale - Titolari di pensioni o rendite - Familiari che risiedono in uno Stato membro diverso da quello debitore della pensione o della rendita - Spese mediche sostenu-

te nello Stato membro debitore della pensione o della rendita - Presupposti per l'assunzione del costo - Ente competente al rilascio dell'autorizzazione - Artt. 21, 22, 28 e 31 del Regolamento Cee n. 1408/71 - Applicabilità.

L'art. 22, n. 1, lett. c., sub i., del regolamento Cee del Consiglio del 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella sua versione modificata e aggiornata dal regolamento Cee del Consiglio del 2 giugno 1983, n. 2001, deve essere interpretato nel senso che si applica anche a un titolare di pensione o di rendita e ai suoi familiari che risiedono in uno Stato membro diverso da quello debitore della suddetta pensione o rendita e che a tale titolo beneficiano, in seguito alla loro iscrizione presso l'ente del luogo di residenza, del regime previsto dall'art. 28 di tale regolamento, qualora tali assicurati intendano recarsi nello Stato membro debitore della pensione o della rendita al fine di ricevervi cure mediche¹.

L'ente competente a rilasciare l'autorizzazione preventiva menzionata dall'art. 22, n. 1, lett. c., sub i., qualora la domanda di autorizzazione riguardi assicurati che versano in una siffatta situazione, è l'ente del luogo di residenza degli interessati².

¹⁻² I pensionati che hanno eletto domicilio in uno Stato membro diverso da quello di origine devono chiedere alla cassa malattia presso la quale sono iscritti nello Stato di residenza l'autorizzazione preventiva per poter ricevere cure mediche in un altro Paese della Comunità. A distanza di pochi mesi dalle sentenze del 25 febbraio 2003 in causa n. C-326/00 *Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA)* c. *Vasileios Ioannidis* e del 13 maggio 2003 in causa n. C-385/99, *Müller-Fauré*, entrambe massimate in questa *Rivista*, 2003, rispettivamente p. 68 e p. 355, non ancora pubblicate in *Raccolta*, la Corte di giustizia si pronuncia ancora in tema di cure mediche ottenute in un Paese Ce diverso da quello di residenza.

Il signor Van der Duin e la signora Van Wegberg-van Brederode, entrambi cittadini olandesi, rispettivamente residente in Francia e iscritto alla Cassa francese malattia e residente in Spagna e iscritta alla Cassa spagnola malattia hanno usufruito di cure mediche in Olanda. Di fronte alla richiesta di rimborso da parte dei due ospedali olandesi presso i quali i ricorrenti hanno ricevute le cure mediche l'ANOZ Zorgverzekeringen UA (Cassa malattia olandese) ha respinto le richieste per il mancato soddisfacimento delle condizioni richieste dal regolamento comunitario n. 1408/71 (in *Guce* n. L 230 del 1971). Tale normativa richiede, infatti, il modello E 112 qualora un assicurato intenda ottenere l'autorizzazione a trasferirsi in un altro Stato membro per poter ricevere cure mediche.

L'organo giurisdizionale olandese respingeva il ricorso proposto dal signor Van der Duin, mentre accoglieva quello proposto dalla signora Van Wegberg-van Brederode e l'organo di appello adito dal signor Van der Duin e dalla Cassa malattia olandese, ritenendo necessaria l'interpretazione delle norme comunitarie in materia, ha deciso di sospendere i giudizi e di rivolgersi alla Corte.

Il Centrale Raad van Beroep olandese ha chiesto alla Corte di precisare se il titolare di una pensione erogata da uno Stato membro, o un suo familiare, residenti in un altro Stato membro, possano recarsi liberamente nel territorio dello Stato debitore della pensione al fine di sottoporsi a cure mediche; ed inoltre, quale Cassa malattia sia competente per il rilascio della preventiva autorizzazione.

La Corte risolve la questione precisando innanzitutto che l'obiettivo dell'art. 22 del regolamento Ce n. 1408/71 è quello di consentire al lavoratore/cittadino di uno Stato membro di poter beneficiare delle prestazioni mediche negli altri Stati membri, a prescindere dall'ente nazionale cui è iscritto o dalla propria residenza (cfr. sentenza del 31 maggio 1979 in causa n. 182/78, *Pierik*, in *Raccolta*, 1979, p. 1977 con la quale è stato riconosciuto che la disposizione di cui all'art. 22 del regolamento Cee n. 1408/71 si applica anche ai pensionati).

Ne consegue che i titolari di pensione, nonché i loro familiari iscritti presso l'ente competente dello Stato membro di residenza beneficiano ai sensi dell'art. 22 del regolamento Cee n. 1408/71, delle prestazioni mediche da parte della cassa malattia dello Stato di residenza analogamente ai titolari residenti nel territorio di tale Stato.

Infine, l'ente competente al rilascio dell'autorizzazione è quello del luogo di residenza degli interessati in quanto trattasi di quello che, da un lato, deve sostenere le spese per le prestazioni erogate e, dall'altro lato, si trova nelle condizioni migliori al fine di poter verificare se sussistano i presupposti per il rilascio dell'autorizzazione preventiva ai sensi dell'art. 22, n. 2 del regolamento Cee n. 1408/71.

CONTRARIETÀ AL DIRITTO COMUNITARIO DELLA NORMATIVA OLANDESE CHE IMPONE UN SISTEMA DI REGISTRAZIONE OBBLIGATORIA DELLE PATENTI DI GUIDA RILASCIATE DA ALTRI STATI MEMBRI DOPO CHE IL TITOLARE SI SIA STABILITO NEI PAESI BASSI

Corte di giustizia

Sentenza del 10 luglio 2003 in causa n. C-246/00

Commissione delle Comunità europee c. Regno dei Paesi Bassi (convenuto) e sostenuto dal Regno di Spagna (interveniente)

Art. 226 CE - Ricorso per inadempimento di uno Stato membro - Direttiva del Consiglio del 29 luglio 1991, n. 91/439/Cee - Patente di guida - Riconoscimento reciproco - Procedura di registrazione obbligatoria - Complessità - Calcolo della durata di validità - Contrasto.

Il Regno dei Paesi Bassi, avendo adottato e mantenendo in vigore gli artt. 107, n. 1, 108, n. 1, lett. h., 109, n. 5, in combinato disposto con gli artt. 11, 28 e 33 del Reglement Rijbewijzen (regolamento di attuazione della Wegenverkeerswet 1994 sulle patenti di guida) del 28 maggio 1996, come modificato dal decreto del 18 giugno 1996 e 111, n. 1, lett. a., della Wegenverkeerswet 1994 (legge sulla circolazione stradale) del 21 aprile 1994, come modificata, nonché l'art. 100 del Reglement Rijbewijzen, è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza degli artt. 1, n. 2, e 6, n. 1, lett. c., nonché dell'allegato III, punto 4, della direttiva del Consiglio del 29 luglio 1991, n. 91/439/Cee, concernente la patente di guida, come modificata dalla direttiva del Consiglio del 23 luglio 1996, n. 96/47/Ce¹.

¹ La Commissione delle Comunità europee ha proposto un ricorso ex art. 226 CE nei confronti del Regno dei Paesi Bassi per far verificare la legittimità del sistema olandese di registrazione delle patenti rilasciate da altri Stati membri.

Sul motivo attinente alla procedura di registrazione delle patenti di guida rilasciate da un altro Stato membro, la Corte ha considerato fondate le argomentazioni della Commissione. La Commissione, infatti, ha contestato al Regno dei Paesi Bassi il sistema da esso adottato: violazione dell'art. 1, n. 2, della direttiva n. 91/439/Cee (in *Guce* n. L 237/91, come modificata dalla direttiva del Consiglio del 23 luglio 1996, n. 96/47/Ce, in *Guce* n. L 235/96) che istituisce un sistema di registrazione obbligatoria delle patenti di guida rilasciate dagli altri Stati membri un anno dopo che il titolare della patente si sia stabilito nei Paesi Bassi e prevede, altresì, una complessa procedura di registrazione.

L'art. 1, n. 2, della direttiva n. 91/439/Cee sancisce il principio del reciproco riconoscimento delle patenti di guida rilasciate da altri Stati membri e tale riconoscimento, a parere della Corte, deve avvenire senza alcuna formalità (cfr. sentenze del 29 febbraio 1996 in causa n. C-193/94, *Skanavi e Chrysanthakopoulos*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 929 e massimata in questa *Rivista*, 1996, p. 343 nonché del 29 ottobre 1998 in causa n. C-230/97, *Awoyemi*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 6781 nelle quali è stato statuito che ogni formalità richiesta perché una patente di guida rilasciata in uno Stato membro possa essere riconosciuta in un altro Stato della Comunità contrasta con i principi della libera circolazione delle persone). Inoltre, l'obbligo del reciproco riconoscimento delle patenti di guida contenuto nella direttiva n. 91/439/Cee è un obbligo chiaro e incondizionato e gli Stati membri non dispongono di alcun margine di discrezionalità in relazione alle modalità da adottare per darvi applicazione.

In sostanza, nel caso di specie, la registrazione viene equiparata ad una formalità vera e propria e, pertanto, contraria all'art. 1, n. 2, della direttiva n. 91/439/Ce perché il titolare della patente rilasciata in un altro Stato membro e residente nei Paesi Bassi da più di un anno, commette un'infrazione soggetta a multa se conduce un veicolo senza aver prima provveduto alla registrazione del proprio documento nei Paesi Bassi.

Si ricorda che l'art. 1, n. 2 della direttiva n. 91/439/Cee dispone che: «Le patenti di guida rilasciate dagli Stati membri sono riconosciute reciprocamente dai medesimi», mentre l'art. 1, n. 3 stabilisce che: «Allorché il titolare di una patente di guida in corso di validità acquisisce la sua residenza normale in uno Stato membro diverso da quello che ha rilasciato la patente, lo Stato membro ospitante può applicargli le proprie disposizioni nazionali in materia di durata di validità della patente, di controllo medico, di disposizioni fiscali e può iscrivere nella patente le menzioni indispensabili alla gestione della medesima».

Si deduce che le misure adottate da uno Stato membro per esercitare la facoltà concessa dall'art. 1, n. 3, della direttiva n. 91/439/Cee non devono ostacolare la libertà di circolazione delle persone e la libertà di stabilimento previste dal Trattato. Qualora ciò dovesse verificarsi, tali misure devono essere applicate in maniera non discriminatoria, essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale, essere atte a garantire il raggiungimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario al raggiungimento di tale scopo.

Se è vero che la sicurezza stradale costituisce uno degli obiettivi di cui alla direttiva in esame, è pur vero che la previsione di una registrazione obbligatoria delle patenti rilasciate da altri Stati membri va oltre quanto necessario al raggiungimento dello scopo perseguito. La Corte afferma che la procedura di registrazione, estremamente complessa, è pressoché identica al sistema di rinnovo della patente ed inoltre che, qualora il titolare della patente rilasciata in un altro Stato membro desideri registrarla nei Paesi Bassi, deve provare di aver soddisfatto le condizioni di rilascio previste agli artt. 7, n. 1, lett. b., e 9 della direttiva n. 91/439/Cee.

Il fatto che il titolare debba provare di aver effettivamente soddisfatto tali condizioni, contrasta con il principio del mutuo riconoscimento delle patenti di guida rilasciate in altri Stati membri stabilito dalla direttiva n. 91/439/Cee. Al contrario, la Corte riconosce che le modalità previste dalla legislazione olandese per il calcolo della durata di validità delle patenti di guida rilasciate dagli altri Stati membri non rappresentano una violazione di tale principio.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

LA QUESTIONE DEL DIVIETO DI UTILIZZO DELLA DENOMINAZIONE «TOCAI» È STATA RIMESSA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA*

TAR Lazio, Sezione seconda ter
Ordinanza del 9 giugno - 31 luglio 2003 n. 6717/2003

Regione autonoma Friuli Venezia Giulia ed Agenzia Regionale per lo sviluppo rurale (Ersa) c. Ministero per le politiche agricole e forestali e Regione Veneto

Ricorso - TAR Lazio - Impugnazione - Decreto Ministeriale - Ministero delle Politiche Agricole e Forestali - Regione Autonoma del Friuli Venezia Giulia - Agenzia Regionale per lo sviluppo rurale (ERSA) - Denominazione vino «Tocai» - Deroghe - Accordo tra la Repubblica d'Ungheria e la Comunità europea del 1993 - Annullamento - Diritto dei produttori friulani - Rinvio ex art. 234 CE.

(omissis) Tanto chiarito, il Collegio ritiene di dover sospendere il presente giudizio e rimettere alla Corte di giustizia della Comunità europea, ai sensi dell'art. 234 del Trattato, la questione relativa alla legittimità degli atti comunitari sopra indicati ed alla loro interpretazione ed attuale vigenza, formulando a tal proposito i seguenti quesiti:

1. *«Se l'Accordo europeo istituyente un'Associazione tra la Comunità europea, gli Stati membri e la Repubblica d'Ungheria, stipulato il 16 dicembre 1991 e pubblicato in Guc n. L 347 del 31 dicembre 1993 (in seguito: l'Accordo europeo del 1991), possa costituire una base giuridica legittima, valida e sufficiente per conferire alla Comunità europea il potere di adottare l'Accordo comunitario sulla tutela delle denominazioni dei vini concluso il 29*

* In argomento v. *infra*, p. 573, la nota di ENRICA ADOBATI.

novembre 1993 (Guce n. L 337 del 31 dicembre 1993) tra la Comunità europea e la Repubblica d'Ungheria; e ciò anche con riferimento a quanto previsto all'art. 65, par. 1, alla dichiarazione comune n. 13 e all'Allegato XIII (punti 3, 4 e 5) dell'Accordo europeo del 1991 circa l'eventuale riserva di sovranità e competenza dei singoli Stati in materia di denominazioni geografiche nazionali riferite ai propri prodotti agroalimentari, compresi i prodotti vitivinicoli, escludendo qualsiasi trasferimento di sovranità e competenza in tale materia alla Comunità europea».

2. «Se l'Accordo comunitario sulla tutela delle denominazioni dei vini, concluso il 29 novembre 1993 tra la Comunità europea e la Repubblica d'Ungheria (Guce n. L 337/1993), disciplinando la tutela delle denominazioni geografiche rientranti nella materia della proprietà industriale e commerciale, anche alla luce di quanto affermato nel Parere n. 1/94 della Corte di giustizia della Comunità europea, debba essere dichiarato invalido ed inefficace per l'ordinamento comunitario, considerato che non risulta ratificato l'Accordo medesimo da parte dei singoli Stati membri della Comunità europea».

3. «Nel caso in cui si dovesse considerare legittimo ed applicabile nel suo complesso l'Accordo comunitario del 1993 (Guce n. L 337/93), se il divieto di utilizzare in Italia dopo il 2007 la denominazione «Tocai», che si ricava dalle lettere scambiate fra le parti a conclusione dell'Accordo medesimo (e ad esso allegate) debba ritenersi invalido ed inefficace perché in contrasto con la disciplina delle denominazioni omonime stabilito dallo stesso Accordo del 1993 (cfr. art. 4, par. 5 e Protocollo allegato all'Accordo)».

4. «Se la Seconda Dichiarazione Comune allegata all'Accordo del 1993 (Guce n. L 337/1993), da cui si deduce che le parti contraenti non erano al corrente, al momento dei negoziati, dell'esistenza di denominazioni omonime relative ai vini europei ed ungheresi debba essere considerata una rappresentazione sicuramente errata della realtà (visto che le denominazioni italiane ed ungheresi riferite ai vini "Tocai" esistevano e convivevano da secoli, erano state ufficialmente riconosciute nel 1948 in un Accordo tra l'Italia e l'Ungheria ed erano entrate da ultimo nella normativa comunitaria) così da costituire una causa di nullità della parte dell'Accordo del 1993 da cui deriva il divieto di utilizzare in Italia la denominazione Tocai, sulla base dell'art. 48 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati».

5. «Se alla luce dell'art. 59 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, l'Accordo TRIP'S sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (Guce n. L 336 del 21 novembre 1994) concluso nel quadro dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC - WTO) ed entrato in vigore il 1° gennaio 1996 e quindi successivamente all'entrata in vigore dell'Accordo comunitario del 1993 (Guce n. L 337/1998), debba essere interpretato nel senso che le sue disposizioni, riferite alla disciplina delle denominazioni omonime dei vini, si applicano al posto di quelle dell'Accordo

comunitario del 1993 in caso di incompatibilità tra le medesime considerata l'identità delle parti dei due accordi».

6. «Se gli artt. 22 - 24 della Sezione Terza dell'Allegato C del Trattato istitutivo dell'OMC (WTO) contenente l'Accordo TRIP'S (Guce n. L 336/1994), entrato in vigore il 1° gennaio 1996, in presenza di due denominazioni omonime riferite ai vini, prodotti in due diversi Paesi aderenti all'Accordo TRIP'S (tanto se l'omonimia riguarda due denominazioni geografiche usate in entrambi i Paesi aderenti all'Accordo quanto se riguarda una denominazione geografica di un Paese aderente e l'omonima denominazione riferita ad un vitigno tradizionalmente coltivato nell'altro Paese aderente) debbano essere interpretati nel senso che entrambe le denominazioni possono continuare ad essere utilizzate in futuro purché siano state usate in passato dai rispettivi produttori o in buona fede o per almeno 10 anni prima del 15 aprile 1994 (art. 24, par. 4) e ciascuna denominazione indichi chiaramente il Paese o la regione o la zona da cui proviene il vino tutelato in modo da non ingannare i consumatori».

7. «Se il diritto di proprietà di cui all'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Convenzione di Roma del 1950), e ripreso dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7 ottobre 2000, concerna anche la proprietà intellettuale relativamente alle denominazioni di origine dei vini ed il suo sfruttamento, e conseguentemente se la sua tutela osti all'applicazione di quanto previsto nello scambio di lettere, allegato all'Accordo tra la Comunità europea e la Repubblica di Ungheria sulla tutela ed il controllo reciproci delle denominazioni dei vini (Guce n. L 337 del 31 dicembre 1994), ma non ricompreso nello stesso, in base al quale i viticoltori friulani non potranno utilizzare la denominazione "Tocai Friulano", in considerazione anche della totale assenza di ogni forma di indennizzo a favore dei viticoltori friulani espropriati, della mancanza di un interesse pubblico generale pubblico che giustifichi l'espropriazione, del mancato rispetto del principio di proporzionalità».

8. «Nel caso in cui venga stabilita l'illegittimità delle norme comunitarie dell'Accordo sulla tutela delle denominazioni dei vini, concluso il 29 novembre 1993 tra la Comunità europea e la Repubblica d'Ungheria (Guce n. L 337/1993) e/o dell'allegato scambio di lettere nella misura evidenziata nei precedenti quesiti, se le disposizioni del regolamento Ce n. 753/2002 in base alle quali viene eliminato l'utilizzo della denominazione "Tocai Friulano" dopo la data del 31 marzo 2007 (art. 19 II comma) debbano essere considerate invalide e comunque inefficaci».

(Omissis) **In diritto**

Con il ricorso in epigrafe la Regione Friuli Venezia Giulia e l'Agenzia regionale per lo sviluppo rurale hanno impugnato il decreto del Ministero per le politiche agricole o forestali con il quale, in applicazione del Regolamento Ce n. 753/2002, sono

state dettate le condizioni nazionali per l'utilizzo dei nomi di varietà di vite o dei loro sinonimi comprendenti un'indicazione geografica, in deroga all'art. 19, par. 1, lett. c. del detto Regolamento.

Infatti tale ultima disposizione fissa nel modo seguente una delle condizioni per poter indicare nell'etichetta dei vini i nomi dalla varietà di vino utilizzata per l'elaborazione di un vino da tavola con indicazione geografica o di un vino r.q.p.r.d. o i relativi sinonimi: «c. il nome della varietà o uno dei suoi sinonimi non comprende un'indicazione geografica utilizzata per designare un v.q.p.r.d. o un vino da tavola o un vino importato che figuri negli elenchi degli accordi conclusi tra i Paesi terzi e la Comunità, e, se è accompagnato da un altro termine geografico, figuri nell'etichetta senza questo termine geografico».

Questa la condizione che qui interessa.

Ad essa però lo stesso art. 19 prevede la possibilità di derogare, al par. 2 che, per quanto qui interessa, al punto b. afferma «i nomi delle varietà e i relativi sinonimi elencati nell'allegato II possono essere utilizzati secondo le condizioni nazionali e comunitarie, in applicazione alla data dell'entrata in vigore del presente regolamento».

E nell'allegato II figura appunto il Tocai friulano, Tocai italico, ma con la postilla che «possono essere utilizzati durante un periodo transitorio, fino al 31 marzo 2007».

Il decreto ministeriale impugnato quindi ha semplicemente recepito, per quanto qui interessa, una disposizione contenuta in un Regolamento comunitario; ha solo specificato che detta limitazione deriva da un accordo tra l'UE e la Repubblica d'Ungheria.

Trattasi di un accordo tra la Comunità europea e la Repubblica d'Ungheria sulla tutela e il controllo reciproco della denominazione dei vini: tale accordo si compone di un testo distinto in articoli e di uno scambio di lettere e dichiarazioni. Nello scambio di lettere è in particolare prevista la limitazione temporale per la denominazione del Tocai friulano o italico qui in discussione.

Tale accordo risulta formalmente approvato, compresi gli scambi di lettere e le dichiarazioni (ved. art. 1) dalla decisione del Consiglio della Ce del 23 novembre 1993 n. 93/724/Ce.

Appare quindi evidente che la lesione lamentata con il presente ricorso, e cioè la possibilità di utilizzare la denominazione Tocai friulano o Tocai italico non oltre il 31 marzo 2007, deriva direttamente da due fonti normative comunitarie, costituite dalla decisione del Consiglio del 23 novembre 1993 n. 93/724/Ce e dal regolamento Ce 29 aprile 2002 n. 753/2002/Ce.

Tanto chiarito, il Collegio ritiene di dover sospendere il presente giudizio e rimettere alla Corte di giustizia della Comunità europea, ai sensi dell'art. 234 del Trattato, la questione relativa alla legittimità degli atti comunitari sopra indicati ed alla loro interpretazione ed attuale vigenza, formulando a tal proposito i seguenti quesiti:

(Omissis)

La pronuncia della Corte di giustizia Ce sui quesiti dinanzi esposti è imprescindibile per la soluzione del caso all'esame di questo Tribunale, in quanto l'atto ministeriale qui impugnato fa pedissequa applicazione di disposizioni comunitarie.

Per i suesposti motivi la Sezione deve sospendere il presente giudizio e rimettere alla Corte di giustizia Ce le questioni pregiudiziali predette.

(Omissis)

La Corte di giustizia chiamata a pronunciarsi sul divieto imposto ai produttori friulani di utilizzare la denominazione «Tocai»

Davanti al TAR del Lazio, la Regione Autonoma del Friuli Venezia Giulia e l'Agenzia Regionale per lo sviluppo rurale (ERSA) hanno impugnato il decreto del Ministro delle politiche agricole e forestali del 26 settembre 2002, che ha attuato in Italia il regolamento Ce n. 753/2002 sulla protezione di talune denominazioni di vino e di varie espressioni ad esse collegate. Tale decreto ribadisce che i produttori friulani di vino non potranno più usare la denominazione «Tocai» dopo il marzo del 2007 in conseguenza dell'Accordo che è stato concluso tra la Repubblica d'Ungheria e la Comunità europea in data 29 novembre 1993 in materia di tutela e di controllo reciproci delle denominazioni dei vini (in *Guce* n. L 337/1993).

Avendo le ricorrenti sostenuto l'illegittimità dell'Accordo appena menzionato, che costituisce il fondamento della limitazione di cui sopra, appariva necessario rivolgersi alla Corte di giustizia.

Ed infatti, trattandosi di una materia interamente regolata dal diritto comunitario, il TAR del Lazio con l'ordinanza del 9 giugno 2003, sopra riportata, ha accolto la richiesta delle ricorrenti di rimettere gli atti di causa alla Corte di giustizia precisando che: «la pronuncia della Corte di giustizia Ce sui quesiti dinanzi esposti è imprescindibile per la soluzione del caso all'esame di questo Tribunale, in quanto l'atto ministeriale qui impugnato fa pedissequa applicazione di disposizioni comunitarie».

Nell'ordinanza, il TAR Lazio insiste molto sugli aspetti storici, mettendo in evidenza come il vitigno Tocai fosse coltivato da secoli in Friuli.

Per quanto riguarda gli aspetti giuridici, la loro complessità appare evidente leggendo i quesiti che sono stati sottoposti alla Corte di giustizia¹.

Enrica Adobati

¹ La causa porta il n. C-347/03.

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

SULL'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA PENALE: IL MANDATO DI CATTURA EUROPEO

Decisione quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*

Il Consiglio dell'Unione europea,

visto il Trattato sull'Unione europea, in particolare l'art. 31, lett. *a.* e *b.*, e l'art. 34, par. 2, lett. *b.*,
vista la proposta della Commissione¹,
visto il parere del Parlamento europeo²,

(Omissis)

ha adottato la presente decisione quadro:

CAPO 1 - Principi generali

Articolo 1 - Definizione del mandato d'arresto europeo ed obbligo di darne esecuzione

1. Il mandato d'arresto europeo è una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà.

2. Gli Stati membri danno esecuzione ad ogni mandato d'arresto europeo in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alle disposizioni della presente decisione quadro.

3. L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificata per effetto della presente decisione quadro.

* In *Guce* n. L 190 del 18 luglio 2002, p. 1. In argomento v. *infra*, p. 589 ss., il commento di MASSIMO PANEBIANCO.

¹ *Guce* n. C 332 E del 27 novembre 2001, p. 305.

² Parere reso il 9 gennaio 2002 (non ancora pubblicato nella *Gazzetta ufficiale*).

Articolo 2 - Campo d'applicazione del mandato d'arresto europeo

1. Il mandato d'arresto europeo può essere emesso per dei fatti puniti dalle leggi dello Stato membro emittente con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima non inferiore a dodici mesi oppure, se è stata disposta la condanna a una pena o è stata inflitta una misura di sicurezza, per condanne pronunciate di durata non inferiore a quattro mesi.

2. Danno luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo, alle condizioni stabilite dalla presente decisione quadro e indipendentemente dalla doppia incriminazione per il reato, i reati seguenti, quali definiti dalla legge dello Stato membro emittente, se in detto Stato membro il massimo della pena o della misura di sicurezza privativa della libertà per tali reati è pari o superiore a tre anni:

- partecipazione a un'organizzazione criminale,
- terrorismo,
- tratta di esseri umani,
- sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile,
- traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope,
- traffico illecito di armi, munizioni ed esplosivi,
- corruzione,
- frode, compresa la frode che lede gli interessi finanziari delle Comunità europee ai sensi della Convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee,
- riciclaggio di proventi di reato,
- falsificazione di monete, compresa la contraffazione dell'euro,
- criminalità informatica,
- criminalità ambientale, compreso il traffico illecito di specie animali protette e il traffico illecito di specie e di essenze vegetali protette,
- favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali,
- omicidio volontario, lesioni personali gravi,
- traffico illecito di organi e tessuti umani,
- rapimento, sequestro e presa di ostaggi,
- razzismo e xenofobia,
- furti organizzati o con l'uso di armi,
- traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti d'antiquariato e le opere d'arte,
- truffa,
- racket e estorsioni,
- contraffazione e pirateria in materia di prodotti,
- falsificazione di atti amministrativi e traffico di documenti falsi,
- falsificazione di mezzi di pagamento,
- traffico illecito di sostanze ormonali ed altri fattori di crescita,
- traffico illecito di materie nucleari e radioattive,
- traffico di veicoli rubati,
- stupro,
- incendio volontario,

- reati che rientrano nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale,
- dirottamento di aereo/nave,
- sabotaggio.

3. Il Consiglio può decidere in qualsiasi momento, deliberando all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo alle condizioni di cui all'art. 39, par. 1, del trattato sull'Unione europea (TUE), di inserire altre categorie di reati nell'elenco di cui al par. 2 del presente articolo. Il Consiglio esamina, alla luce della relazione sottopostagli dalla Commissione ai sensi dell'art. 34, par. 3, se sia opportuno estendere o modificare tale elenco.

4. Per quanto riguarda i reati non contemplati dal par. 2, la consegna può essere subordinata alla condizione che i fatti per i quali è stato emesso il mandato d'arresto europeo costituiscano un reato ai sensi della legge dello Stato membro di esecuzione indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualifica dello stesso.

Articolo 3 - Motivi di non esecuzione obbligatoria del mandato di arresto europeo

L'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione (in prosieguo: «autorità giudiziaria dell'esecuzione») rifiuta di eseguire il mandato d'arresto europeo nei casi seguenti:

1. se il reato alla base del mandato d'arresto è coperto da amnistia nello Stato membro di esecuzione, se quest'ultimo era competente a perseguire il reato secondo la propria legge penale;
2. se in base ad informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi dello Stato membro della condanna;
3. se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo non può ancora essere considerata, a causa dell'età, penalmente responsabile dei fatti all'origine del mandato d'arresto europeo in base alla legge dello Stato membro di esecuzione.

Articolo 4 - Motivi di non esecuzione facoltativa del mandato di arresto europeo

L'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo:

1. se, in uno dei casi di cui all'art. 2, par. 4, il fatto che è alla base del mandato d'arresto europeo non costituisce reato ai sensi della legge dello Stato membro di esecuzione; tuttavia in materia di tasse e di imposte, di dogana e di cambio, l'esecuzione del mandato di arresto europeo non può essere rifiutata in base al fatto che la legislazione dello Stato membro di esecuzione non impone lo stesso tipo di tasse o di imposte o non contiene lo stesso tipo di normativa in materia di tasse, di imposte, di dogana e di cambio della legislazione dello Stato membro emittente;
2. se contro la persona oggetto del mandato d'arresto europeo è in corso un'azione nello Stato membro di esecuzione per il medesimo fatto che è alla base del mandato d'arresto europeo;

3. se le autorità giudiziarie dello Stato membro dell'esecuzione hanno deciso di non esercitare l'azione penale per il reato oggetto del mandato d'arresto europeo oppure di porvi fine, o se la persona ricercata ha formato oggetto in uno Stato membro di una sentenza definitiva per gli stessi fatti che osta all'esercizio di ulteriori azioni;

4. se l'azione penale o la pena è caduta in prescrizione secondo la legislazione dello Stato membro di esecuzione e i fatti rientrano nella competenza di tale Stato membro in virtù del proprio diritto penale;

5. se in base ad informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione risulta che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da un paese terzo a condizione che, in caso di condanna, la sanzione sia stata applicata o sia in fase di esecuzione o non possa più essere eseguita in forza delle leggi del paese della condanna;

6. se il mandato d'arresto europeo è stato rilasciato ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, qualora la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, se tale Stato si impegni a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno;

7. Se il mandato d'arresto europeo riguarda reati:

a. che dalla legge dello Stato membro di esecuzione sono considerati commessi in tutto o in parte nel suo territorio, o in un luogo assimilato al suo territorio; oppure

b. che sono stati commessi al di fuori del territorio dello Stato membro emittente, se la legge dello Stato membro di esecuzione non consente l'azione penale per gli stessi reati commessi al di fuori del suo territorio.

Articolo 5 - Garanzie che lo Stato emittente deve fornire in casi particolari

L'esecuzione del mandato d'arresto europeo da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione può essere subordinata dalla legge dello Stato membro di esecuzione ad una delle seguenti condizioni:

1. Se il mandato di arresto europeo è stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza comminate mediante decisione pronunciata *in absentia*, e se l'interessato non è stato citato personalmente né altrimenti informato della data e del luogo dell'udienza che ha portato alla decisione pronunciata *in absentia*, la consegna può essere subordinata alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente e di essere presenti al giudizio.

2. Se il reato in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato emesso è punibile con una pena o una misura di sicurezza privative della libertà a vita, l'esecuzione di tale mandato può essere subordinata alla condizione che lo Stato membro emittente preveda nel suo ordinamento giuridico una revisione della pena comminata - su richiesta o al più tardi dopo 20 anni - oppure l'applicazione di misure di clemenza alle quali la persona ha diritto in virtù della legge o della prassi dello Stato membro di emissione, affinché la pena o la misura in questione non siano eseguite.

3. Se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo ai fini di un'azione penale è cittadino o residente dello Stato membro di esecuzione, la consegna può essere subordinata alla condizione che la persona, dopo essere stata ascoltata, sia rinviata nello Stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privative della libertà eventualmente pronunciate nei suoi confronti nello Stato membro emittente.

Articolo 6 - Determinazione delle autorità giudiziarie competenti

1. Per autorità giudiziaria emittente si intende l'autorità giudiziaria dello Stato membro emittente che, in base alla legge di detto Stato, è competente a emettere un mandato d'arresto europeo.

2. Per autorità giudiziaria dell'esecuzione si intende l'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione che, in base alla legge di detto Stato, è competente dell'esecuzione del mandato di arresto europeo.

3. Ciascuno Stato membro comunica al Segretariato generale del Consiglio qual è l'autorità competente in base al proprio diritto interno.

Articolo 7 - Ricorso all'autorità centrale

1. Ciascuno Stato membro può designare un'autorità centrale o, quando il suo ordinamento giuridico lo prevede, delle autorità centrali per assistere le autorità giudiziarie competenti.

2. Uno Stato membro può, se l'organizzazione del proprio sistema giudiziario interno lo rende necessario, affidare alla (alle) propria (proprie) autorità centrale (centrali) la trasmissione e la ricezione amministrativa dei mandati d'arresto europei e della corrispondenza ufficiale ad essi relativa.

Lo Stato membro che voglia avvalersi delle facoltà descritte nel presente articolo comunica al Segretariato generale del Consiglio le informazioni relative all'autorità centrale (alle autorità centrali) designata(e). Dette indicazioni sono vincolanti per tutte le autorità dello Stato membro emittente.

Articolo 8 - Contenuto e forma del mandato d'arresto europeo

1. Il mandato d'arresto europeo contiene le informazioni seguenti, nella presentazione stabilita dal modello allegato:

- a.* identità e cittadinanza del ricercato;
- b.* il nome, l'indirizzo, il numero di telefono e di fax, l'indirizzo di posta elettronica dell'autorità giudiziaria emittente;
- c.* indicazione dell'esistenza di una sentenza esecutiva, di un mandato d'arresto o di qualsiasi altra decisione giudiziaria esecutiva che abbia la stessa forza e che rientri nel campo d'applicazione degli artt. 1 e 2;
- d.* natura e qualificazione giuridica del reato, in particolare tenendo conto dell'art. 2;
- e.* descrizione delle circostanze della commissione del reato, compreso il momento, il luogo e il grado di partecipazione del ricercato;
- f.* pena inflitta, se vi è una sentenza definitiva, ovvero, negli altri casi, pena mi-

nima e massima stabilita dalla legge dello Stato di emissione;

g. per quanto possibile, le altre conseguenze del reato.

2. Il mandato di arresto europeo è tradotto nella lingua ufficiale o in una delle lingue ufficiali dello Stato membro di esecuzione. Ciascuno Stato membro può al momento dell'adozione della presente decisione quadro, o successivamente, attestare in una dichiarazione depositata presso il Segretariato generale del Consiglio che accetterà una traduzione in una o più lingue ufficiali delle istituzioni delle Comunità europee.

CAPO 2 - Procedura di consegna

Articolo 9 - Trasmissione di un mandato d'arresto europeo

1. Quando il luogo in cui si trova il ricercato è conosciuto, l'autorità giudiziaria emittente può comunicare il mandato d'arresto europeo direttamente all'autorità giudiziaria dell'esecuzione.

2. L'autorità giudiziaria emittente può, in ogni caso, decidere di segnalare la persona ricercata nel Sistema di Informazione Schengen (SIS).

3. Siffatta segnalazione è effettuata conformemente alle disposizioni dell'art. 95 della Convenzione del 19 giugno 1990, di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni. Una segnalazione nel Sistema di Informazione Schengen equivale a un mandato d'arresto europeo corredato delle informazioni di cui all'art. 8, par. 1.

Per un periodo transitorio, fintanto che il SIS non sarà in grado di trasmettere tutte le informazioni di cui all'art. 8, la segnalazione equivarrà ad un mandato d'arresto europeo in attesa del ricevimento in debita forma dell'originale da parte dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione.

Articolo 10 - Modalità di trasmissione di un mandato d'arresto europeo

1. Se l'autorità giudiziaria emittente ignora quale sia l'autorità giudiziaria dell'esecuzione competente, effettua le ricerche necessarie, specie attraverso i punti di contatto della Rete giudiziaria europea⁸, per ottenere tale informazione dallo Stato di esecuzione.

2. Se l'autorità giudiziaria emittente lo desidera, la trasmissione può essere effettuata mediante il sistema di telecomunicazione protetto della Rete giudiziaria europea.

3. Se non è possibile ricorrere al Sistema di Informazione Schengen, l'autorità giudiziaria emittente può fare ricorso ai servizi dell'Interpol per comunicare il mandato d'arresto europeo.

4. L'autorità giudiziaria emittente può trasmettere il mandato d'arresto europeo con qualsiasi mezzo sicuro in grado di produrre una registrazione scritta a condizioni che consentano allo Stato membro dell'esecuzione di verificarne l'autenticità.

5. Qualsiasi difficoltà relativa alla trasmissione o all'autenticità di un documento necessario per l'esecuzione del mandato d'arresto europeo è risolta attraverso contatti

⁸ Azione comune del 29 giugno 1998 sull'istituzione di una Rete giudiziaria europea (*Guce* n. L 191 del 7 luglio 1998, p. 4).

diretti tra le autorità giudiziarie interessate o, se del caso, con l'intervento delle autorità centrali degli Stati membri.

6. Se l'autorità che riceve un mandato d'arresto europeo non ha la competenza per dargli seguito, lo trasmette d'ufficio alla sua autorità nazionale competente e ne informa l'autorità giudiziaria emittente.

Articolo 11 - Diritti del ricercato

1. Quando il ricercato è arrestato l'autorità giudiziaria dell'esecuzione competente lo informa, in conformità con il proprio diritto interno, del mandato d'arresto europeo e del suo contenuto, nonché della possibilità di acconsentire alla propria consegna all'autorità giudiziaria emittente.

2. Il ricercato arrestato in esecuzione di un mandato d'arresto europeo ha il diritto di essere assistito da un consulente legale e da un interprete, conformemente al diritto interno dello Stato membro di esecuzione.

Articolo 12 - Mantenimento in custodia

Quando una persona viene arrestata sulla base di un mandato d'arresto europeo, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione decide se la persona debba o meno rimanere in stato di custodia conformemente al diritto interno dello Stato membro dell'esecuzione. In qualsiasi momento è possibile la rimessa in libertà provvisoria, conformemente al diritto interno dello Stato membro di esecuzione, a condizione che l'autorità competente di tale Stato membro adotti le misure ritenute necessarie ad evitare che il ricercato si dia alla fuga.

Articolo 13 - Consenso alla consegna

1. Se l'arrestato indica di acconsentire alla propria consegna, il consenso ed eventualmente la rinuncia espressa al beneficio della regola della specialità, definita all'art. 27, par. 2, sono raccolti dall'autorità giudiziaria dell'esecuzione in conformità con il diritto interno dello Stato membro di esecuzione.

2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché il consenso ed eventualmente la rinuncia di cui al par. 1 siano raccolti in condizioni dalle quali risulti che l'interessato li ha espressi volontariamente e con piena consapevolezza delle conseguenze. A tal fine il ricercato ha diritto all'assistenza di un consulente legale.

3. Il consenso ed eventualmente la rinuncia di cui al par. 1 sono verbalizzati secondo la procedura prevista dal diritto interno dello Stato membro di esecuzione.

4. Il consenso è in linea di massima irrevocabile. Ciascuno Stato membro può prevedere la revocabilità del consenso ed eventualmente della rinuncia in conformità con le norme applicabili di diritto interno. In tal caso per fissare i termini di cui all'art. 17 non si tiene conto del periodo che intercorre tra la data del consenso e quella della revoca. Lo Stato membro che desidera sfruttare detta possibilità ne informa il Segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea all'atto dell'adozione della presente decisione quadro e indica le modalità in base alle quali è possibile la revoca del consenso nonché qualsiasi modifica.

Articolo 14 - Audizione del ricercato

Se non dà il consenso alla propria consegna secondo le modalità di cui all'art. 13 l'arrestato ha diritto all'audizione a cura dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione in conformità con il diritto interno di tale Stato membro dell'esecuzione.

Articolo 15 - Decisione sulla consegna

1. L'autorità giudiziaria dell'esecuzione decide la consegna della persona nei termini e alle condizioni stabilite dalla presente decisione quadro.

2. L'autorità giudiziaria dell'esecuzione che non ritiene le informazioni comunicate dallo Stato membro emittente sufficienti per permetterle di prendere una decisione sulla consegna, richiede urgentemente le informazioni complementari necessarie segnatamente in relazione agli artt. 3, 4, 5 e 8 e può stabilire un termine per la ricezione delle stesse, tenendo conto dell'esigenza di rispettare i termini fissati all'art. 17.

3. L'autorità giudiziaria emittente può, in qualsiasi momento, trasmettere tutte le informazioni supplementari utili all'autorità giudiziaria dell'esecuzione.

Articolo 16 - Decisione in caso di concorso di richieste

1. Se due o più Stati membri hanno emesso un mandato di arresto europeo nei confronti della stessa persona, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione decide quale dei mandati di arresto deve essere eseguito, tenuto debito conto di tutte le circostanze e soprattutto della gravità relativa e del luogo in cui è avvenuto il reato, delle date rispettive di emissione dei mandati di arresto europei nonché del fatto che i mandati sono stati emessi ai fini dell'azione penale o per l'esecuzione di una pena o misura privative della libertà.

2. L'autorità giudiziaria dell'esecuzione può richiedere una consulenza all'Eurojust⁹ per prendere la decisione di cui al par. 1.

3. In caso di conflitto tra un mandato di arresto europeo ed una richiesta di estradizione presentata da un paese terzo, la competente autorità dell'esecuzione decide se dare la precedenza al mandato di arresto europeo o alla richiesta di estradizione, tenuto debito conto di tutte le circostanze, in particolare di quelle di cui al par. 1 e di quelle indicate nella Convenzione o nell'accordo applicabile.

4. Il presente articolo lascia impregiudicati gli obblighi degli Stati membri che derivano dallo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale.

*Articolo 17 - Termini e modalità
della decisione di esecuzione del mandato di arresto europeo*

1. Un mandato d'arresto europeo deve essere trattato ed eseguito con la massima urgenza.

⁹ Decisione n. 2002/187/GAI del Consiglio, del 28 febbraio 2002, che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità (*Guce* n. L 63 del 6 marzo 2002, p. 1).

2. Nei casi in cui il ricercato acconsente alla propria consegna, la decisione definitiva sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo dovrebbe essere presa entro 10 giorni dalla comunicazione del consenso.

3. Negli altri casi, la decisione definitiva sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo dovrebbe essere presa entro 60 giorni dall'arresto del ricercato.

4. In casi particolari, se il mandato d'arresto europeo non può essere eseguito entro i termini di cui ai par. 2 o 3, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione ne informa immediatamente l'autorità giudiziaria emittente e ne indica i motivi. In questi casi i termini possono essere prorogati di 30 giorni.

5. Fintanto che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non prende una decisione definitiva sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo, essa si accerterà che siano soddisfatte le condizioni materiali necessarie per la consegna effettiva.

6. Qualsiasi rifiuto di eseguire un mandato d'arresto europeo deve essere motivato.

7. Se, in circostanze eccezionali, uno Stato membro non è in grado di rispettare i termini stabiliti dal presente articolo, esso ne informa l'Eurojust, indicando i motivi del ritardo. Inoltre, uno Stato membro che ha subito ritardi ripetuti nell'esecuzione dei mandati d'arresto da parte di un altro Stato membro ne informa il Consiglio affinché sia valutata l'attuazione della presente decisione quadro a livello degli Stati membri.

Articolo 18 - Situazione in attesa della decisione

1. Se il mandato d'arresto europeo è stato emesso per esercitare un'azione penale l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve:

- a. o accettare che si proceda all'audizione del ricercato, ai sensi dell'art. 19 o;
- b. accettare il trasferimento temporaneo del ricercato.

2. Le condizioni e la durata del trasferimento temporaneo sono definite di comune accordo tra l'autorità giudiziaria emittente e l'autorità giudiziaria dell'esecuzione.

3. In caso di trasferimento temporaneo la persona deve poter tornare nello Stato membro di esecuzione per assistere alle udienze che la riguardano nel quadro della procedura di consegna.

Articolo 19 - Audizione della persona in attesa della decisione

1. L'audizione della persona ricercata è effettuata da un'autorità giudiziaria, assistita da un'altra persona designata conformemente alla legislazione dello Stato membro dell'autorità giudiziaria richiedente.

2. L'audizione del ricercato è effettuata conformemente alla legislazione dello Stato membro di esecuzione e le condizioni determinate di comune accordo dall'autorità giudiziaria emittente e l'autorità giudiziaria dell'esecuzione.

3. La competente autorità giudiziaria dell'esecuzione può incaricare un'altra autorità giudiziaria del proprio Stato membro di partecipare all'audizione del ricercato al fine di garantire una corretta applicazione del presente articolo e delle condizioni precedentemente stabilite.

Articolo 20 - Privilegi e immunità

1. Se il ricercato beneficia di un privilegio o di un'immunità di giurisdizione o di esecuzione nello Stato membro di esecuzione, il termine di cui all'art. 17 comincia a decorrere solo se e a partire dal giorno in cui l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è stata informata del fatto che tale privilegio o immunità è revocato.

Lo Stato membro di esecuzione assicura che saranno soddisfatte le condizioni materiali necessarie per la consegna effettiva, nel momento in cui la persona non beneficerà più di tale privilegio o immunità.

2. Se la revoca del privilegio o dell'immunità compete ad un'autorità dello Stato membro di esecuzione, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione le inoltra prontamente la richiesta. Se è invece competente un'autorità di un altro Stato o organizzazione internazionale, spetta all'autorità giudiziaria emittente farne richiesta.

Articolo 21 - Conflitto di obblighi internazionali

La presente decisione quadro non pregiudica gli obblighi dello Stato membro di esecuzione qualora il ricercato vi sia stato estradato da uno Stato terzo e sia tutelato dalle norme in materia di specialità contenute nell'accordo in virtù del quale ha avuto luogo l'estradizione. Lo Stato membro di esecuzione prende tutte le misure necessarie per chiedere immediatamente l'assenso dello Stato dal quale il ricercato è stato estradato in modo che questi possa essere consegnato allo Stato membro emittente. I termini di cui all'art. 17 cominciano a decorrere solo dal giorno in cui dette norme in materia di specialità cessano di essere applicate. In attesa della decisione dello Stato da cui il ricercato è stato estradato, lo Stato membro di esecuzione si accerterà che siano soddisfatte le condizioni materiali necessarie per la consegna effettiva.

Articolo 22 - Notifica della decisione

L'autorità giudiziaria dell'esecuzione notifica immediatamente all'autorità giudiziaria emittente la decisione riguardante il seguito dato al mandato d'arresto europeo.

Articolo 23 - Termine per la consegna

1. Il ricercato è consegnato al più presto, a una data concordata tra le autorità interessate.

2. Egli è consegnato al più tardi entro dieci giorni a partire dalla decisione definitiva di eseguire il mandato d'arresto europeo.

3. Nel caso in cui la consegna del ricercato entro il termine di cui al par. 2 sia impedita da cause di forza maggiore per uno degli Stati membri, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione e l'autorità giudiziaria emittente si contattano immediatamente e concordano una nuova data per la consegna. In tal caso, la consegna avviene entro i dieci giorni successivi alla nuova data concordata.

4. La consegna può, a titolo eccezionale, essere temporaneamente differita per gravi motivi umanitari, ad esempio se vi sono valide ragioni di ritenere che essa metterebbe manifestamente in pericolo la vita o la salute del ricercato. Il mandato d'ar-

resto europeo viene eseguito non appena tali motivi cessano di sussistere. L'autorità giudiziaria dell'esecuzione ne informa immediatamente l'autorità giudiziaria emittente e concorda una nuova data per la consegna. In tal caso, la consegna avviene entro i dieci giorni successivi alla nuova data concordata.

5. Allo scadere dei termini previsti ai par. da 2 a 4, se la persona continua a trovarsi in stato di custodia, essa è rilasciata.

Articolo 24 - Consegna rinviata o condizionale

1. L'autorità giudiziaria dell'esecuzione può, dopo aver deciso l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, rinviare la consegna del ricercato affinché questi possa essere sottoposto a procedimento penale nello Stato membro di esecuzione o, se è già stato condannato, affinché possa scontare nel suo territorio una pena prevista per un reato diverso da quello oggetto del mandato d'arresto europeo.

2. Invece di rinviare la consegna, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può, a titolo temporaneo, consegnare allo Stato membro emittente il ricercato, secondo condizioni da determinare di comune accordo tra l'autorità giudiziaria dell'esecuzione e l'autorità giudiziaria emittente. Tale intesa avviene per iscritto e le condizioni sono vincolanti per tutte le autorità dello Stato membro emittente.

Articolo 25 - Transito

1. Ciascuno Stato membro consente, salvo che si avvalga della possibilità di rifiutare qualora il transito di un suo cittadino o residente sia richiesto ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, il transito attraverso il suo territorio di un ricercato che deve essere consegnato, purché abbia ricevuto informazioni circa:

- a. l'identità e la cittadinanza della persona oggetto del mandato d'arresto europeo;
- b. l'esistenza di un mandato d'arresto europeo;
- c. la natura e la qualificazione giuridica del reato;
- d. la descrizione delle circostanze del reato, compresi la data ed il luogo.

Se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo ai fini di un'azione penale è cittadino o residente dello Stato membro di transito, il transito può essere subordinato alla condizione che la persona, dopo essere stata ascoltata, sia rinviata nello Stato membro di transito per scontarvi la pena o la misura di sicurezza pronunciata nello Stato membro emittente.

2. Ciascuno Stato membro designa un'autorità competente per la ricezione delle richieste di transito, dei documenti necessari e di qualsiasi altra corrispondenza ufficiale ad esse relativa. Gli Stati membri comunicano tale designazione al Segretariato generale del Consiglio.

3. La richiesta di transito e le informazioni di cui al par. 1 possono essere trasmesse all'autorità designata ai sensi del par. 2 con qualsiasi mezzo che consenta di conservarne una traccia scritta. Lo Stato membro di transito rende nota la sua decisione con la medesima procedura.

4. La presente decisione quadro non si applica, se sono utilizzate le vie aeree senza previsione di scalo. Tuttavia, in caso di atterraggio non programmato, lo Stato membro emittente fornisce all'autorità designata ai sensi del par. 2 le informazioni di cui al par. 1.

5. Se un transito riguarda una persona che deve essere estradata da un paese terzo verso uno Stato membro il presente articolo è applicabile *mutatis mutandis*. In particolare, l'espressione «mandato d'arresto europeo» sarà sostituita dai termini «richiesta di estradizione».

CAPO 3 - Effetti della consegna

Articolo 26 - Deduzione del periodo di custodia scontato nello Stato di esecuzione

1. Lo Stato membro emittente deduce il periodo complessivo di custodia che risulta dall'esecuzione di un mandato d'arresto europeo dalla durata totale della detenzione che dovrà essere scontata nello Stato emittente in seguito alla condanna a una pena o a una misura di sicurezza privative della libertà.

2. A tal fine l'autorità giudiziaria dell'esecuzione o l'autorità centrale designata ai sensi dell'art. 7 trasmette all'autorità giudiziaria emittente, all'atto della consegna, tutte le informazioni relative alla durata del periodo di custodia del ricercato in base al mandato d'arresto europeo.

Articolo 27 - Eventuali azioni penali per altri reati

1. Ogni Stato membro può notificare al Segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea che nei suoi rapporti con altri Stati membri che hanno effettuato la stessa notifica si presume che sia stato accordato l'assenso all'azione penale, alla condanna o alla detenzione ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà per eventuali reati anteriori alla consegna diversi da quello per cui è stato consegnato salvo che in un caso specifico l'autorità giudiziaria dell'esecuzione faccia una diversa dichiarazione nella sua decisione relativa alla consegna.

2. Salvi i casi previsti ai par. 1 e 3, la persona non è sottoposta a un procedimento penale, condannata o altrimenti privata della libertà per eventuali reati anteriori alla consegna diversi da quello per cui è stata consegnata.

3. Il par. 2 non si applica nei casi seguenti:

a. quando, pur avendo avuto l'opportunità di farlo, la persona non ha lasciato il territorio dello Stato membro al quale è stato consegnato nei 45 giorni successivi alla scarcerazione definitiva oppure vi ha fatto ritorno dopo averlo lasciato;

b. il reato non è punibile con una pena o una misura privative della libertà;

c. il procedimento penale non dà luogo all'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale;

d. qualora la persona sia soggetta ad una pena o misura che non implichi la privazione della libertà, ivi inclusa una misura pecuniaria, anche se può restringere la sua libertà personale;

e. qualora la persona abbia acconsentito alla propria consegna, oltre a rinunciare, se del caso, alla regola della specialità, in conformità dell'art. 13;

f. qualora, dopo essere stato consegnato, la persona abbia espressamente rinunciato a beneficiare della regola della specialità rispetto a particolari reati anteriori alla sua consegna. Tale rinuncia è raccolta dalle competenti autorità giudiziarie dello Stato membro emittente e verbalizzata in conformità con il diritto interno di quest'ultimo. Essa è redatta in modo che risulti che l'interessato l'ha espressa volontariamente e con piena consapevolezza delle conseguenze. A tal fine la persona ha diritto ad essere assistita da un consulente legale;

g. qualora l'autorità giudiziaria dell'esecuzione che ha consegnato la persona dia il suo assenso in conformità del par. 4.

4. La richiesta di assenso è presentata dall'autorità giudiziaria dell'esecuzione, corredata delle informazioni di cui all'art. 8, par. 1, nonché di una traduzione, come previsto all'art. 8, par. 2. L'assenso è accordato qualora il reato per cui è richiesto dia esso stesso luogo a consegna conformemente al disposto della presente decisione quadro. L'assenso è rifiutato per i motivi di cui all'art. 3 e, altrimenti, può essere rifiutato soltanto per i motivi di cui all'art. 4. La decisione interviene entro i trenta giorni dal ricevimento della richiesta.

Per le situazioni di cui all'art. 5 lo Stato emittente deve fornire le garanzie ivi previste.

Articolo 28 - Consegna o estradizione successiva

1. Ogni Stato membro può notificare al Segretariato generale del Consiglio che, nei suoi rapporti con altri Stati membri che hanno effettuato la stessa notifica, si presume che sia stato accordato l'assenso per la consegna della persona ad uno Stato membro, diverso dallo Stato membro di esecuzione, a seguito di un mandato d'arresto europeo emesso per un reato anteriore alla sua consegna, salvo che in un caso specifico l'autorità giudiziaria dell'esecuzione faccia una diversa dichiarazione nella sua decisione relativa alla consegna.

2. Una persona consegnata allo Stato membro emittente a seguito di un mandato d'arresto europeo può comunque essere consegnata senza l'assenso dello Stato membro di esecuzione ad uno Stato membro diverso dallo Stato membro di esecuzione a seguito di un mandato d'arresto europeo emesso per un reato anteriore alla sua consegna nei casi seguenti:

a. quando, pur avendo avuto l'opportunità di farlo, il ricercato non ha lasciato il territorio dello Stato membro al quale è stato consegnato nei 45 giorni successivi alla sua scarcerazione definitiva oppure vi ha fatto ritorno dopo averlo lasciato;

b. qualora il ricercato consenta ad essere consegnato ad uno Stato membro diverso dallo Stato membro di esecuzione a seguito di un mandato d'arresto europeo. Il consenso è raccolto dalle autorità giudiziarie competenti dello Stato membro emittente e verbalizzato in conformità con il diritto interno di quest'ultimo. Esso è redatto in modo che risulti che l'interessato l'ha espresso volontariamente e con piena consapevolezza delle conseguenze. A tal fine la persona ha diritto ad essere assistita da un consulente legale;

c. allorché il ricercato non beneficia della regola della specialità, in conformità dell'art. 27, par. 3, lett. *a.*, *e.*, *f.* e *g.*

3. L'autorità giudiziaria dell'esecuzione dà il suo assenso alla consegna ad un altro Stato membro secondo le seguenti regole:

a. la richiesta di assenso è presentata in conformità dell'art. 9, corredata delle informazioni di cui all'art. 8, par. 1, nonché di una traduzione, come previsto all'art. 8, par. 2;

b. l'assenso è accordato qualora il reato per cui è richiesto dia esso stesso luogo a consegna conformemente al disposto della presente decisione quadro;

c. la decisione interviene entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta;

d. l'assenso è rifiutato per i motivi di cui all'art. 3 e può essere altrimenti rifiutato soltanto per i motivi di cui all'art. 4.

Per le situazioni di cui all'art. 5 lo Stato membro emittente deve fornire le garanzie ivi previste.

4. In deroga al par. 1, la persona che è stata consegnata a seguito di un mandato d'arresto europeo non è estradata verso uno Stato terzo senza l'assenso delle autorità competenti dello Stato membro che ha provveduto alla consegna. L'assenso è accordato in conformità delle convenzioni che vincolano lo Stato membro che ha provveduto alla consegna del ricercato, nonché della legislazione nazionale del medesimo.

Articolo 29 - Consegna di beni

1. L'autorità giudiziaria dell'esecuzione, in conformità della legislazione nazionale e a richiesta dell'autorità giudiziaria emittente o di sua iniziativa, confisca e consegna beni che:

a. possono essere necessari come prova, ovvero

b. sono stati acquisiti dal ricercato a seguito del reato.

2. I beni di cui al par. 1 sono consegnati anche se il mandato d'arresto europeo non può essere eseguito a motivo del decesso o della fuga del ricercato.

3. Se i beni di cui al par. 1 sono passibili di sequestro o confisca nel territorio dello Stato membro di esecuzione, quest'ultimo può, qualora i beni siano necessari in relazione ad un procedimento penale in corso, disporre che siano temporaneamente bloccati o consegnarli allo Stato membro emittente a condizione che siano successivamente restituiti.

4. Sono fatti salvi gli eventuali diritti sui beni di cui al par. 1 acquisiti dallo Stato membro di esecuzione o da terzi. Ove tali diritti sussistano, lo Stato membro emittente restituisce i beni in questione, senza alcun onere, allo Stato membro di esecuzione quanto prima possibile dopo la fine del procedimento penale.

Articolo 30 - Spese

1. Le spese sostenute sul territorio dello Stato membro di esecuzione per l'esecuzione del mandato d'arresto europeo sono a carico di detto Stato membro.

2. Tutte le altre spese sono a carico dello Stato membro emittente.

(Omissis)

IL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO E L'ESECUZIONE DELLA DECISIONE QUADRO DEL 13 GIUGNO 2002 NELL'ORDINAMENTO ITALIANO*

Sommario: 1. *Quale patria per il giusto processo?* - 2. *Le difficoltà del sistema "comune" costituzional-penalistico dell'Unione europea* - 3. *Modello penale forte a regime europeo unico («grandi reati») o a doppio regime nazionale («reati comuni»)* - 4. *Il modello processuale penalistico europeo di tipo "acceleratorio": automatismo, termini brevi e controllo efficiente* - 5. *Attuazione in via legislativa e giurisdizionale della decisione quadro: le prospettive del processo euro-nazionale di «arresto e consegna»* - 6. *Profili particolari di attuazione legislativa della decisione quadro* - 7. *Competenza giurisdizionale (forum executionis del giudice naturale o del giudice dell'estradizione?)* - 8. *Misure provvisorie e misure definitive di arresto ed esecuzione: forma del provvedimento.*

1. Quale patria per il giusto processo?

Quando i "compassati" funzionari del Ministero della giustizia, insieme ai senatori e deputati delle corrispondenti commissioni parlamentari si trovano dinanzi il testo da eseguire entro il 31 dicembre di quest'anno concernente il c.d. «mandato di cattura europeo» si pongono preoccupati più domande sulle conseguenze ordinamentali previste e prevedibili sul sistema Italia della giustizia penale, ivi compresi gli aspetti sostanziali e processuali. Com'è noto, il

* Relazione presentata dall'Autore al Convegno internazionale su «*Il mandato di arresto europeo e l'estradizione*» tenutosi ad Urbino - San Marino nei giorni 22-24 maggio 2003.

primo grido di allarme è partito dagli ex Presidenti della Corte costituzionale, Giuliano Vassalli e Vincenzo Caianiello, dopo la decisione quadro del 13 giugno 2002, adottata all'unanimità con il pieno consenso dei Ministri della giustizia dell'Unione europea senza impugnativa nei termini previsti dai trattati d'Unione. Se il secolo scorso si era concluso con l'ingresso della normativa costituzionale del novellato art. 111 Cost. concernente il giusto processo, il nuovo secolo sembra aprirsi con una vera e propria sfida ai principi di recente introdotti, primo fra tutti il più sacrosanto tra essi: *nullum crimen sine lege*, per una duplice ragione: *a.* l'introduzione di un processo penale di origine europea distinto da quello nazionale sembra contraddire il principio dell'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge in quanto il processo fondato sul mandato di arresto europeo avrebbe natura, fasi procedurali e termini accelerati rispetto a tutti gli altri pendenti dinanzi ai giudici italiani; *b.* la sottoposizione di tale processo di origine europea alla sola legge penale dello Stato estero richiedente per la gran parte dei reati ivi contemplati, cosiddetti grandi reati, rende non conoscibile preventivamente tale legge sia al giudice, sia al cittadino italiano con apparente violazione del principio *nullum crimen sine lege*, mentre invece la doppia incriminazione, secondo la legge penale estera e la legge penale italiana, risulta prevista solo per i cosiddetti reati minori.

Ben inteso, un super codice penale prevede una lista di trentadue reati europei identificati come grandi reati o illeciti di grande allarme politico-sociale sui quali si è già esercitata e ancora si esercita in modo convulso la legislazione penale nazionale. Accanto a questa lista di reati, previsti e nominati, tutti gli altri, punibili fino ad un anno di arresto o reclusione, restano affidati alla vecchia regola della doppia incriminazione della legislazione dei due Stati, richiedente ed esecutore del mandato di arresto obbligatorio. A parte tale super codice di sostanza, un vero e proprio codice di rito istituisce una disciplina particolareggiata e di dettaglio riguardante le procedure di arresto e di consegna degli indagati, imputati o condannati in processi penali pendenti in qualsivoglia Stato membro dell'Unione con tecniche preferenziali ed acceleratorie destinate a concludersi in un termine ordinario, ma non perentorio di 60 giorni dalla richiesta.

Di tali procedure preferenziali, rispetto a quelle ordinarie nazionali, ha fatto già esperienza il nuovo processo amministrativo italiano pervenuto solo recentemente a stabilire un riparto più equo di giurisdizione tra giudici civili e giudici amministrativi in conformità ad omologhe e risalenti direttive comunitarie rimaste sotto osservazione fin dagli inizi degli anni Novanta e poi finalmente eseguite dopo oltre un decennio. Inoltre, anche nel nuovo processo giurisdizionale amministrativo italiano, non è stato facile armonizzare l'antica distinzione «diritto soggettivo - interesse legittimo», già inteso come criterio storico di riparto di competenze giurisdizionali e ciò in un sistema europeo che tale distinzione considera non prevalente o comunque assolutamente minoritaria.

In parallelo, la novellata figura costituzionale del c.d. giusto processo, secondo la formula tecnico-giuridica adoperata dall'art. 111 *post*, rappresenta un'equilibrata soluzione nazionale dei corrispondenti istituti coesistenti nell'Unione europea denominati in modo analogo, ma non coincidente «processo dovuto» nelle forme di legge (*due process*) o, viceversa, processo equo (*procès équitable*), formula novellata senza precedenti non solo in Europa, ma anche nella tradizione costituzionale italiana dell'ultimo secolo, notoriamente riferente il termine giusto non al processo come serie di fasi e di atti di giurisdizione, bensì al complessivo sistema istituzionale legato al "Ministero di giustizia".

Con riferimento al processo penale europeo, le procedure acceleratorie nascono dalla corrispondente esigenza di un'adeguata azione preventiva e repressiva di contrasto alla criminalità organizzata di carattere transnazionale nel grande mercato unico europeo. Alla repressione della criminalità economica nazionale, però, sarebbero state sufficienti le precedenti normative largamente collaudate concernenti l'estradizione dei rei ed il sistema Schengen di informazione di polizia. A rendere inoperante tale sistema o almeno inefficiente per i tempi ed i risultati del suo concreto operare ha concorso il sopravvenuto incrocio con la criminalità politica di tipo terroristico e lo scontro con una rete euro-internazionale complessa di criminalità economica, mista a criminalità politica. Tanto ha reso indispensabile azzerare la normativa europea preesistente nel triplice settore appena indicato, concernente le convenzioni sull'estradizione, l'informazione Schengen e la cooperazione giudiziaria e di polizia, come strumenti privilegiati nel più ampio spazio giudiziario europeo.

Un sistema come quello previsto, seppur obbligatoriamente vigente, ma ancora largamente sconosciuto o non ancora analizzato, risulta di agevole applicazione purché sia assicurato il funzionamento dei due principali istituti che ne segnano le direzioni di marcia: primo tra essi, il consapevole ed informato consenso dell'indagato, imputato, condannato alla scelta del sistema processuale a lui più noto secondo un criterio di conoscenza o di prova di cui si renda edotto in presenza di un avvocato liberamente prescelto in un'udienza riservata dinanzi al giudice dello Stato richiesto di emettere il provvedimento di arresto o di consegna; in secondo luogo, il provvedimento di accettazione o di rifiuto o di richiesta di nuove indagini da parte del giudice dell'esecuzione sulla richiesta proveniente da altro giudice dell'Unione nel cui territorio, in tutto o in parte, il reato si sia compiuto o il reo non abbia allo stato la dimora, la residenza o il domicilio.

Sono sufficienti tali sommarie indicazioni per comprendere le novità di un sistema di diritto penale europeo di tipo federale largamente affidato alla tempestiva iniziativa dei servizi della giustizia penale (e di polizia giudiziaria) ed alla cooperazione bilaterale, continua e leale fra gli stessi. In tale complessivo spazio giudiziario europeo, ogni giudice e ogni altro soggetto inquirente o re-

quirente, nonché ogni avvocato legittimamente deputato alla difesa di interessi privati o pubblici diviene automaticamente soggetto processuale interno e non più esterno rispetto ad ogni Stato membro dell'Unione. In tale ridefinito spazio giudiziario europeo, ciascun sistema penale di giustizia dovrà, nel concorso e nel riconoscimento reciproco dei valori e degli atti giudiziari, dimostrare in concreto di essere "Patria" del proprio giusto processo e giustamente dovrà difendere il giusto diritto alla «identità giurisdizionale nazionale», anche in ipotesi di prevedibile contrasto o conflitto di valutazioni o di atteggiamenti con autorità giurisdizionali corrispondenti di altri Paesi dell'Unione.

Nella prospettiva suindicata, tanto vicina alla tradizione anglosassone della "formazione giudiziaria" del diritto penale e processuale, ma anche alla tradizione europea della "formazione legislativa" di tale diritto non è facile prevedere il risultato ultimo e finale derivante dall'avvicinamento e dall'armonizzazione di modelli e di mentalità culturali così profondamente radicate in ciascuna patria giudiziaria locale e nazionale. Sovviene, però, la memoria di un precedente letterario riferito alla storia giudiziaria dell'Italia meridionale nella sua tradizione euro-nazionale ed euro-locale. Nel suo viaggio in Italia ricorda Goethe di aver sempre incontrato il popolo siciliano ricevendo la domanda costituzionale circa il ritorno dell'antico Imperatore. Alla sua domanda quale Imperatore, Federico il Grande, Giudice di Berlino o Federico II, Giudice di Napoli e di Palermo? La risposta del popolo siciliano era sempre la stessa: «Aspettiamo le sentenze e le ordinanze di Federico II da Napoli e da Palermo, perché esse sono scritte nel nome dell'Imperatore che qui risiede».

2. Le difficoltà del sistema "comune" costituzional-penalistico dell'Unione europea

La base costituzionale comune allo spazio giudiziario europeo, nel quale bisogna garantire un livello elevato di sicurezza, sta nella combinazione tra "garanzie minime" assicurate a tutti i cittadini europei e "garanzie ulteriori" garantite a tutti i cittadini degli Stati membri. Da tale combinato disposto costituzionale deriva che il principio di uguaglianza per i cittadini europei comporta un processo penale "unico" definito dai criteri di libera circolazione e mutuo riconoscimento delle decisioni penali. Al contrario, il principio di uguaglianza nel processo penale interno significa libera scelta nell'individuazione dell'autorità giurisdizionale competente e conseguente identificazione del procedimento penale da seguire per l'esecuzione dei mandati di arresto e la consegna dei sospettati o condannati.

A parte le indicate difficoltà di diritto penale sostanziale e processuale, l'obiezione principale mossa alla decisione quadro 13 giugno 2002 concerne il

suo mancato inquadramento nel testo di una vera e propria Costituzione europea inesistente a tale data e solo attualmente in corso di esecuzione. Anche se gli attuali Trattati di Maastricht, Amsterdam, Nizza concernenti l'istituzione di uno spazio giudiziario europeo di giustizia, libertà e sicurezza dovessero configurarsi come una giurisdizione penale *in fieri*, essi comunque dovrebbero integrarsi con le disposizioni costituzionali italiane in materia di giusto processo allo scopo di creare una combinazione destinata a fronteggiare la criminalità internazionale nella macro-regione europea, dove impera un unico grande sistema *bi-level* di natura euro-nazionale. All'interno di tale ambito, i diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione e dei cittadini italiani vanno comunque considerati unitariamente come un insieme unico e diversificato di garanzie a tutela dei diritti civili dinanzi ai giudici italiani (artt. 13 e 27 Cost.).

All'ipotesi di un conflitto tecnico-giuridico ovvero di un'autonomia normativa fra politica europea della giustizia e sistema giudiziario nazionale italiano risultano ovviamente ascrivibili più ragioni di politica costituzionale. Normalmente l'*input* per una riforma costituzionale penalistica (sostanziale e processuale) passa per la via dell'ordinamento unionistico-europeo non altrimenti anticipata o contraddetta sul piano interno. Alla contitolarità ovvero al condominio legislativo euro-nazionale sono riservate infinite possibilità di adattamento anche nel delicatissimo settore definito del c.d. spazio giudiziario europeo. In un'area comune ai grandi e condivisi valori costituzionali di «libertà-sicurezza-justizia», sono possibili atteggiamenti sia contrappositivi che combinatori di gestione del giusto processo, anzi il consenso unanime riassunto nella doppia sede del consenso del Consiglio europeo dei Capi di Stato e di Governo (Tampere 1999), nonché dei Ministri della giustizia in sede di decisione quadro del 13 giugno 2002 (procedura 2001-2002 su parere conforme del Parlamento europeo, previa proposta della Commissione) presuppone l'esistenza di un *idem sentire* costituzionale su basi pluralistiche e articolate, idonee ad assicurare la convivenza tra un sistema policentrico di giurisdizioni penali nazionali armonizzate intorno ad alcune regole comuni (norme quadro).

All'ipotesi del distacco normativo euro-nazionale, inteso come autonomia graduata e differenziata degli ordinamenti nazionali processual-penalistici, si riporta invece la fase discendente ovvero di attuazione della decisione quadro 13 giugno 2002, evidenziata dal decorso dei tempi di esecuzione normativa dinanzi ai Parlamenti nazionali degli Stati dell'Unione, nella gran parte dei casi in assenza di un vero e proprio disegno legislativo per l'esecuzione. A tale situazione non inusuale di *mora legis* o di tempo di attesa della legislazione - cui almeno nel nostro Paese si immagina di porre rimedio in occasione dell'ormai sopravveniente semestre di presidenza italiana dell'Unione europea - sono certamente da riferire più profonde ragioni, se non di incoerenza almeno di "disadattamento" costituzionale rispetto al modello

costituzionale penalistico europeo ancora *in fieri* o *tout court* della cd. «Costituzione europea».

Nel difficile rapporto tra costituzione europea *in fieri* e costituzioni nazionali degli Stati membri dell'Unione si evidenzia la singolarità di una costituzione europea che non appartiene ad un ente unico, bensì ad un ente costituzionale complesso quale un'unione di Stati. Ovviamente non trattasi di una pura e semplice difficoltà testuale rappresentata dalla sovrapposizione di un testo unico europeo (trattati di Unione) ad un testo plurimo (pluralità di singoli testi e tradizioni costituzionali nazionali). A tale difficoltà, per così dire documentale, sopperiscono gli stessi trattati di Unione mediante un adeguato coordinamento di rinvio tecnico normativo alle Costituzioni ed alle leggi nazionali armonizzate (artt. 6-31-34 Trattato di Unione), né nella *sedes materiae*, rappresentata dalla decisione quadro 13 giugno 2002, difettano più dettagliati rinvii essenziali e pregiudiziali ai sacri testi di diritto europeo secondario, derivato o collegato in tema di salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, ivi compreso il diritto alla giustizia (art. 47 della Carta di Nizza 7 dicembre 2000 sui diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 6 della Convenzione europea 4 novembre 1950).

Anche tale esperienza di *ius publicum* costituzionale europeo non si sottrae alla legge storica dei rapporti fra regole di *ius generale* – uno e unico – e di *ius particolare* per sua natura plurimo e molteplice e comunque non univoco rispetto al primo, a causa delle ragioni stesse legate alla peculiarità degli ordinamenti giuridici "parziali". A tale *ius commune* il recente progetto o bozza di Trattato costituzionale dell'Unione (art. 5 versione del *Presidium* 6 febbraio 2003) attribuisce la denominazione di "nucleo duro" dello spazio costituzionale europeo, altrimenti definito con varianti terminologiche, quali massa critica, "patrimonio comune" o "radici comuni". Resta una massa costituzionale esterna al nucleo centrale. In altre parole convivono e concorrono tesi e tradizioni di costituzionalismo periferico o marginale certamente su base decentrata, ma non residuale rispetto al primo (euro-centro costituzionale).

La mancata impugnativa della decisione quadro 13 giugno 2002 – entro il previsto termine di due mesi dalla sua avvenuta pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* n. L 190 del 18 luglio 2002 – rappresenta un sicuro parametro di legittimità ai sensi dell'ordinamento unionistico-europeo. Tanto non esime, però, da un controllo di costituzionalità decentrata diffusa alla stregua dell'ordinamento costituzionale italiano sui contenuti, ovviamente limitati, della legislazione italiana di esecuzione nelle forme da essa assunte o assumibili. Tale legislazione – in forma presuntivamente di legge delega o di decreti legislativi delegati – dovrà quindi incanalarsi lungo il doppio binario segnato dal controllo di legalità comunitaria (Corte di Lussemburgo) circa la esatta e conforme esecuzione nazionale italiana, ma anche

del controllo di legittimità costituzionale (Corte costituzionale italiana)¹.

Ciò premesso, ai fini del doppio controllo di legalità comunitaria ed europea e di costituzionalità italiana, è da auspicare, peraltro, l'istituzione di un osservatorio di monitoraggio periodico sul funzionamento del nuovo sistema integrato dello spazio costituzionale penalistico euro-nazionale allo scopo di assicurarne l'aggiornamento normativo in conformità alle corrispondenti revisioni dell'intero sistema di cooperazione giudiziaria. Tale monitoraggio dovrà, inoltre, verificare le concrete modalità del sistema giudiziario italiano interconnesso e inter-comunicante con quelli dei Paesi membri dell'Unione. Strumento ordinario di tale sistema è il «Modulo europeo» allegato alla decisione quadro, a contenuto e forma di mandato di arresto. L'adozione di tale modulistica - opportunamente resa flessibile da parte del legislatore italiano dell'esecuzione - fornirebbe una garanzia ulteriore nel sistema giudiziario penale e, per esso, al giudice interno dell'arresto e della consegna territorialmente o funzionalmente competente, nonché agli operatori del diritto ed alle parti interessate.

3. Modello penale forte a regime europeo unico («grandi reati») o a doppio regime nazionale («reati comuni»)

Nel quadro di una costituzione euro-nazionale *bi-level*, la decisione quadro 13 giugno 2002 inserisce l'esigenza di un coordinamento normativo di diritto penale europeo fra leggi penali italiane e quelle dei Paesi dell'Unione nel quadro di un nuovo diritto penale internazionale. La legge penale italiana, applicabile come legge territoriale a titolo di *lex executionis*, risulta, infatti, derogata dalla legge penale di uno Stato dell'Unione a titolo di *lex foris emissionis* oppure risulta applicabile a titolo di concorso nell'ipotesi della doppia incriminazione. Nel primo caso si pone un problema di scelta della legge penale applicabile, nel secondo caso, viceversa, un problema di concorso tra leggi penali ugualmente applicabili.

Si premette che il mandato di arresto europeo consiste in una richiesta proveniente da un'autorità giudiziaria competente (Stato di emissione) con la quale si richiede all'autorità giudiziaria destinataria (cd. Stato di esecuzione) quanto segue: «Chiedo che la persona menzionata appresso sia arrestata e

¹ Il par. 12 del preambolo normativo alla decisione quadro del 13 giugno 2002, così, definisce tale doppio binario normativo fra normativa costituzionale europea e nazionale: «La presente decisione quadro rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti nell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente il capo VI. (...)».

La presente decisione quadro non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al giusto processo, al rispetto delle norme sulla libertà di associazione, alla libertà di stampa ed alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione».

consegnata ai fini dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una pena o misura di sicurezza privative della libertà»².

All'interno di tale generica formula, le tre cause di richiesta, quali azione penale, esecuzione di una pena ed esecuzione di una misura di sicurezza privativa della libertà, possono correlarsi a ben distinte tipologie di reato rispettivamente corrispondenti ad un modello forte di grandi reati europei o, viceversa, ad un modello debole di reati comuni. La differenza consiste nella diversa sfera di applicazione del mandato di arresto, rispettivamente riferito ad un elenco di 32 reati-tipo sottoposti alla sola legislazione dello Stato emittente rispetto a tutti gli altri sottoposti alla doppia incriminazione, secondo la legge penale concorrente di tale Stato e dello Stato di esecuzione. Alla prima soluzione compete di avere designato come legge penale unica applicabile quella dello Stato emittente con esclusione di ogni altra ai fini della richiesta di riconoscimento del mandato di arresto e delle conseguenti misure di consegna. In tal modo, la scelta tra le due leggi penali astrattamente concorrenti è risolta a favore della prima in quanto ritenuta la più idonea per la punizione del reato in oggetto, in ragione della sua particolare natura o gravità e purché la stessa preveda una pena non inferiore a tre anni.

Nella lista dei 32 reati o grandi reati, compare una tipologia definibile *«aliunde»* in base alla *lex emissionis*, in quanto i reati risultano «solo ed esclusivamente da essa» (art. 2). Gli stessi appaiono divisibili in cinque sottocategorie in cui rispettivamente risultano quelli di criminalità organizzata nazionale o transnazionale, quali la partecipazione ad un'organizzazione criminale o il terrorismo, la tratta di esseri umani, lo sfruttamento sessuale dei bambini e della pornografia infantile, il traffico illecito degli stupefacenti e delle sostanze psicotrope, nonché quello di armi, munizioni ed esplosivi.

Come ulteriore sottocategoria compaiono i reati contro la P.A. anche di natura finanziaria o economica, secondo una tipologia molto ampia concernente la corruzione, la frode, compresa quella lesiva degli interessi finanziari delle Comunità europee (Convenzione del 16 luglio 1985), il riciclaggio di proventi del reato, la falsificazione di moneta (compresa la contraffazione dell'euro), la criminalità informatica ed ambientale (compreso il traffico illecito di specie animali protette e di specie vegetali), il favoreggiamento all'ingresso e al soggiorno illegale.

² Il mandato di arresto europeo «può essere emesso per dei fatti puniti dalle leggi dello Stato membro emittente con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà della durata massima non inferiore a 12 mesi oppure, se è stata disposta la condanna ad una pena o è stata inflitta una misura di sicurezza per condanne pronunciate di durata non inferiore a 4 mesi». Danno luogo a consegna, in base al mandato di arresto europeo, alle condizioni stabilite dalla presente decisione-quadro e indipendentemente dalla doppia incriminazione per il reato, i reati seguenti, quali definiti dalla legge dello Stato membro emittente se in detto Stato membro il massimo della pena o della misura di sicurezza privativa della libertà per tali reati è pari o superiore a 3 anni.

Come terza categoria troviamo i reati contro la persona quali l'omicidio volontario e le lesioni personali gravi, il traffico illecito di organi e tessuti umani, il rapimento, sequestro e presa di ostaggi, il razzismo e la xenofobia.

La quarta categoria comprende i reati contro il patrimonio come il furto, i furti organizzati con uso di armi, il traffico illecito di beni culturali, compresi gli oggetti di antiquariato ed opere d'arte, la truffa, il *racket* e l'estorsione, la contraffazione e la pirateria in materia di prodotti.

Come quinta categoria troviamo i reati di falso consistenti nella falsificazione di atti amministrativi e traffico di documenti falsi e nella falsificazione di mezzi di pagamento.

Abbiamo poi la categoria dei reati di danno e di pericolo grave contro la persona ed il patrimonio consistenti nel traffico illecito di sostanze ormonali ed altri fattori di crescita, nel traffico illecito di materie nucleari e radioattive, traffico di veicoli rubati, stupro, incendio doloso.

Come ultima categoria troviamo i reati internazionali consistenti in grosse violazioni contro l'umanità o contro interessi internazionali degli Stati quali quelli rientranti nella competenza giurisdizionale della Corte penale internazionale, il dirottamento di aerei /navi ed il sabotaggio.

Indipendentemente da tale lista di grandi reati, sono invece sottoposti non ad una legge penale unica, ma alla doppia legge del luogo di emissione del mandato tutti gli altri reati comuni con la conseguenza di poter essere il reo punito secondo l'una o l'altra legge penale. Stabilisce infatti lo stesso art. 2, par. 4, della decisione quadro che «per quanto riguarda i reati non contemplati dal par. 2, la consegna può essere subordinata alla condizione che i fatti per i quali è stato emesso il mandato di arresto europeo costituiscano reato ai sensi della legge dello Stato membro di esecuzione, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualifica dello stesso».

4. Il modello processuale penalistico europeo di tipo "acceleratorio": automatismo, termini brevi e controllo efficiente

Ulteriore motivo di possibile contrasto tra l'ordinamento giuridico europeo e quello nazionale italiano concerne i profili strettamente processuali. In modo particolare, il mandato di cattura europeo, come regolato dalla decisione quadro 13 giugno 2002, si inserisce in un modello di tipo "acceleratorio" determinato da una pluralità di esigenze intese ad assicurare mutuo riconoscimento alle decisioni giudiziarie dei Paesi dell'Unione in materia penale rese più celeri al fine di rispondere in modo adeguato alle sfide della criminalità organizzata internazionale e di superare le tradizionali lentezze del processo di estradizione, nonché infine allo scopo di utilizzare al meglio le risorse

se tecnologiche della società dell'informazione e, più specificamente, i cospicui risultati prodotti dall'attività di cooperazione tra le polizie europee (Euro-pol) anche nell'ambito del sistema di informazioni Schengen (SIS). Tutto questo si pone a confronto con la disciplina costituzionale italiana (art. 111 Cost.) ancorata ai cosiddetti tempi ragionevoli del processo perseguiti nel nostro ordinamento giuridico con misure organizzative e procedurali ancora in fase di larga sperimentazione e, comunque, di durata non confrontabile rispetto a quella imposta dal regime europeo contemplato dalla decisione quadro 13 giugno 2002.

Tra i caratteri del mandato di arresto, idonei a differenziarlo dal tradizionale istituto dell'extradizione, ci sono senz'altro l'automatismo, la brevità dei termini ed il "controllo efficiente", eseguito da parte del giudice dello Stato di esecuzione. Considerando, infatti, che il mandato di arresto corrisponde ad una decisione giudiziaria indirizzata al giudice di un altro Stato, esso si qualifica come una decisione-richiesta, cioè finalizzata ad ottenere un provvedimento corrispondente secondo le regole classiche della cooperazione giudiziaria internazionale. Non le sono conferiti, infatti, effetti diretti ed immediati nell'ordinamento dello Stato di esecuzione, sia per ragioni generali legate alla natura propria della decisione quadro, priva di effetti diretti negli Stati membri, sia per il carattere peculiare dello stesso provvedimento *a quo*, costituente solo il presupposto di un ulteriore provvedimento di vero e proprio controllo o "riesame" operato da parte del giudice *ad quem*.

Alla luce di tali principi, ne consegue che l'automatismo del provvedimento di arresto europeo va intenso come condizionato e limitato e trattasi, quindi, di automatismo relativo non venendosi così a combinare alla competenza del giudice del *forum jurisdictionis*, l'altra correlata competenza del giudice del foro *executionis* specificabile come *forum arresti* e/o *forum detentionis*. Come si vedrà, infatti, le condizioni dell'automatismo sono talmente ampie e dettagliate da potersi ben parlare di automatismo condizionato in tre direzioni, determinate le quali ne consegue il rifiuto obbligatorio o facoltativo del provvedimento di arresto o viceversa una sua accettazione condizionata o incondizionata.

Prima ipotesi di rifiuto o di non esecuzione obbligatoria del mandato di arresto è quella legata alla presenza di cause certe di giustificazione o esecuzione penale, quali l'amnistia, la precedente condanna per lo stesso fatto o la non imputabilità penale della persona destinataria del mandato (art. 3). Come seconda causa di rifiuto o di non esecuzione facoltativa del mandato di arresto europeo sono previste tutte le ipotesi tipiche di conflitto tra leggi penali o processuali di Stati diversi, quali la doppia incriminazione, la litispendenza, la *res iudicata*, la prescrizione sostanziale o processuale, il *ne bis in idem*, l'alternativa tra *forum arresti* e *forum detentionis* ed infine la prevalenza

della *lex patriae* o nazionale del reo sulla *lex loci commissi delicti* ai fini del rifiuto di esecuzione (art. 4). Infine, una terza ed ultima ipotesi prevede l'accettazione condizionata da parte del giudice del *forum arresti*, il quale subordina l'accettazione del mandato ad una serie di condizioni precise nel caso in cui il medesimo sia stato emesso in forma contumaciale (*in absentia*) ovvero prevede una pena consistente nella misura dell'ergastolo o, infine, sia richiesta per sola audizione del reo. In tutti questi casi, la condizione consiste rispettivamente nella richiesta di un processo di revisione o di una misura di clemenza o di una consegna per finalità non penitenziali.

Le altre condizioni di brevità e di controllo sono disciplinate con riguardo alla procedura di consegna (artt. 9-25) ed agli effetti della stessa (artt. 26-30). Sia pur con qualche difficoltà linguistica derivante dall'uso differenziato di persona ricercata e persona arrestata, deve sostanzialmente ritenersi determinante la previsione del termine breve di svolgimento dell'intera procedura di consegna da compiersi nel periodo di 60 giorni dall'arresto, prorogabile di 30 giorni per ragioni motivate. Il termine si riduce a 10 giorni nell'ipotesi di accettazione del mandato di arresto da parte dell'interessato.

In tale contesto temporale, sono dettate norme *ad hoc* regolatrici delle modalità di trasmissione del mandato (artt. 9-10), dei diritti del ricercato (artt. 11-14) e delle modalità e termini della decisione (art. 17). Norme ulteriori disciplinano la decisione nel caso di concorso di richieste (art. 16), la decisione su provvedimenti cautelari (art. 18), sull'audizione (art. 19), sull'ipotesi di concorso tra mandato di arresto e richiesta di estradizione (art. 21) ed infine sulla c.d. procedura di arresto in transito.

Il Capo III della decisione è, infine, dedicato alla disciplina degli effetti della consegna (artt. 26-30) ai fini della deduzione del periodo di custodia nel computo della pena eventualmente irrogata, del rapporto del mandato di cattura con altri reati anteriori e diversi rispetto a quello per cui si procede (principio di specialità), della diversa disciplina del rapporto tra consegna ed estradizione riferita a Stati diversi o a reati anteriori ed infine alla misure di confisca o di consegna dei beni utilizzabili nel procedimento *de quo*. L'ultima norma concerne la imputazione delle spese rispettivamente allo Stato di emissione ed a quello di esecuzione per le relative attività ivi svolte.

5. Attuazione in via legislativa e giurisdizionale della decisione quadro: le prospettive del processo euro-nazionale di «arresto e consegna»

Alla luce di tale premesse di diritto costituzionale e di diritto penale e processuale è possibile prevedere i lineamenti dell'emananda legislazione italiana esecutiva della decisione quadro. Com'è noto nel nostro ordinamento

la legge 9 marzo 1989, n. 86 (c.d. legge La Pergola) come successivamente modificata, prevede lo strumento ordinario della c.d. legge ordinaria annuale per l'esecuzione delle direttive comunitarie e delle decisioni quadro concernenti l'attuazione dello spazio giudiziario europeo nel nostro ordinamento giuridico. Invero, allo stesso modo delle direttive, le decisioni quadro, ai sensi dell'art. 34, n. 2, lett. *b.* del Trattato d'Unione «(...) sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza dell'autorità nazionale in merito alla forma ed ai mezzi. Esse non hanno efficacia diretta». Tale procedura comunitaria annuale non esclude che la decisione quadro possa essere eseguita con un procedimento legislativo *ad hoc* corrispondente a quello della legge comunitaria e cioè mediante legge ordinaria o legge di delegazione ex art. 76 Cost. contenente l'indicazione della materia e dei criteri regolatori, nonché il tempo di esercizio della medesima. Tale seconda soluzione sembra particolarmente auspicabile per due ragioni connesse, in primo luogo al mancato inserimento della decisione quadro nel progetto della legge comunitaria annuale per l'anno 2003, in secondo luogo per la necessità di sincronizzare l'emanando disegno di legge delega con il calendario previsto dalla decisione quadro per l'anno 2003 ai fini dell'esecuzione in via legislativa per tutti gli Stati membri dell'Unione e per l'anno 2004 ai fini del monitoraggio comparato sulle legislazioni di esecuzione adottate dagli Stati membri.

Nel valutare la ricaduta all'interno dell'ordinamento giuridico italiano della fase legislativa di recezione della decisione quadro e di quella, ancora successiva, di sua attuazione giudiziaria, bisogna tener presente quali siano i confini precisi di tale regime. Se ne occupa il Capo IV della decisione, dagli artt. 31 a 34.

Ben inteso l'Italia si è sottratta alla clausola austriaca, art. 33, in virtù della quale avrebbe potuto sollevarsi nel limbo di un regime transitorio quinquennale escludendo di doversi uniformare in attesa di una complessiva riforma del regime di mandato europeo rispetto a quella di estradizione europea e, comunque, disapplicabile in tutte le ipotesi di cittadinanza italiana del reo o di non punibilità del reato a norma della legislazione italiana. Così non è stato, dovendosi, pertanto, l'Italia inserire nel sistema comune ed ordinario fondato sulla *tabula rasa* del regime precedente, da che tutte le convenzioni europee ed unionistiche in materia di estradizione si intendono abrogate nei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione, mentre, viceversa, quelle bilaterali e multilaterali si intendono conservate solo se consentono di approfondire o applicare in modo più agevole la disciplina sul mandato europeo (v. art. 33).

Norme particolari di carattere transitorio consentono di applicare la disciplina del mandato anche a reati commessi in pendenza del regime precedente di estradizione europea (art. 32).

La norma finale dell'art. 34 disciplina il calendario di recezione ben articolato in tre fasi sul biennio 2002-2004 (art. 34): *a.* entrata in vigore al ventesimo giorno dalla pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale*; *b.* recezione entro il 31 dicembre 2003; *c.* modificazioni, attuazioni ed integrazioni entro il 31 dicembre 2004.

Una norma particolare, contenuta nel par. 2 dell'art. 34, connota il regime attuativo come ad esecuzione parziale o frazionata, da che ciascun Stato membro può indicare che applicherà immediatamente la decisione quadro nelle relazioni con gli Stati membri che hanno effettuato la stessa comunicazione, restandone evidentemente esclusi i rapporti con gli Stati ritardatari. Una norma del genere, allo stato attuale, non sembra peraltro aver perseguito i suoi effetti anticipatori, dato il ritardo generalizzato con il quale si procede alla recezione da parte degli Stati dell'Unione, sia di quelli intenzionati ad un'esecuzione mirata alla sola decisione quadro, sia di quelli impegnati in un ampio sforzo di riordinamento con la precedente disciplina di estradizione destinata a sopravvivere nei rapporti extra-comunitari.

Nell'ambito di tali disposizioni appare ben motivato il biennio 2002-2004, come fase di riflessione nazionale ed unionistica sulle modalità di recezione e di superamento della legislazione preesistente e di conformazione organica del nuovo ordinamento penale e processual-penale nazionale ed europeo.

In tale contesto, le norme sulla giurisdizione e sull'ordinamento giudiziario italiano, sottoposte ad una fase di profonda riforma, appaiono strettamente interconnesse all'introduzione del mandato di arresto europeo ai fini della designazione della «autorità giurisdizionale competente» a ricevere e decidere sul medesimo secondo modalità e forme lasciate totalmente libere alla discrezionalità del legislatore nazionale.

Chi scrive ritiene estraneo alla disciplina europea lo scopo di modificare l'ordinamento giudiziario italiano nel riparto di competenze tra autorità giudiziaria inquirente e requirente ed autorità giudiziaria ordinaria, potendosi perciò immaginare una clausola implicita di salvaguardia delle competenze giudiziarie attuali, sia ai fini dell'esercizio dell'azione penale, sia ai fini dell'esecuzione di una pena nel rapporto con le autorità giudiziarie dell'Unione, potendosi così nel primo caso salvaguardare la competenza Pubblico Ministero - Giudice per le indagini preliminari - Tribunale della Libertà e nel secondo caso, la competenza Procura Generale della Repubblica - Corte di Appello.

Chi scrive non ritiene, inoltre, derogabile il controllo di legalità della Corte suprema di Cassazione in ordine al provvedimento di arresto o comunque privativo della libertà personale. Non potrebbe, peraltro, tale estremo ed ultimo rimedio, finalizzato all'esercizio nazionale del potere di controllo sufficiente da parte del giudice di Cassazione italiana, essere configurato come sospensivo del provvedimento di primo grado, violandosi altrimenti il

principio della brevità del termine di decisione sul mandato.

Si vuole, in altri termini, dire che il procedimento di primo grado dovrebbe concludersi entro il perentorio termine di 60-90 giorni dall'arresto del ricercato e che l'eventuale ricorso in Cassazione non avrebbe carattere sospensivo, divenendo soltanto oggetto di informativa ai fini di una consegna condizionata, ma comunque non dilazionabile in favore dell'autorità giudiziaria estera emittente.

6. Profili particolari di attuazione legislativa della decisione quadro

Alla stregua di quanto fin ora detto, non resta che affrontare i profili pratici e le problematiche attinenti all'attuazione in Italia della decisione quadro 13 giugno 2002, che possono essere sintetizzate come segue.

a. Diritti fondamentali

In primo luogo, ferma restando la provenienza del mandato di arresto, se dallo Stato italiano o da altro Stato membro dell'Unione, minimo comune denominatore è senza dubbio quello di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali quali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, con particolare riferimento all'art. 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza) ed all'art. 6 (diritto ad un processo equo) unitamente ai Protocolli aggiuntivi alla Convenzione, nonché il rispetto dei principi e le regole contenuti nella Costituzione italiana attinenti al giusto processo (art. 111), alla tutela della libertà personale (art. 13), del diritto di difesa (art. 24), del principio di uguaglianza (art. 3) e della responsabilità personale (art. 27).

b. Esecuzione in Italia e dall'Italia

In secondo luogo, va sottolineata la necessità di prevedere distinte e specifiche discipline a seconda che la richiesta provenga dall'autorità giudiziaria di altro Stato membro o da quella italiana e che il mandato d'arresto sia emesso per un procedimento penale ovvero per l'esecuzione di una sentenza che applica una pena o una misura di sicurezza. In entrambe le ipotesi, l'esigenze maggiormente avvertite sono quelle di assicurare la previsione di tutta una serie di accorgimenti nella disciplina di esecuzione in modo da renderla il più possibile garantista. Più specificamente, uno dei profili più complessi e cruciali è senz'altro quello della determinazione dell'autorità giurisdizionale competente a ricevere il mandato di arresto. A tal proposito, non possono ovviamente ritenersi mutate le competenze ai fini dell'emissione di un man-

dato di arresto proveniente dall'autorità giudiziaria italiana ed inviata a quella estera per i provvedimenti di esecuzione. Viceversa, la decisione quadro riserva a ciascun Stato membro dell'Unione di determinare l'autorità giurisdizionale competente all'esecuzione di un mandato di arresto proveniente da altro Stato membro dell'Unione e le correlate misure di consegna della persona arrestata (o del bene sequestrato o confiscato).

7. Competenza giurisdizionale (*forum executionis* del giudice naturale o del giudice dell'extradizione?)

Ai fini dell'individuazione dell'autorità giurisdizionale italiana competente in materia di mandato di arresto europeo si possono seguire due modelli organizzativi: secondo le norme ordinarie della competenza territoriale del c.d. giudice naturale (pubblico ministero, giudice per le indagini preliminari, tribunale e gradi successivi) o, viceversa, è possibile ricorrere alle norme del codice di procedura penale (art. 697 e ss. c.p.p.) previste per l'esecuzione di provvedimenti esteri in materia di estradizione passiva (Corte di Appello, Corte di Cassazione). Tali norme vanno ovviamente completate con quelle riguardanti la giurisdizione penale sui minori e la giurisdizione penale militare nell'ipotesi di mandato di arresto per reati sottoposti alle giurisdizioni militari italiana e di altri Stati membri, aventi natura di reati non esclusivamente militari o costituenti crimini di guerra ai sensi dell'art. 8 dello Statuto della Corte penale internazionale. Anche in tale caso, si pone un problema di individuazione dell'autorità giurisdizionale competente, soprattutto, qualora l'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione emette mandato di arresto per un fatto che nel nostro ordinamento giuridico non sarebbe soggetto alla giurisdizione militare italiana.

I due sistemi alternativi, rispettivamente decentrato ed accentrato, sono ambedue teoricamente ammissibili restando la decisione quadro sul punto totalmente rispettosa dell'autonomia legislativa degli Stati membri circa l'indicazione dei mezzi e delle forme più idonee anche sul piano organizzativo e procedurale. A vantaggio della soluzione decentrata sta il rispetto del principio del giudice naturale, nonché l'esigenza di collegamento con l'attività della polizia giudiziaria espressamente autorizzata all'arresto del reo o della persona indagata o processata in qualsivoglia parte del territorio nazionale e su semplice segnalazione del sistema di informazioni Schengen (art. 9 della decisione quadro). Viceversa, il secondo sistema accentrato intorno alle competenze delle Corti di Appello appare maggiormente idoneo alla celerità del procedimento depurato del primo grado di giudizio e pertanto suscettibile di esaurirsi in un tempo più breve. Bisogna, peraltro, osservare la possibile

combinazione dei due modelli di designazione delle competenze territoriali a seconda che si tratti di mandato di arresto in fase di indagini preliminari nei confronti di persona semplicemente indagata e non ancora avvisata di un'eventuale notizia di reato; viceversa, la seconda soluzione può presentare elementi di favore per l'esecuzione di mandati di arresto conseguenti a sentenze penali già emesse ed eventualmente passate in giudicato. Si segnala, infine, che la soluzione mista o combinata riflette lo stato dell'ordine processual-penalistico italiano vigente.

Resta, in ogni caso, da definire, nell'ipotesi di mandato di arresto per il procedimento proveniente da altro Stato membro, la natura del provvedimento con il quale il giudice italiano ordina l'esecuzione del mandato o la consegna della persona destinataria con particolare riguardo ai presupposti di legittimità, ai requisiti di forma e di contenuto, nonché ai mezzi di impugnazione. Inoltre, i provvedimenti giurisdizionali dovrebbero essere motivati e sottoposti ad una serie di verifiche preventive quali, innanzitutto, l'insussistenza dei motivi di rifiuto obbligatorio o facoltativo dell'esecuzione, rispettivamente previsti dall'art. 3 e dall'art. 4, numeri da 1. a 5. e numero 7. della decisione quadro; la verifica che il mandato non abbia ad oggetto un reato politico, ad eccezione degli attentati terroristici (art. 11 della Convenzione del 15 dicembre 1997 e art. 1 della Convenzione del 27 gennaio 1977); la verifica che il fatto corrisponda alle caratteristiche minime per ciascun nome di reato previsto dall'art. 2, comma 2, della decisione quadro; la previsione nell'ordinamento dello Stato richiedente di termini massimi per la restrizione della libertà personale durante il procedimento, nonché la possibilità di controlli periodici sulla necessità di permanenza delle misure cautelari personali. L'emananda disciplina dovrebbe, inoltre, assicurare la celerità del procedimento in modo da garantire la sua conclusione entro 60 giorni dall'arresto della persona ricercata o al massimo entro 90 giorni nel caso in cui sia proposto ricorso per Cassazione, prevedendo altresì la messa in libertà nell'ipotesi di mancato rispetto dei termini.

Non dissimile dovrebbe risultare la disciplina relativa al mandato di arresto proveniente da altro Stato membro per l'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza. In tale ipotesi bisognerebbe verificare, altresì, che la decisione sia definitiva nell'ordinamento di provenienza e che soprattutto essa sia conseguita ad un processo equo condotto nel rispetto dei diritti minimi dell'accusato previsti dall'art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e dall'art. 2 del Protocollo aggiuntivo n. 7, che nello Stato membro di emissione del mandato l'esecuzione delle sanzioni penali risponda ai requisiti indicati nell'art. 3 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e che, in ogni caso, siano previste misure alternative e rieducative corrispondenti a quelle dell'ordinamento italiano stabilendo, in mancanza, che l'esecuzione sia disposta solo previo consenso informato della persona condannata o

da sottoporre a misura di sicurezza e che, infine, in caso di rifiuto l'esecuzione della sanzione avvenga nello Stato. Anche in tal caso, emerge la necessità di prevedere la possibilità di impugnare il provvedimento di esecuzione nel rispetto del principio di celerità che connota il processo euro-nazionale.

Per quanto riguarda, poi, l'ipotesi di mandato di arresto emesso da parte dell'autorità giudiziaria italiana e diretto ad altro Stato membro per un procedimento o per l'esecuzione in Italia di una sanzione penale compito dell'emanda disciplina sarà quello di stabilire con esattezza il gioco dei ruoli tra pubblico ministero, giudice per le indagini preliminari e giudice procedente nelle varie fasi di emissione e trasmissione del mandato di arresto, distinguendo tra mandato per il procedimento in Italia e mandato per l'esecuzione di una sentenza, premurandosi, inoltre, di predisporre tutta una serie di garanzie allorquando la persona ricercata acconsenta alla propria consegna.

8. Misure provvisorie e misure definitive di arresto ed esecuzione: forme del provvedimento

Un ulteriore profilo da delineare è sicuramente quello concernente l'applicazione di misure provvisorie in modo da porre in essere una disciplina in grado di assicurare che non venga leso il principio della libertà personale. A tal uopo sembrerebbe utile imporre il rispetto della normativa italiana in materia di fermo stabilendo, in particolare, che qualora la polizia giudiziaria, anche in base al sistema di informazioni Schengen, ha notizia certa di un mandato di arresto emesso dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro possa procedere al fermo della persona ricercata solo se ricorrano le condizioni indicate dall'art. 384 del codice di procedura penale italiana e che, in ogni caso, siano osservate le ulteriori disposizioni degli artt. 385, 386, 387, 388, 389, 390 e 391 commi 1, 2, 3 e 4 soprattutto per quanto riguarda la procedura di convalida.

Un ultimo punto concerne la forma del provvedimento di arresto e di esecuzione dipendente dalla scelta del rito rispettivamente affidato al giudice naturale o viceversa al giudice dell'extradizione passiva e attiva. Nel primo caso, infatti, la natura stessa (interlocutoria) del provvedimento adottato in collaborazione con l'autorità estera ne autorizza la forma provvedimento dell'ordinanza o del decreto. Viceversa, la scelta del rito procedimentale della Corte di Appello competente per l'extradizione attiva o passiva della persona arrestata comporta la scelta del provvedimento di tipo decisorio e cioè l'adozione dell'arresto o la sua convalida mediante sentenza. L'alternativa resta, pertanto, aperta alla scelta politica del Legislatore.

Massimo Panebianco

DOCUMENTAZIONE

PROGETTO DI TRATTATO CHE ISTITUISCE UNA COSTITUZIONE PER L'EUROPA*

Prefazione alle parti I e II del progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa trasmesse al Consiglio europeo riunito a Salonicco il 20 giugno 2003

Il Consiglio europeo, riunito a Laeken (Belgio) il 14 e 15 dicembre 2001, constatando che l'Unione europea era giunta a una svolta decisiva della sua esistenza, ha convocato la Convenzione sul futuro dell'Europa.

La Convenzione è stata incaricata di formulare proposte su tre temi: avvicinare i cittadini al progetto europeo e alle istituzioni europee; strutturare la vita politica e lo spazio politico europeo in un'Unione allargata; fare dell'Unione un fattore di stabilizzazione e un punto di riferimento nel nuovo ordine mondiale.

La Convenzione ha individuato alcune risposte ai quesiti contenuti nella dichiarazione di Laeken:

- propone una migliore ripartizione delle competenze dell'Unione e degli Stati membri;
- raccomanda la fusione dei Trattati e l'attribuzione della personalità giuridica all'Unione;
- instaura una semplificazione degli strumenti d'azione dell'Unione;
- propone misure volte ad accrescere la democrazia, la trasparenza e l'efficienza dell'Unione europea, accrescendo il contributo dei parlamenti nazionali alla legittimazione del progetto europeo, semplificando il processo decisionale, rendendo il funzionamento delle istituzioni europee più trasparente e leggibile;
- stabilisce le misure necessarie per migliorare la struttura e rafforzare il ruolo di ciascuna delle tre istituzioni dell'Unione tenendo conto in particolare delle conseguenze dell'allargamento.

* In *Gu-Ue* n. C 169 del 18 luglio 2003, p. 1 ss.

La dichiarazione di Laeken ha posto il quesito se la semplificazione e il riordino dei Trattati non debbano spianare la strada all'adozione di un testo costituzionale. I lavori della Convenzione sono culminati nell'elaborazione di un progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, che ha raccolto un vasto consenso nella sessione plenaria del 13 giugno 2003.

Oggi, 20 giugno 2003, abbiamo l'onore di presentare questo testo al Consiglio europeo riunito a Salonicco, a nome della Convenzione europea, auspicando che esso costituisca il fondamento di un futuro Trattato che istituisce la Costituzione europea.

Valéry Giscard d'Estaing
Presidente della Convenzione

Giuliano Amato
Vice Presidente

Jean-Luc Dehaene
Vice Presidente

Preambolo

*La nostra Costituzione ... si chiama
democrazia perché il potere non è
nelle mani di pochi, ma dei più.
(Tucidide II, 37)*

Consapevoli che l'Europa è un continente portatore di civiltà; che i suoi abitanti, giunti in ondate successive fin dagli albori dell'umanità, vi hanno progressivamente sviluppato i valori che sono alla base dell'umanesimo: uguaglianza degli esseri umani, libertà, rispetto della ragione;

Ispirandosi alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, i cui valori, sempre presenti nel suo patrimonio, hanno ancorato nella vita della società il ruolo centrale della persona, dei suoi diritti inviolabili e inalienabili e il rispetto del diritto;

Convinti che l'Europa, ormai riunificata, intende proseguire questo percorso di civiltà, di progresso e di prosperità per il bene di tutti i suoi abitanti, compresi i più deboli e bisognosi; che vuole restare un continente aperto alla cultura, al sapere e al progresso sociale; che desidera approfondire il carattere democratico e trasparente della vita pubblica e operare a favore della pace, della giustizia e della solidarietà nel mondo;

Persuasi che i popoli dell'Europa, pur restando fieri della loro identità e della loro storia nazionale, sono decisi a superare le antiche divisioni e, uniti in modo sempre più stretto, a forgiare il loro comune destino;

Certi che, «unita nella diversità», l'Europa offre loro le migliori possibilità di proseguire, nel rispetto dei diritti di ciascuno e nella consapevolezza delle loro responsabilità nei confronti delle generazioni future e della Terra, la grande avventura che fa di essa uno spazio privilegiato della speranza umana;

Riconoscenti ai membri della Convenzione europea di aver elaborato la presente Costituzione a nome dei cittadini e degli Stati d'Europa,

[I quali, dopo avere scambiato i loro pieni poteri, riconosciuti in buona e debita forma, hanno convenuto le disposizioni che seguono:]**

(Omissis)

Articolo IV-1
I simboli dell'Unione¹

La bandiera dell'Unione rappresenta un cerchio di dodici stelle dorate su sfondo blu.

L'inno dell'Unione è tratto dall'Inno alla gioia della Nona sinfonia di Ludwig van Beethoven.

Il motto dell'Unione è: Unità nella diversità.

La moneta dell'Unione è l'euro.

Il 9 maggio è celebrato in tutta l'Unione come giornata dell'Europa.

(Omissis)

Relazione orale presentata al Consiglio europeo di Salonicco da V. Giscard d'Estaing, Presidente della Convenzione europea

Salonicco, 20 giugno 2003

Kyrie Proedhre,

Signore e signori membri del Consiglio europeo,

come disposto dalla dichiarazione di Laeken, in occasione di ogni Consiglio europeo a partire da quello di Siviglia, un anno fa, vi ho presentato oralmente lo stato dei lavori della Convenzione sul futuro dell'Europa.

Oggi vengo ad esporvi il risultato finale dei nostri lavori.

Sono lieto di potervi sottoporre un testo libero da opzioni, un documento unico che contiene un progetto di Trattato costituzionale per l'Europa, com'è stato negli auspici dei membri della Convenzione fin dall'inizio dei lavori.

Nella nostra ultima seduta plenaria, il 13 giugno, questo documento è stato adottato con un ampio consenso.

Cinque membri avrebbero tuttavia preferito un'impostazione euroscettica, proposta che la Convenzione non ha accolto. Le ho consegnato la loro relazione, Signor Presidente.

** Si omettono le Parti I, II e III del Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa. Si riproduce unicamente l'art. 1 della Parte IV relativo ai simboli dell'Unione.

¹ La Convenzione ritiene che questo articolo abbia una collocazione migliore nella Parte I.

Con i suoi contenuti il documento della Convenzione segna un'evoluzione importante della costruzione europea, che permetterà all'Europa allargata del XXI secolo di funzionare poggiando su fondamenta solide.

Fin dall'apertura dei lavori il 27 febbraio 2002 siamo stati consapevoli che le nostre raccomandazioni avrebbero avuto peso, avrebbero acquisito autorevolezza, soltanto se fossimo riusciti a raggiungere un consenso ampio su un progetto presentato insieme.

La Convenzione è riuscita nel suo intento e le nostre proposte aprono quindi la via a una Costituzione per l'Europa.

La Convenzione ha lavorato molto per giungere a questo risultato. La Convenzione nel suo complesso, ma anche ogni suo membro individualmente. A tutti porgo il mio profondo ringraziamento per l'impegno profuso, senza il quale non saremmo riusciti a progredire.

La Convenzione ha tenuto 48 giornate di seduta plenaria. Undici gruppi hanno lavorato, ciascuno per vari mesi, presentando i risultati delle loro discussioni in seduta plenaria. Il *Praesidium* si è adoperato per offrire basi solide e costruttive su cui sviluppare le discussioni in plenaria.

In questo è stato aiutato dalla squadra del Segretariato, straordinariamente brillante e competente e fedele alle sue convinzioni europeiste.

Vorrei ringraziare specialmente qui, dinanzi a voi, i due vicepresidenti: Giuliano Amato e Jean-Luc Dehaene, il cui contributo personale alla qualità e al successo del nostro lavoro è stato determinante.

Desidero infine esprimere la mia gratitudine al Presidente del Parlamento europeo, Pat Cox, e ai servizi della sua istituzione per la squisita cortesia con cui hanno ospitato i dibattiti della nostra Convenzione.

Il progetto che avete tra le mani sostituisce con un nuovo Trattato costituzionale unico i trattati accumulatisi in cinquant'anni. Mi limiterò a ricordare che all'inizio dei nostri lavori le difficoltà che si frapponevano a tale fusione dei Trattati europei parevano insormontabili.

Il progetto consta di quattro parti introdotte, come di prammatica, da un preambolo:

- la parte I è la parte costituzionale propriamente detta: in sessanta articoli definisce l'Unione, i suoi valori, i suoi obiettivi e la ripartizione delle competenze fra Stati membri e Unione; stabilisce le istituzioni, gli strumenti d'azione, il quadro finanziario e le disposizioni per l'appartenenza all'Unione;
- la parte II contiene la Carta dei diritti fondamentali, elemento indispensabile in qualsiasi testo di natura costituzionale, che acquisisce così forza di legge. Possiamo affermare che i cittadini d'Europa saranno quelli che godranno dei diritti più ampi di tutti;
- la parte III raggruppa le disposizioni relative alle politiche dell'Unione. Il suo testo richiede ancora qualche ritocco. La Convenzione completerà l'opera entro il 10 luglio;
- la parte IV enuncia le consuete clausole finali.

Il progetto risponde alle due richieste forti contenute nei mandati che ci sono stati conferiti a Nizza e a Laeken: la richiesta di chiarimento e semplificazione del sistema europeo e il varo degli strumenti nuovi che consentiranno di andare nella di-

rezione di "più Europa", - per usare il motto del Consiglio europeo di Siviglia - e di soddisfare le esigenze di sicurezza e giustizia, e di una politica estera e di difesa comune, fino ad oggi espresse dai tre pilastri di Maastricht e di Amsterdam.

In risposta alla prima richiesta proponiamo di migliorare sensibilmente il sistema europeo mediante:

- una definizione chiara e stabile della ripartizione delle competenze fra l'Unione e gli Stati membri. D'ora in avanti si saprà chi fa che cosa in Europa. Le competenze sono ripartite fra competenze esclusive dell'Unione, competenze concorrenti di Unione e Stati membri e settori dell'azione di sostegno, i quali consentono azioni comuni o di coordinamento ma escludono le misure di armonizzazione della legislazione degli Stati membri. Inoltre, queste competenze potranno essere modificate soltanto mediante revisione della stessa Costituzione, scongiurando così il rischio di deriva surrettizia;

- la creazione di un meccanismo di controllo riguardo all'applicazione del principio di sussidiarietà con, per la prima volta, il coinvolgimento diretto dei parlamenti nazionali, i quali potranno inviare pubblicamente alle istituzioni europee, ma anche al rispettivo governo, un allarme se a loro giudizio una proposta non rispetta il principio di sussidiarietà. Ad essi verrà conferita la facoltà di adire, al termine della procedura, la Corte di giustizia;

- una semplificazione degli strumenti d'azione dell'Unione, riducendone il numero da quindici a sei e introducendo la regola generale dell'adozione delle «leggi europee» e delle «leggi quadro europee» col voto congiunto del Parlamento europeo e del Consiglio dei ministri secondo procedure analoghe a quelle seguite negli Stati membri;

- l'attribuzione all'Unione di una personalità giuridica unica;

- il superamento della struttura a tre pilastri, che è causa di confusione e di sovrapposizione delle competenze. La struttura delle istituzioni dell'Unione sarà una sola, a prescindere dal settore d'azione in questione. Soltanto le procedure - ma questo è normale - verranno adattate alla specificità dei temi trattati;

- la semplificazione della terminologia, ad esempio cambiando in futuro la denominazione delle direttive e dei regolamenti in leggi europee e leggi quadro europee. Si tratta di provvedimenti che mirano a rendere più leggibile il progetto europeo; proponiamo anche disposizioni nuove sulla trasparenza, la democrazia partecipativa e il dialogo con la società civile.

- Quanto alla seconda richiesta, proponiamo di andare verso "più Europa" in settori importanti per i quali si riscontra una domanda forte dei nostri concittadini e per i quali un orientamento di massima è già presente nei trattati di Maastricht e di Amsterdam:

- le misure contenute nel progetto di Costituzione riguardano anzitutto la definizione dei mezzi e dei metodi che permettano la creazione di un vero e proprio spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione europea. Si tratta di una riforma fondamentale che è nelle attese dei cittadini. La definizione precisa di "criminalità grave e transnazionale" fornisce una base giuridica per l'azione comunitaria, integrata da un dispositivo di cooperazione fondato sul riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e sullo sviluppo delle attività dell'Europol e dell'Eurojust. Nella percezione dei cittadini l'Europa disporrà così di due degli elementi su cui si fonda la convivenza dei popoli: la moneta e la giustizia;

- per la politica estera proponiamo la creazione della figura del Ministro degli affari esteri dell'Unione europea, nominato dal Consiglio europeo e dinanzi ad esso responsabile, il quale sarebbe contemporaneamente presidente del Consiglio dei ministri degli affari esteri e vicepresidente della Commissione, per assicurare il coordinamento fra l'azione diplomatica e la politica di aiuto allo sviluppo;

- nell'ambito della difesa europea la Costituzione prevede la creazione di un'Agenzia europea per gli armamenti, la ricerca e le capacità militari, oltre a possibilità specifiche di cooperazione fra quegli Stati membri che desiderano spingersi oltre in questo settore;

- riguardo all'importante tema del governo economico, la Costituzione prevede il miglioramento delle procedure di coordinamento fra gli Stati membri, il riconoscimento del ruolo specifico della Commissione per lanciare un monito qualora le politiche economiche o il disavanzo si discostino da quelli previsti nelle norme fissate in comune. Un ruolo specifico viene attribuito agli Stati membri dell'Eurogruppo, cui è riconosciuta la possibilità di accordarsi su misure supplementari per migliorare il coordinamento delle loro politiche economiche e di bilancio.

Nel contempo abbiamo riflettuto a lungo su un modello organizzativo che fosse più adatto alle esigenze di un'Unione allargata da quindici a venticinque Stati membri.

Nel corso delle discussioni sono state via via scartate le soluzioni estreme. L'idea della creazione di uno Stato federale unitario europeo che, col tempo, cancellasse l'identità degli Stati membri - idea che all'inizio dei lavori aveva qualche fautore - è stata poco a poco scartata perché giudicata inadatta alla struttura della nuova Europa. Per converso, anche la dissoluzione dell'Europa in una mera "confederazione dei beni", perché privata dei mezzi d'azione che le sono necessari, è stata respinta alla quasi unanimità.

Alla fine abbiamo riconosciuto la dualità del sistema europeo, che è espressa nell'art. 1 della Costituzione dove si definisce l'Unione europea:

«Ispirata dalla volontà dei cittadini e degli Stati d'Europa di costruire il loro futuro comune, la presente Costituzione istituisce l'Unione europea, alla quale gli Stati membri conferiscono competenze per conseguire i loro obiettivi comuni.

L'Unione coordina le politiche degli Stati membri dirette al conseguimento di tali obiettivi ed esercita sul modello comunitario le competenze che essi le trasferiscono (...)».

Questa dualità trova espressione specifica nel triangolo istituzionale creato dai Padri fondatori negli anni '50. In tutto l'arco dei lavori abbiamo sempre tenuto fermo l'obiettivo di difendere e preservare il fondamentale equilibrio fra le tre componenti, scartando le proposte che volevano sbilanciarlo in un senso o nell'altro.

Rinnovare e rafforzare ciascun lato del triangolo senza spezzarne l'equilibrio: questa è la nostra proposta.

Il sistema istituzionale dell'Unione europea avrà quindi una propria originalità, lontana da semplificazioni riduttive ed espressione della sua dualità: Unione dei popoli e Unione degli Stati.

Nell'illustrare le soluzioni che proponiamo vorrei aggiungere qualche osservazione per spiegarne la fondatezza.

Per il Parlamento europeo - che certamente è quello che più si avvantaggia della nostra Costituzione - la nuova procedura legislativa, ossia la colegislazione con il Parlamento europeo, assurge a regola generale. Oggi il Parlamento europeo interviene in codecisione in 37 settori, che diventeranno un'ottantina. In futuro, tutti i settori che coprono le politiche più importanti dell'Unione saranno disciplinati mediante la nuova procedura legislativa, con voto a maggioranza qualificata in Consiglio.

Questa regola ammette eccezioni solo in una dozzina di settori: alcuni perché incidono sull'ordinamento costituzionale degli Stati membri - come la cittadinanza europea - altri perché sono settori molto sensibili per diversi Stati membri, i quali li considerano parte integrante del "patto nazionale" sulla ripartizione degli oneri o sull'organizzazione della solidarietà - come la fiscalità, alcuni aspetti della politica sociale, l'ambiente. Anche nella procedura di bilancio i diritti del Parlamento europeo sono notevolmente estesi.

Per le prossime elezioni del 2004 la composizione del Parlamento europeo rispetterà il parametro stabilito dal Trattato di Nizza, ritoccato in modo da rispondere, eventualmente, alle conseguenze dell'ingresso di Bulgaria e Romania nell'Unione. Pare infatti escluso che il Trattato costituzionale possa entrare in vigore prima delle elezioni europee.

Per le successive legislature la Costituzione prevede che la composizione del Parlamento sia definita in base a una regola di proporzionalità decrescente, con una soglia minima di 4 seggi per Stato membro. Questo numero è conforme a quello già adottato due volte dal Parlamento europeo e proposto dalla Commissione. Spetterà al Consiglio europeo, che delibererà all'unanimità su proposta del Parlamento, fissare, prima delle elezioni del 2009, le modalità d'applicazione di tali regole e il numero definitivo dei membri. Alcuni membri della Convenzione auspicano un numero più esiguo, perché più vicino alle norme vigenti in materia, così da agevolare l'esercizio della funzione legislativa. La questione è lasciata all'apprezzamento futuro del Consiglio europeo.

Riguardo ai parlamenti nazionali desidero sottolineare il contributo prezioso dei loro rappresentanti all'elaborazione della Costituzione europea.

Due protocolli prevedono un loro coinvolgimento più attivo nella vita dell'Unione; sono convinto che, a termine, questa cooperazione fra parlamentari nazionali e parlamentari europei debba essere strutturata in modo sistematico perché, possa sorgere un giorno una «*European political constituency*» che rappresenti il primo passo verso un vero e proprio «*demos*» europeo.

Quanto al Consiglio europeo, la composizione e il ruolo sono definiti in linea con il Trattato dell'Unione europea. E secondo me, che per quattro volte avrò avuto il privilegio di partecipare ai vostri lavori, sarebbe irrealistico negarne l'esistenza e il ruolo. Diciamolo chiaramente: se il Consiglio europeo non funzionerà in modo soddisfacente, il meccanismo dell'Europa allargata non potrà progredire.

Per assicurare la continuità e l'efficacia dei lavori del Consiglio la Costituzione propone che esso elegga il suo presidente per un periodo di due anni e mezzo, rinnovabile una sola volta. Le funzioni saranno quelle di oggi, con la differenza che verranno esercitate sulla durata e saranno definite dalla Costituzione. Egli presiederà e animerà i lavori del Consiglio europeo, come hanno fatto in modo eccellente i presi-

denti Aznar, Rasmussen e Simitis e come si appresta a fare il presidente Berlusconi, ma dovrà anche assicurare la preparazione e la continuità delle riunioni future, di cui si occuperà in cooperazione con la Commissione e il Consiglio «Affari generali». Si adopererà infine per assicurare la coesione e il consenso in seno al vostro Consiglio, passato a venticinque Stati membri.

Per quanto riguarda il Consiglio dei Ministri la Costituzione propone di spostarne il baricentro su due grandi formazioni: il Consiglio dei ministri «Affari esteri» e il Consiglio legislativo e degli affari generali.

Quest'ultimo diverrà il perno del sistema del Consiglio dei Ministri, con il compito di vigilare sulla coerenza e sulla sintesi del suo funzionamento, che oggi soffrono della dispersione fra un numero troppo grande di Consigli specializzati, che voi stessi avete cominciato a ridurre.

Il Consiglio «Affari esteri», cui spetterebbe elaborare le politiche esterne dell'Unione secondo le linee strategiche definite dal Consiglio europeo, sarebbe presieduto dal ministro degli affari esteri dell'Unione.

Per quanto concerne i Consigli dei ministri specializzati, spetterebbe al Consiglio europeo deciderne l'esistenza, tranne per il Consiglio dell'Eurogruppo cui è dedicato un protocollo specifico della Costituzione. La presidenza di queste formazioni specializzate verrebbe esercitata per periodi minimi di un anno, secondo un sistema di rotazione in condizioni di parità le cui regole saranno fissate dal Consiglio europeo. Ritorno fra poco sulla questione importante della rotazione in condizioni di parità.

A lungo la Convenzione si è occupata della definizione di maggioranza qualificata nelle votazioni del Consiglio europeo o del Consiglio dei ministri.

Il risultato cui si è giunti sancisce nella Costituzione una regola semplice, democratica e facilmente comprensibile per l'opinione pubblica: la maggioranza vi è definita come maggioranza degli Stati membri che rappresenta i tre quinti della popolazione dell'Unione.

Si tratta di una maggioranza diversa da quella risultante dal parametro stabilito nel Trattato di Nizza, ma la Convenzione ha ritenuto che un parametro, che fosse soggetto a revisione in occasione di ogni allargamento, non potesse costituire il fondamento di una disposizione costituzionale permanente. Ne è derivata l'adozione della doppia maggioranza: degli Stati e dei cittadini.

Questa disposizione si applicherebbe a partire dal 1° novembre 2009, ossia dopo le elezioni europee della primavera del 2009 e dopo l'insediamento della nuova Commissione, per assicurare la simultaneità dei tre avvenimenti.

E ora, la Commissione europea.

La Convenzione ha voluto tornare alla concezione iniziale della Commissione: un collegio ristretto di alto livello incaricato di individuare e proporre il bene comune europeo. Le funzioni della Commissione vengono estese nel settore della giustizia e degli affari interni e potenziate nel campo del coordinamento economico. È sancito il suo monopolio d'iniziativa legislativa ed è riconosciuto il suo ruolo propulsore per i programmi annuali e pluriennali.

Il suo Presidente acquista maggiore autorità e legittimità, perché sarà eletto dal Parlamento e sceglierà in prima persona i commissari europei fra i 75 candidati - uomini e donne - proposti dagli Stati membri.

Per il collegio dei commissari europei la Convenzione ha accolto il numero massimo raccomandato dagli ex presidenti della Commissione affinché possa essere rispettata la collegialità e possano essere esercitate le dodici funzioni attribuite alla Commissione: un totale di 15 membri, compresi il presidente della Commissione e il ministro degli affari esteri, che ne sarà il vicepresidente.

Due esigenze stavano di fronte alla Convenzione: da un lato, che tutti gli Stati membri fossero rappresentati nella Commissione; dall'altro, che fosse rispettato il principio della rotazione in condizioni di parità dei commissari europei.

Riguardo al primo punto, la Convenzione ha tenuto conto della preoccupazione legittima dei nuovi Stati membri che il dispositivo previsto nei trattati di adesione non fosse modificato già in partenza. Il nuovo meccanismo della Commissione collegiale si applicherebbe quindi soltanto a partire dal rinnovo del collegio nel 2009.

Dopo tale data la Commissione europea verrebbe integrata con la nomina di commissari senza diritto di voto, scelti in base agli stessi criteri applicabili per i membri del collegio e provenienti da tutti gli Stati membri in questo non rappresentati.

In questo contesto si pone il problema della rotazione dei commissari europei membri del collegio. Dal Trattato di Roma in poi la missione del collegio è stata quella di difendere l'interesse comune europeo, non gli interessi degli Stati membri. Il vero criterio di selezione dovrebbe essere la competenza e l'impegno europeista, senza considerazioni di carattere etnico.

Tuttavia, negli ultimi tempi è andata affermandosi una cultura che propende per la parità d'accesso di tutti gli Stati membri alla Commissione. Proprio per soddisfare quest'esigenza abbiamo sancito nella Costituzione il principio di Salonicco - «rotazione in condizioni di parità» dei commissari europei, tanto più che la disposizione è esplicitamente prevista nel Trattato di Nizza come regola per il futuro.

La scelta della rotazione in condizioni di parità pone una difficoltà, perché prescinde dalla disparità di risorse e di popolazione fra gli Stati membri, e rischierebbe di determinare una composizione del collegio dei commissari europei attaccabile sotto il profilo della legittimità, con conseguente indebolimento dell'autorità morale della Commissione.

Per questo abbiamo previsto nella Costituzione, come già era scritto nel Trattato di Nizza, che il Consiglio europeo potrà adottare decisioni affinché ogni collegio successivo rispecchi in modo soddisfacente la gamma demografica e geografica di tutti gli Stati membri dell'Unione.

Sarà quindi questa una delle future responsabilità che il Consiglio europeo dovrà esercitare dal 2010. Il compito gli sarà più facile perché, nel frattempo, tutti gli Stati membri avranno avuto modo di sperimentare quanto sia difficile far funzionare con efficacia una Commissione di venticinque membri.

Signor Presidente,

Signore e Signori,

il testo che mi accingo a consegnarvi è il frutto di sedici mesi di lavoro collettivo.

È un testo unico, che compone un insieme coerente ed è libero da opzioni.

Molti ritenevano impossibile conseguire questo risultato. Se ci siamo riusciti è

perché ognuno ha finito con l'ammettere che la soluzione da lui preferita non era necessariamente accettabile per altri.

La nostra è una proposta ambiziosa perché va oltre quanto ognuno ammettesse possibile.

Questo progetto di Trattato costituzionale rappresenta un edificio e un equilibrio.

Un edificio, perché forma un insieme coerente in cui le diverse parti hanno trovato la loro collocazione dopo che, il 28 ottobre 2002, abbiamo presentato il nostro progetto di architettura.

Un equilibrio, perché abbiamo cercato con cura il punto d'equilibrio migliore tra il ruolo dell'Unione e quello degli Stati membri, lasciando aperta la possibilità di un'ulteriore evoluzione giustificata dagli altri equilibri che si succederanno, senza rotture e senza avventure.

Ora spetta a voi il compito di decidere il futuro del nostro progetto.

Permettetemi d'insistere sul fatto che questo progetto è nelle vostre mani, al vostro livello, al livello dei capi di Stato e di governo dell'Europa - perché non si tratta più di una discussione tecnica, ma del destino di una Costituzione.

Vi chiedo anche di fare il possibile per evitare di rimettere in discussione le disposizioni della Costituzione, perché la rottura dell'equilibrio non metta a repentaglio la solidità dell'edificio.

Vorrei infine chiedervi di prolungare con la vostra azione futura quell'istante d'intensa emozione che noi membri della Convenzione abbiamo vissuto lo scorso venerdì 13 giugno, quando ci è parso d'intravedere la possibilità che forse – forse! - l'Unione dell'Europa fosse a portata di mano.

Non potrei, credo, trovare conclusione più degna che pronunciare le parole con le quali avrei dovuto esordire:

*Χράμεθα γὰρ πολιτεία... καὶ ὄνομα μὲν διὰ τὸ μὴ ἐς ὀλίγους ἀλλ' ἐς πλείονας οἰκεῖν δημοκρατία
κέκληται.*

(La nostra Costituzione ... si chiama democrazia perché il potere non è nelle mani di pochi, ma dei più. Tucidide II, 37).

È giunto il momento, Signor Presidente, che io Le consegno, a nome dei membri della Convenzione europea, il risultato delle nostre riflessioni e del nostro lavoro.

È nostro auspicio che questo testo costituisca il fondamento del futuro Trattato che istituisce la Costituzione per l'Europa.

Grazie.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

TUTELA AMBIENTALE E LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DELLE MERCI: DUE PRINCIPI A CONFRONTO*

Sommario: Osservazioni introduttive - **I.** La giurisprudenza della Corte di giustizia tra esigenze di tutela ambientale e necessità di garantire la circolazione intracomunitaria delle merci - **1.** Premessa - **2.** Le sentenze più significative della Corte di giustizia - **a.** La sentenza del 1988 sulla legge danese relativa alle bottiglie per birra e per bevande analcoliche commercializzate in Danimarca - **b.** La sentenza del 1992 sulla normativa della Vallonia in materia di rifiuti - **c.** La sentenza del 1993 relativa alla normativa tedesca di tutela dei gamberi d'acqua dolce - **d.** La sentenza del 1998 relativa alla normativa danese destinata a tutelare le api mellifere dell'isola di Loeso (Danimarca) - **e.** La sentenza del 1998 relativa alla normativa tedesca in materia di inquinamento acustico degli aerei - **f.** La sentenza del 2001 relativa alla normativa tedesca destinata ad agevolare l'utilizzo di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili - **3.** La posizione tenuta dalla Commissione europea - **a.** Premesse - **b.** I casi esaminati dalla Commissione europea - **i.** Regolamenti tedeschi per limitare lo smog - **ii.** Divieto di utilizzo di lattine di metallo per la birra - **iii.** Divieto di usare macchine tritarifiuti - **iv.** Divieto di munizioni contenenti piombo - **v.** Divieto di utilizzare il PVC - **vi.** Materiali da costruzione (alluminio, legno tropicale, PVC) - **vii.** Divieto di usare stoviglie usa-e-getta - **viii.** Divieto di usare il creosoto nel trattamento del legno - **II.** Valutazioni finali e conclusive.

Osservazioni introduttive

Come è noto, il Trattato di Roma del 1957, istitutivo della Comunità economica europea, non conteneva alcuna disposizione specifica in materia di tutela dell'ambiente.

Ciononostante la Comunità, ancor prima della scadenza del periodo transitorio prevista per il 31 dicembre 1969, ha dovuto adottare specifici provvedimenti che avevano anche come obiettivo la salvaguardia delle persone e

* Relazione tenuta dall'Autore al Convegno Nazionale, organizzato dal Centro studi giuridici della Città di Gubbio e dal Centro studi giuridici e politici della Regione Umbria, svoltosi a Gubbio nei giorni 22-23 novembre 2002 su: «Ambiente e Impresa».

dell'ambiente. Pensiamo, ad esempio, alla direttiva n. 67/548 sulla classificazione, l'etichettatura e l'imballaggio delle sostanze pericolose. In questo come in altri casi si è trattato però di adottare provvedimenti destinati a risolvere problemi particolari e ben delimitati.

Un vero dibattito sulla necessità di affrontare e disciplinare in sede comunitaria la materia ambientale è però mancato al momento dell'avvio del Trattato Ce.

Tale dibattito è stato avviato soltanto successivamente dalla Commissione europea che ha presentato nel 1970, al Consiglio dei Ministri Ce, un *memorandum*, seguito, nel 1971, da una Comunicazione in cui veniva segnalata la necessità di adottare un programma comunitario in materia di tutela dell'ambiente.

Questa proposta ha consentito di mettere a confronto, all'interno della Comunità europea come all'interno degli Stati membri, le opposte tesi di chi sosteneva, da un lato l'opportunità, e, dall'altro lato, l'inopportunità di affrontare e disciplinare in sede comunitaria i problemi ambientali che erano già ugualmente affrontati e disciplinati direttamente dagli Stati membri e che quindi potevano essere risolti attraverso accordi tra gli Stati medesimi mediante provvedimenti intergovernativi.

Come sappiamo, la tesi favorevole all'intervento diretto della Comunità ha alla fine prevalso e il Trattato Ce è stato in conseguenza modificato.

Con l'Atto unico europeo, entrato in vigore nel 1987, sono state infatti ampliate le competenze comunitarie, introducendo nel Trattato Ce una base giuridica adeguata per consentire alla Comunità di occuparsi anche della tutela dell'ambiente (cfr. artt. 130 R, S, T).

La base giuridica è stata successivamente rafforzata e precisata con il Trattato di Maastricht e definitivamente consolidata con i Trattati di Amsterdam e Nizza.

Tale base giuridica è costituita attualmente dalle disposizioni contenute negli artt. 174, 175 e 176 TCE.

Le altre disposizioni del Trattato Ce che, indirettamente, riguardano l'ambiente sono le seguenti:

- art. 2: (obiettivi generali della Comunità) secondo cui occorre promuovere «un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo»;
- art. 3 *f*.: (obiettivi specifici della Comunità) secondo cui occorre realizzare «una politica nel settore dell'ambiente»;
- art. 6: (principi di tecnica legislativa) secondo cui: «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'art. 3, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

Per il prosieguo del nostro discorso è utile ricordare che un'altra disposizione

del Trattato, l'art. 95 CE, fa riferimento all'ambiente in tre diversi paragrafi.

L'art. 95, par. 3, così dispone: «La Commissione, (...) in materia di sanità, sicurezza, *protezione dell'ambiente* e protezione dei consumatori, si basa su un livello di protezione elevato, tenuto conto, in particolare, degli eventuali nuovi sviluppi fondati su riscontri scientifici»¹.

Lo stesso art. 95, par. 4, stabilisce una particolare procedura qualora, in presenza di una misura comunitaria di armonizzazione in un settore assoggettato alla competenza legislativa comunitaria, uno Stato membro voglia mantenere in vita disposizioni nazionali giustificate da esigenze importanti relative (tra l'altro) «alla protezione dell'ambiente».

Al par. 5, infine, l'art. 95 stabilisce la stessa procedura qualora, in presenza di una misura d'armonizzazione comunitaria, uno Stato membro voglia introdurre nuove disposizioni nazionali «fondate su nuove prove scientifiche inerenti alla protezione dell'ambiente».

In base al par. 6 dell'art. 95, la procedura prevede una notifica diretta alla Commissione Ce per sollecitare la sua autorizzazione con riferimento alla pretesa dello Stato membro richiedente.

In linea con i par. 4 e 5 dell'art. 95 sopra visti si trova anche l'art. 176 TCE, sopra citato, il quale dispone che: «I provvedimenti di protezione adottati in virtù dell'articolo 175 non impediscono ai singoli Stati membri di mantenere e di prendere provvedimenti per una protezione ancora maggiore. Tali provvedimenti devono essere compatibili con il presente Trattato. Essi sono notificati alla Commissione».

Come si vede, questa disposizione riconosce il diritto degli Stati membri di mantenere o di introdurre nuove disposizioni per ottenere una maggiore protezione ambientale. A differenza di quanto stabilito nell'art. 176 (norma di sostanza), l'art. 95 sopra esaminato è essenzialmente una norma di procedura, che disciplina le modalità che lo Stato membro deve osservare e le condizioni che devono sussistere, perché lo Stato membro medesimo possa essere autorizzato a mantenere o ad introdurre, in materia ambientale, disposizioni nazionali più rigorose in deroga a quelle comunitarie di armonizzazione.

Le norme sopra indicate hanno consentito alla Comunità europea di adottare una serie imponente di direttive in materia di tutela dell'ambiente e gran parte della rilevante normativa comunitaria in materia ambientale è stata indubbiamente adottata dopo l'introduzione, nel Trattato Ce, della base giuridica cui sopra abbiamo fatto riferimento.

Ma anche se la base giuridica su cui fondare il potere di legiferare in materia ambientale è stata inserita nel Trattato Ce soltanto nel 1987, bisogna riconoscere che durante un periodo di trent'anni intercorrenti tra l'entrata in

¹ Corsivo aggiunto.

vigore del Trattato Ce (1958) e l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo (1987), la Comunità ha avuto modo di adottare numerose direttive che hanno sicuramente determinato un notevole impatto in materia ambientale, pur non essendo fondate su alcuna disposizione che facesse espresso riferimento ad una competenza comunitaria in tale materia.

L'obiezione della mancanza di una base giuridica specifica è stata superata dalla Corte di giustizia facendo riferimento ad altri principi, come quello relativo alla necessità di eliminare le restrizioni e gli ostacoli tecnici agli scambi intracomunitari dei prodotti².

Alle disposizioni in materia di libertà di circolazione delle merci, è stato così fatto riferimento nel passato per giustificare l'adozione di provvedimenti in materia ambientale, in mancanza di una base giuridica specifica contenuta nel Trattato Ce, che legittimasse la Comunità europea a legiferare in tale materia.

A partire dal momento in cui la Comunità europea è stata dotata, come si è visto, di una esplicita competenza legislativa in materia ambientale, i principi e i precetti del Trattato Ce in materia di libera circolazione delle merci sono divenuti il parametro di riferimento essenziale per stabilire la legittimità dei provvedimenti nazionali adottati in materia ambientale. Si sono trasformati, in altre parole, da norme di legittimazione iniziale del potere normativo della Comunità ad adottare provvedimenti in materia ambientale, in parametri di riferimento per stabilire la legittimità dei provvedimenti nazionali adottati dagli Stati membri nella materia medesima.

Il secondo paragrafo di questo intervento riguarda la giurisprudenza della Corte di giustizia pronunciata nei diversi procedimenti nei quali è stato necessario stabilire la compatibilità delle norme nazionali, adottate per finalità ambientali, con le regole comunitarie in materia di libertà di circolazione delle merci.

Verranno anche esaminati alcuni casi, dello stesso genere, che sono stati affrontati dalla Commissione Ce senza arrivare in seguito al vaglio della Corte di giustizia.

I. La giurisprudenza della Corte di giustizia tra esigenze di tutela ambientale e necessità di garantire la circolazione intracomunitaria delle merci³

1. Premessa

Come abbiamo sopra visto, quando è stata adottata una misura comunitaria di armonizzazione in materia ambientale, il diritto degli Stati membri di

² Cfr. sentenza in cause riunite n. 91/79 e n. 92/79, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1980, p. 1099 e p. 1115.

³ Per quanto riguarda i rapporti tra concorrenza e tutela dell'ambiente, v. C. LONDON, *Concurrence et environnement: une entente écologiquement rationnelle?*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2003, p. 267.

mantenere o di introdurre una disciplina nazionale più rigorosa, viene riconosciuto dall'art. 176, e il suo esercizio risulta disciplinato (proceduralmente) dall'art. 95 TCE.

Per converso, quando in sede comunitaria non esiste una disciplina armonizzata in materia ambientale, agli Stati membri è consentito legittimare e giustificare il mantenimento o l'adozione di una normativa nazionale a tutela dell'ambiente, dimostrandone la conformità alle disposizioni generali del Trattato in materia di libera circolazione delle merci.

Vediamo ora le sentenze della Corte di giustizia più significative pronunciate in questa materia nonché, successivamente, le prese di posizione della Commissione Ce.

2. Le sentenze più significative della Corte di giustizia⁴

a. *La sentenza del 1988 sulla legge danese relativa alle bottiglie per birra e per bevande analcoliche commercializzate in Danimarca*⁵

La legge danese, presa in esame in questa causa, adottata per limitare i rifiuti e proteggere l'ambiente, imponeva un sistema vincolante di deposito e restituzione delle bottiglie con certificazione obbligatoria della conformità delle medesime alla legge danese. Questa disciplina rendeva molto oneroso per gli operatori non danesi effettuare le loro forniture in Danimarca.

Condividendo le proteste degli operatori non danesi, la Commissione europea ha introdotto una procedura di infrazione contro la Danimarca per violazione delle norme in materia di libertà di circolazione delle merci.

La Corte di giustizia, nella sua sentenza, ha precisato innanzitutto che: «in mancanza di una normativa comune sul commercio dei prodotti di cui trattasi, gli ostacoli per la libera circolazione intracomunitaria che derivano da disparità fra le normative nazionali devono essere accettati qualora una siffatta disciplina nazionale, che si applichi indistintamente ai prodotti nazionali e ai prodotti importati, possa essere giustificata in quanto necessaria per rispondere ad esigenze imperative del diritto comunitario. Tale disciplina deve inoltre essere proporzionata al fine perseguito. Uno Stato membro, se può scegliere fra vari provvedimenti idonei a raggiungere lo stesso scopo, è tenuto ad optare per il mezzo che implica meno ostacoli per la libertà degli scambi».

In secondo luogo la stessa Corte ha ritenuto che il sistema di deposito e di restituzione delle bottiglie imposto dalla legge danese era: «un elemento indispensabile di un sistema avente lo scopo di assicurare il riuso dei conteni-

⁴ Per un'analisi più approfondita di tali sentenze v. l'articolo di M. MONTINI, «*Commercio e ambiente*»: bilanciamento tra tutela ambientale e libertà di circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, in questa Rivista, 2002, p. 429.

⁵ Causa n. 302/86, in *Raccolta*, 1988, p. 4607.

tori è perciò necessario per raggiungere gli scopi cercati dalle norme contestate. Ciò considerato le restrizioni che esso impone al libero movimento delle merci non possono essere considerate sproporzionate».

Per questo la sentenza ha dichiarato legittimo il sistema danese di deposito e restituzione delle bottiglie, pur dichiarando illegittima la disposizione che imponeva la certificazione obbligatoria della conformità delle bottiglie medesime alla legge danese.

b. *La sentenza del 1992 sulla normativa della Vallonia in materia di rifiuti*⁶

La fattispecie di questa causa riguardava la compatibilità con le regole comunitarie in materia di libertà di circolazione delle merci di una normativa della Vallonia (Regione autonoma belga) che vietava il deposito in Vallonia di rifiuti provenienti dagli altri Stati membri e dalle altre Regioni del Belgio.

La Commissione europea introduceva una procedura di infrazione contro il Belgio, sostenendo l'illegittimità della normativa.

La Corte di giustizia, nella sua sentenza, ha operato una distinzione tra rifiuti pericolosi e rifiuti non pericolosi.

Per i primi, avendo constatato l'applicazione di una direttiva comunitaria, (n. 84/631) che disciplinava in modo completo la commercializzazione e la gestione dei rifiuti pericolosi, la Corte ha dichiarato la illegittimità della normativa della Vallonia.

Al contrario, per i rifiuti non pericolosi, in assenza di una regolamentazione comunitaria specifica, la Corte ha ritenuto, bilanciando le esigenze di tutela dell'ambiente e quelle della libera circolazione delle merci, di propendere per il riconoscimento della legittimità della predetta normativa.

c. *La sentenza del 1993 relativa alla normativa tedesca di tutela dei gamberi di acqua dolce*⁷

Nel caso di specie, la Germania, per tutelare i gamberi indigeni d'acqua dolce, proteggendoli dalla cosiddetta «peste dei gamberi», ha vietato l'importazione di gamberi vivi dall'estero.

La Commissione ha portato la Germania davanti alla Corte di giustizia per violazione delle regole in materia di libera circolazione delle merci.

La Corte ha ritenuto che tali regole erano applicabili alla fattispecie in esame. Per quanto riguarda invece la pretesa della Germania di giustificare l'applicazione solo sulla base della necessità di tutelare la salute e la vita degli animali, la Corte ha ritenuto che era necessario verificare prima la conformità della legge ai principi di necessità e di proporzionalità in quanto: «una discipli-

⁶ Causa n. C-2/90, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4431.

⁷ Causa n. C-131/93, in *Raccolta*, 1993, I, p. 3303.

na restrittiva degli scambi internazionali è compatibile con il Trattato solo nella misura in cui sia indispensabile per una protezione efficace della salute e della vita degli animali. Essa non fruisce quindi della deroga di cui all'articolo 36 quando questo obiettivo può essere raggiunto con pari efficacia mediante provvedimenti che recano minor pregiudizio agli scambi intracomunitari».

In conclusione la Corte ha ritenuto che il divieto assoluto di far entrare in Germania gamberi vivi dall'estero non era giustificabile in base ai criteri di necessità e proporzionalità, essendo possibile il ricorso a rimedi meno drastici ed invasivi come la certificazione obbligatoria delle condizioni sanitarie dei gamberi importati o l'adozione di misure specifiche per il loro ripopolamento in Germania in ambiente protetto, senza bisogno di ricorrere al divieto assoluto di importazione.

d. *La sentenza del 1998 relativa alla normativa danese destinata a tutelare le api mellifere dell'isola di Loeso (Danimarca)*⁸

La normativa danese, presa in esame dalla sentenza della Corte, vietava l'immissione nell'isola di Loeso di api mellifere di una specie diversa da quella indigena (c. d. ape bruna di Loeso).

A differenza della fattispecie dei gamberi tedeschi precedentemente esaminata, in questo caso la normativa nazionale non intendeva tutelare la salute degli insetti autoctoni, bensì la loro specie: si trattava quindi di un problema di tutela della diversità biologica (biodiversità).

La Corte di giustizia, nella sua sentenza, pur rilevando che la normativa danese era suscettibile di ostacolare la libera circolazione delle merci nel mercato unico europeo, ha deciso di giustificarla alla luce delle regole comunitarie applicabili in materia di tutela della salute e della vita degli animali (art. 30 TCE ex art. 36).

e. *La sentenza del 1998 relativa alla normativa tedesca in materia di inquinamento acustico degli aerei*⁹

In questa sentenza la Corte di giustizia ha dovuto effettuare qualche forzatura per giustificare la legittimità della normativa tedesca alla luce delle norme comunitarie in tema di libertà di circolazione delle merci.

Nel caso di specie, l'applicazione della normativa tedesca aveva comportato, nel 1992, il divieto di registrare in Germania un velivolo già registrato in Danimarca (Piper PA-28) perché emetteva rumori di intensità superiore a quella fissata dalla normativa interna tedesca, anche se tali rumori rimaneva-

⁸ Causa n. C-67/97, *Raccolta*, 1998, I, p. 8033.

⁹ Causa n. C-389/96, *Aher Waggon*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4473.

no entro i limiti stabiliti da una direttiva comunitaria degli anni Ottanta, applicabile in materia.

Per di più in Germania risultavano registrati diversi aerei tedeschi, analoghi al Piper danese, che pur superando i livelli di rumore consentiti, potevano continuare ad operare senza limitazioni.

Come si vede, sussisteva nel caso di specie anche un problema di discriminazione ai danni degli aerei registrati in Danimarca.

Ciononostante la Corte, ragionando in termini pragmatici, ha considerato legittima la normativa tedesca, lasciandosi convincere dalle argomentazioni del Governo tedesco basate più su dati di fatto che su elementi di diritto.

Il Governo tedesco ha infatti sostenuto che il divieto di registrazione non impediva comunque agli aerei danesi, del tipo considerato, di volare sul territorio tedesco, in quanto rispettavano i limiti fissati nella direttiva. Inoltre, secondo tale Governo, gli aerei tedeschi rumorosi come il Piper PA-28, avrebbero comunque dovuto essere sottoposti a revisione a scadenze programmate.

Da ultimo, è probabile che la Corte abbia considerato l'eventualità di un'imminente modifica della normativa comunitaria che avrebbe introdotto limiti più rigorosi in tutti gli Stati membri, risolvendo così il problema alla radice per il futuro.

f. *La sentenza del 2001 relativa alla normativa tedesca destinata ad agevolare l'utilizzo di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili*

Questa sentenza ha suscitato molto interesse soprattutto tra gli specialisti che si occupano della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato e di diritto della concorrenza¹⁰.

Ma la stessa sentenza è pure interessante con riferimento alla materia dell'ambiente.

La normativa tedesca, considerata dalla Corte, prevede l'obbligo per le società di distribuzione di energia elettrica, operanti in Germania, di acquistare a prezzi maggiorati l'energia elettrica da fonti rinnovabili prodotta da imprese ubicate nelle zone geografiche nelle quali si trovano le predette società di distribuzione.

La fattispecie di cui alla sentenza della Corte qui esaminata, riguarda il rifiuto di una società, inserita in una rete di distribuzione analoga a quella appena menzionata, di acquistare l'energia elettrica, derivante da fonti rinnovabili, a prezzi maggiorati.

¹⁰ Causa n. C-379/98, *PreussenElektra*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 2099. V. L. RUBINI, *Brevi note a margine del caso PreussenElektra, ovvero come «prendere seriamente» le norme sugli aiuti di Stato e la tutela dell'ambiente nel diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2001, p. 473.

La ragione del rifiuto era l'illegittimità dell'imposizione per contrasto con la disciplina agli aiuti di Stato.

In effetti, consentire alle imprese produttrici di energia elettrica da fonti rinnovabili di spuntare un prezzo maggiorato che le società di distribuzione dovevano obbligatoriamente pagare, poteva rappresentare una violazione delle norme comunitarie in tema di aiuti di Stato.

La Corte non ha però accolto questa interpretazione, perché il vantaggio che le imprese ricevono per l'energia da essi prodotta e venduta non è dovuto a risorse pubbliche, ma è reso possibile dal fatto che le società di distribuzione, pagando un prezzo maggiorato, prendono a proprio carico l'onere corrispondente.

Per quanto riguarda il tema dell'ambiente, la Corte sottolinea la necessità di tutelare l'ambiente e considera importante una politica ambientale che promuova la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili.

È utile ricordare che la Corte di giustizia, nella sentenza, fa riferimento alla Convenzione quadro sui cambiamenti climatici del 1992, al Protocollo di Kyoto del 1997 (in attesa di ratifica) e alla Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea dell'anno 2000, relativa all'adozione di un programma pluriennale per la promozione delle fonti energetiche rinnovabili.

Prendendo spunto da questi riferimenti, la Corte ritiene che una politica di promozione delle fonti energetiche rinnovabili non solo appare in linea con le esigenze di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali nonché con le esigenze di conservazione delle specie vegetali, ma è anche del tutto conforme alle disposizioni comunitarie in materia di tutela dell'ambiente.

Di conseguenza la normativa tedesca esaminata in sentenza non contrasta, secondo la Corte, con le norme comunitarie in tema di circolazione delle merci.

3. La posizione tenuta dalla Commissione europea

Dopo aver esaminato la giurisprudenza della Corte di giustizia, è utile verificare la posizione tenuta dalla Commissione europea nei diversi casi in cui è stato necessario effettuare un bilanciamento tra le esigenze di tutela dell'ambiente e quelle della libera circolazione delle merci.

Ovviamente concentriamo la nostra attenzione sui casi che sono stati risolti tramite accordi tra la Commissione europea e lo Stato membro interessato, senza che sia stato necessario ricorrere alla Corte di giustizia.

a. Premesse

La rapida rassegna che segue, mette in evidenza il lento cambiamento intervenuto nell'atteggiamento della Commissione europea che è stata agli inizi

piuttosto restia a considerare come legittimi gli ostacoli alla libera circolazione delle merci giustificati da ragioni di tutela dell'ambiente.

E questo atteggiamento è perdurato fino agli anni Ottanta quando la Corte di giustizia si era già pronunciata chiaramente in favore di una prevalenza delle esigenze di tutela dell'ambiente rispetto a quelle di tutela della circolazione dei prodotti, ancor prima dell'Atto unico europeo che ha introdotto nel Trattato Ce (1987) le basi giuridiche sull'ambiente sopra esaminate, dichiarando nella sentenza sugli oli usati¹¹ che: «il principio della libertà del commercio non ha valore assoluto, ma è soggetto a taluni limiti giustificati dagli scopi di interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non si comprometta la sostanza di questi diritti. Nulla permette di ritenere che la direttiva [sugli oli usati; n. 75/439] abbia superato questi limiti. *Essa si inserisce nel quadro della tutela dell'ambiente che costituisce uno degli scopi essenziali della Comunità*»¹².

Ancora la Corte, nella sentenza sulle bottiglie danesi sopra esaminata¹³, e questa volta dando torto proprio alla Commissione che aveva avviato la procedura di infrazione contro la Danimarca perché considerava la legge danese contrastante con le norme comunitarie in materia di libera circolazione delle merci, ha affermato che: «la tutela dell'ambiente costituisce una esigenza imperativa che può limitare l'applicazione dell'art. 30 [ora 28] del Trattato Ce».

b. *I casi esaminati dalla Commissione europea*

Ci limitiamo a fornire un elenco dei casi affrontati dalla Commissione, sintetizzando l'essenziale e indicando l'esito della procedura amministrativa interna. Da tali casi si deduce il cambiamento intervenuto nella posizione della Commissione.

i. *Regolamenti tedeschi per limitare lo smog*

Già negli anni Ottanta i *Länder* tedeschi avevano stabilito che solo le automobili equipaggiate con le marmitte catalitiche potessero viaggiare nei giorni di allarme per lo smog.

La Commissione aveva contestato agli inizi questa regolamentazione, considerandola illegittima. Nel 1988 si è ricreduta ed ha archiviato la procedura di infrazione.

¹¹ Sentenza in causa n. 240/83, *Abdhu*, in *Raccolta*, 1985, p. 549.

¹² Corsivo aggiunto.

¹³ Causa n. 302/86, in *Raccolta*, 1988, p. 4607.

ii. *Divieto di utilizzo di lattine di metallo per la birra*

Nel 1988 l'Irlanda aveva progettato di introdurre il divieto di usare lattine di metallo come contenitori per la birra per ragioni di tutela ambientale.

La Commissione ha chiesto all'Irlanda perché soltanto per produrre i contenitori di birra veniva vietato l'utilizzo del metallo e non per i contenitori di altre bevande o di altri prodotti.

L'Irlanda ha ritirato il proprio progetto.

iii. *Divieto di usare macchine tritarifiuti*

La Germania ha vietato il commercio delle macchine tritarifiuti, perché i rifiuti triturati entrano nelle acque di scarico e creano problemi ai sistemi di depurazione.

Secondo la normativa tedesca (ed anche europea) i rifiuti devono essere recuperati e riciclati. La triturazione va contro queste regole. La Commissione europea si è dimostrata d'accordo con la Germania.

iv. *Divieto di munizioni contenenti piombo*

Nel 1991 l'Olanda, per ridurre la diffusione del piombo nell'ambiente, ha proibito la vendita di munizioni contenenti piombo per i fucili da caccia.

La Commissione si è dimostrata d'accordo.

v. *Divieto di utilizzare PVC*

Il PVC è un tipo di plastica usato per materiali da costruzione, per le automobili, i giocattoli, ecc.

L'Olanda e la Danimarca hanno disposto una programmata riduzione di tale prodotto. L'Olanda ha anche proibito l'uso del PVC per produrre dispositivi di chiusura delle bottiglie di vino.

La Commissione si è dichiarata d'accordo. In Italia stiamo però assistendo ad un utilizzo di tale prodotto per i vini italiani.

vi. *Materiali da costruzione (alluminio, legno tropicale, PVC)*

Alcuni *Länder* tedeschi e l'Austria hanno bloccato gli aiuti statali all'edilizia se i costruttori utilizzano alluminio, PVC o legno tropicale per i propri manufatti.

A parte l'utilizzo del PVC, che può comportare gli inconvenienti di cui abbiamo sopra parlato, le disincentivazioni all'utilizzo degli altri due prodotti si basano su ragioni diverse e più difficilmente valutabili in base alla normativa comunitaria.

Per quanto riguarda l'alluminio, si sostiene infatti che occorre disincentivare l'utilizzo di un prodotto la cui fabbricazione comporta un costo elevatissimo in termini di energia consumata.

A tale proposito è davvero difficile sostenere tale tesi se il prodotto viene importato da un Paese dove l'energia è abbondante e a buon mercato (come ad es. il Canada).

Per il legno tropicale, il problema riguarda la distruzione delle foreste tropicali che può determinare una notevole accentuazione dell'effetto serra. Si tratta quindi di un problema importante e delicato ma riguardante Paesi diversi da quelli dell'Unione europea.

vii. *Divieto di usare stoviglie usa-e-getta*

Secondo decisioni adottate da autorità locali tedesche, non viene consentito l'uso di stoviglie usa-e-getta in occasione di fiere o manifestazioni varie.

La Commissione si è dichiarata d'accordo nell'ottica di limitare i quantitativi di rifiuti, purché non fosse introdotta alcuna discriminazione con riferimento alla provenienza dei prodotti.

vii. *Divieto di usare il creosoto nel trattamento del legno*

Una recente decisione¹⁴ mette in evidenza come la Commissione, di fronte ad una richiesta di uno Stato membro di introdurre disposizioni nazionali più restrittive rispetto a quelle contenute in una direttiva comunitaria, arrivi ad accogliere la domanda di tale Stato membro, verificando anche la possibilità di modificare la stessa direttiva comunitaria in relazione alle disposizioni introdotte dallo Stato membro medesimo. Nella decisione qui esaminata, si trattava di verificare la legittimità del divieto, introdotto dall'Olanda, all'uso del creosoto per rendere più resistente il legno. Poiché il creosoto è una sostanza chimica che può avere effetti cancerogeni, l'Olanda ne ha proibito l'uso spingendo la Commissione a valutare l'opportunità di modificare la direttiva comunitaria che invece lo consentiva.

II. Valutazioni finali conclusive

Le considerazioni sopra svolte nei precedenti paragrafi consentono di formulare qualche osservazione conclusiva.

¹⁴ Decisione n. 2002/884, della Commissione, del 31 ottobre 2002, relativa alle disposizioni nazionali sulle restrizioni in materia di immissione sul mercato e di uso di legno trattato con creosoto notificate dai Paesi Bassi ai sensi dell'art. 95, par. 4 e/o 5 TCE, in *Guce* n. L 308 dell'8 novembre 2002.

Dopo alcune incertezze iniziali, soprattutto dovute all'assenza di una base giuridica nel Trattato Ce, la Corte di giustizia ha decisamente orientato la sua giurisprudenza nel senso di considerare le esigenze di tutela dell'ambiente come esigenze fondamentali, in grado di limitare l'applicazione di principi altrettanto importanti come quello sulla libertà di circolazione delle merci.

Il bilanciamento delle opposte esigenze deve essere effettuato, come si ricava dalla giurisprudenza sopra esaminata, facendo riferimento essenzialmente a tre criteri guida:

- a. adeguatezza della misura nazionale a raggiungere un obiettivo validamente giustificato da esigenze ragionevoli di tutela dell'ambiente;
- b. necessità della misura nazionale per consentire la realizzazione dell'obiettivo perseguito, nel senso che tale obiettivo non potrebbe essere realizzato senza l'adozione della misura proposta;
- c. proporzionalità tra la misura adottata e l'obiettivo perseguito, tanto nel senso che lo stesso obiettivo non possa essere raggiunto con una misura meno invasiva e di analoga efficacia, quanto nel senso che la misura non deve comportare un sacrificio assolutamente sproporzionato rispetto al risultato che si vuole ottenere. Vale a dire, in altre parole, che pur essendo la misura prospettata, non solo adeguata, ma anche necessaria, in quanto l'unica adottabile, il sacrificio imposto non deve risultare talmente sproporzionato da farla ritenere illegittima.

Ovviamente l'applicazione dei tre criteri-guida appena indicati può in concreto variare adattandosi alle diverse fattispecie da decidere¹⁵.

A questo punto occorre tenere presente l'impatto dell'art. 95 TCE, sopra esaminato, che può certo condizionare le decisioni della Corte (e l'atteggiamento della Commissione).

Se, infatti, sulla base dell'art. 95, par. 4, uno Stato membro vuol mantenere una propria normativa interna più restrittiva rispetto a quella comunitaria armonizzata, è ovvio che la Corte di giustizia, in caso di opposizione da parte della Commissione, dovrà esaminare con molta attenzione le pretese dello Stato membro in questione, per il fatto che la disciplina comunitaria armonizzata avrà già avuto modo di tenere conto di diverse situazioni divergenti (tra cui quelle invocate dallo stesso Stato membro per mantenere la propria disciplina interna).

Ugualmente, ed a maggior ragione, la Corte procederà con estrema attenzione all'esame della pretesa di uno Stato membro avanzata sulla base del par. 5

¹⁵ V. l'articolo di M. MONTINI, «*Commercio e ambiente*», cit. *supra*, nota 4.

dell'art. 95 (sempre nell'ipotesi in cui la Commissione si rifiuti di riconoscere la legittimità di tale pretesa) dato che la domanda volta ad introdurre una misura nazionale più restrittiva rispetto ad una disciplina comunitaria armonizzata, potrà essere autorizzata soltanto se lo Stato membro sarà in grado di fondare la sua pretesa su "nuove prove scientifiche" rigorosamente documentate.

La particolare attenzione e la profondità di analisi che saranno richieste alla Corte di giustizia quando dovrà esaminare i problemi in discussione, sia nelle ipotesi di cui all'art. 95, par. 4, sia in quelle di cui all'art. 95, par. 5, appaiono giustificate in relazione alle specifiche procedure avviate in base alle disposizioni dello stesso art. 95 TCE. Il par. 6 di tale art. 95, come già ricordato, stabilisce infatti che tanto nei casi in cui uno Stato membro voglia mantenere una norma nazionale già in vigore (art. 95, par. 4) quanto nel caso in cui lo stesso decida di introdurre una nuova (art. 95, par. 5), la Commissione europea dovrà decidere se accogliere le domande di tale Stato membro.

È utile ricordare che, nel caso in cui la Commissione accogliesse le domande dello Stato membro ritenendole fondate, la stessa potrebbe, sulla base del par. 7 dell'art. 95, decidere se modificare la disciplina comunitaria armonizzata in relazione alla portata delle domande accolte (cfr. la sopra citata decisione della Commissione n. 2002/884 sull'uso del creosoto).

Ne consegue che la Corte di giustizia potrà essere generalmente investita di una controversia nel caso in cui la Commissione, ricevuta la notifica contenente la pretesa dello Stato membro (art. 95, par. 4 e art. 95, par. 5), arrivi a negare l'autorizzazione e a respingere la pretesa dello Stato membro richiedente. È ovvio che la Corte, per risolvere la controversia, dovrà procedere ad analisi molto approfondite che dovranno prendere soprattutto in considerazione gli argomenti addotti dalla Commissione.

Qualora, invece, la pretesa di uno Stato membro di applicare (tanto nel senso di "mantenere" quanto nel senso di "introdurre *ex novo*") una misura giustificata da motivi di tutela ambientale, riguardasse un settore nel quale non esista alcuna disciplina comunitaria armonizzata, in tal caso, non potendosi far ricorso all'art. 95, i criteri-guida sopra segnalati sarebbero applicabili senza particolari condizioni, come è possibile ricavare dalla giurisprudenza sopra analizzata (ed anche dalla prassi della Commissione pure sopra brevemente esaminata).

Fausto Capelli

LA DISCIPLINA DELLA VENDITA INTERNAZIONALE E SUOI RIFLESSI SULL'E-COMMERCE*

Sommario: *Premessa* - **1.** *L'introduzione di discipline uniformi sulla vendita internazionale* - **2.** *Le Convenzioni di diritto internazionale privato uniformi* - **3.** *La Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale* - **4.** *Riflessi sull'e-commerce.*

1. Premessa

La vendita, intesa genericamente come il trasferimento di un bene o di un'utilità contro un prezzo, è istituto accolto, penso, in tutti gli ordinamenti giuridici e alla base di un'imponente massa di transazioni nel commercio internazionale.

Nonostante le differenze di scenario, le due vendite, interna e internazionale, sono, nell'essenziale, regolate dalle discipline dettate per la prima¹. La differenza sta nel fatto che la vendita internazionale, rilevando per una pluralità di ordinamenti, non è sottoposta alla legge materiale del giudice adito, ma a quella, sempre statale, indicata dalle sue norme di conflitto. In conseguenza ciascuna transazione può essere sottoposta a diversa disciplina nazionale a seconda del giudice investito della lite, posto che non vi è certezza sul diritto che dovrà esserle applicato finché non è concretamente individuato il foro competente.

* Relazione tenuta ad Otranto il 14 giugno 2003 nell'incontro sull'*International E-Business* organizzato dall'Istituto Nazionale per il Commercio Estero.

¹ La considerazione è premessa che, almeno a prima vista, è generalmente ricevuta. Cfr. per tutti CARBONE - LUZZATTO, *Il contratto internazionale*, Torino, Utet, 1994, p. 1 e 2.

Nel commercio internazionale opera, tuttavia, un correttivo: il potere consentito all'autonomia delle parti di scegliere la legge statale applicabile al loro rapporto, nel rispetto soltanto d'alcuni limiti, posti essenzialmente a tutela delle categorie deboli. La circostanza, aggiunta alla natura delle discipline interne sulla vendita, di regola dispositive e quindi derogabili dalla concorde volontà delle parti, ha lasciato largo spazio per la creatività degli operatori. Nella prassi e seguendo le abitudini prevalenti nei Paesi di *common law*, non pochi contratti risultano stesi in modo molto articolato così da essere costruiti con una disciplina quasi autonoma, che supera le previsioni nazionali. Schemi contrattuali sono forniti da associazioni di produttori o intermediari, da borse merci, o altro, idonei a indurre in singoli settori regolamentazioni contrattuali relativamente uniformi. L'arbitrabilità delle liti, poi, è stata la via maestra per far affermare nel commercio internazionale usi e, più in generale, principi e/o discipline autoprodotte, osservati e fatti osservare, la c.d. *lex mercatoria*.

1. L'introduzione di discipline uniformi sulla vendita internazionale

Sul piano dell'intervento normativo si è cercato di porre parziale rimedio all'imprevedibilità e all'incertezza sulla disciplina della vendita internazionale, percorrendo due diverse strade. Da un lato sono stati stipulati accordi internazionali diretti a unificare le norme interne di diritto internazionale per rendere più sicura e prevedibile l'individuazione dell'ordinamento competente. Mi riferisco, in particolare, alla Convenzione dell'Aja 15 giugno 1955, che investe specificamente il contratto di vendita, e alla Convenzione di Roma 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Dall'altro, con la Convenzione di Vienna 11 aprile 1980 si è proceduto anche ad unificare parzialmente la disciplina materiale della vendita internazionale. Le regole vigenti comportano per l'*e-commerce*, affermatosi dopo la conclusione dei ricordati accordi, alcune difficoltà, che non sembrano insuperabili con i normali mezzi interpretativi.

Di seguito mi limiterò a un sommario esame dei più rilevanti accordi interessanti la vendita internazionale, di cui l'Italia è parte.

2. Le Convenzioni di diritto internazionale privato uniformi

Unificare le regole di conflitto era ambizione della Convenzione dell'Aja 15 giugno 1955 sulla legge applicabile alla vendita a carattere internazionale

di cose mobili corporali². L'atto non ha avuto gran successo essendo in vigore fra un numero limitato di Stati fra cui l'Italia.

Composto di pochi articoli, si caratterizza per la semplicità e linearità delle sue previsioni, che, peraltro, di rigida e meccanica applicazione, comportano conseguenze oggi non accettabili, ad es. per l'assenza di norme di favore per i contratti conclusi con i consumatori. Alla mancanza si è cercato di porre rimedio con la dichiarazione e raccomandazione resa dagli Stati presenti alla quattordicesima sessione della Conferenza dell'Aja sul diritto internazionale privato, che consente di sottrarli alla presa della Convenzione.³

La Convenzione ha ad oggetto la vendita a carattere internazionale di beni mobili corporali, ma non definisce in positivo i due concetti. In particolare, sulla prima nozione tace, salvo indicare che la sola scelta della legge applicabile o del giudice competente, operata dalle parti, non ne comporta il carattere internazionale⁴. Sulla seconda, poi, si limita a precisare alcune inclusioni ed esclusioni. Vi entrano i contratti di fornitura di beni mobili corporali da fabbricare o da produrre, qualora la parte che si obbliga a consegnare debba fornire la materia prima necessaria alla fabbricazione e produzione. L'indicazione sottopone alla Convenzione le vendite di beni futuri, ancorché non ancora tangibili all'atto della transazione.

Sono escluse, invece, le vendite di titoli, di navi e di imbarcazioni o di aeromobili registrati, nonché tipi specifici di vendite, quali quelle eseguite in forza di provvedimenti giudiziari di qualunque natura. Il preciso oggetto della Convenzione è lasciato così nell'incertezza con riferimento a beni non espressamente elencati. La difficoltà si presenta, in particolare, con riferimento ai programmi di *computer*. Il dubbio attiene alla possibilità di qualificarli beni mobili corporali. La conclusione più convincente è quella prevalentemente accolta nel definire la portata dei termini «*goods*» e «*merchandises*», impiegati rispettivamente dalle versioni in lingua inglese e francese della Convenzione di Vienna. Il *software* sarebbe da considerare un bene quando è incorporato in un supporto materiale, CD od altro, venduto al grossista o anche al diretto utilizzatore; prestazione di servizio quando è direttamente scaricato da *internet* o costruito su misura⁵.

² La Convenzione è stata resa esecutiva in Italia con legge 4 febbraio 1958, n. 50, in *Guri* n. 48 del 25 febbraio 1958; il deposito della ratifica è avvenuto il 17 marzo 1958.

³ La dichiarazione si legge nel sito www.hcch.net/e/conventions/dec103e.html

⁴ L'internazionalità del contratto è nozione difficilmente riducibile in un testo normativo. Sulla nozione v. DE NOVA, *Quando un contratto è "internazionale"?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1978, p. 665 s.

⁵ Per riferimenti v. gli scritti riprodotti nel sito della Pace University, www.cisg.law.pace.edu, in particolare: COX, *Chaos versus uniformity: the divergent views of software in the International Community*; CARTER, *Article 2B: International Perspectives*; DIEDRICH, *Maintaining Uniformity in International Uniform Law Via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG*. Quest'ultimo autore ritiene l'applicabilità della CISG ad ogni cessione di *software* con poche eccezioni. Per l'orientamento comunitario v., ad es., direttiva n. 2000/31/Ce dell'8 giugno 2000 sul commer-

La Convenzione, inoltre, non investe ogni aspetto della vendita internazionale di cose mobili corporali. Il suo art. 5, infatti, esclude che si applichi:

1. alla capacità dei contraenti;
2. alla forma del contratto;
3. al trasferimento della proprietà, restando tuttavia inteso che le diverse obbligazioni delle parti e particolarmente quelle relative ai rischi, sono invece sottoposte alla Convenzione;
4. agli effetti della vendita verso i terzi.

La Convenzione, pertanto, com'è stato confermato dalla sentenza 7 ottobre 1997 della Cassazione francese⁶, indica la legge applicabile ai vizi del consenso e, quindi, diversamente da quella di Vienna, alla validità in generale del contratto e delle sue clausole, nonché alla prescrizione delle azioni per i ricordati vizi.

Regola generale della Convenzione è che il contratto è soggetto alla legge scelta dalle parti. L'indicazione deve risultare in modo espresso o emergere in modo indubbio dalle disposizioni del contratto. Le parti, peraltro, non sembrano avere il potere, come consente loro la Convenzione di Roma del 1980, di frazionare il contratto scegliendo una o più leggi regolatrici in relazione a parti autonome dello stesso. Le condizioni relative al consenso dei contraenti nel formulare la clausola di scelta sono soggette alla legge regolatrice del contratto. In conseguenza la Convenzione dell'Aja non contiene sul punto la salvezza prevista dalla Convenzione di Roma del 1980, secondo la quale il contraente, al fine di dimostrare che non ha dato il suo consenso, può riferirsi alla legge del Paese dove ha la sua residenza abituale se dalle circostanze risulti che non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto del comportamento di questo contraente secondo la legge regolatrice del contratto.

Il contratto, quando le parti hanno omesso di indicare l'ordinamento allo stesso applicabile, è in linea di principio regolato dalla legge di residenza del venditore. La Convenzione dell'Aja, del 1955, diversamente da quella di Roma del 1980, peraltro, non specifica ulteriormente la previsione prevedendo che il venditore possa essere una persona giuridica e che, quindi, il riferimento vada fatto alla loro localizzazione corrispondente. Stabilisce, invece, che, se l'ordine è ricevuto presso uno stabilimento del venditore, la vendita è regolata dalla legge interna del Paese dove si trova lo stabilimento. La disposizione è critica-bile perché può rendere applicabili più leggi in caso di ordini separati resi a stabilimenti diversi dello stesso venditore, ma eseguiti cumulativamente⁷.

cio elettronico, in *Guce* n. L 178 del 17 luglio 2000, p. 1 ss. Cfr., inoltre, anche per riferimenti, SCHLECHTRIEM (edito da), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 1998, p. 23.

⁶ Cfr. Cour de Cassation, 7 ottobre 1997, in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1998, p. 84 s. con nota di LAGARDE.

⁷ L'obiezione era già stata sollevata dalla delegazione tedesca nel corso delle trattative per la stesura della Convenzione. L'ipotesi era quella di contratti conclusi con sedi dell'azienda fornitrice

L'individuazione sia della sede, sia dello stabilimento dov'è stato ricevuto l'ordine, presenta particolari difficoltà, che si accentuano nell'*e-commerce*. Con riferimento alle società virtuali, che non hanno altro che la sede legale, potrebbe essere preso in considerazione il luogo ove tengono gli strumenti e la tecnologia che supporta il loro sistema informativo o quello dal quale è possibile accedervi.

Occorre anche aggiungere che la natura rigida e meccanica della norma non consente i correttivi, che sono resi, invece, possibili dall'art. 4, ultimo comma, della Convenzione di Roma. Il giudice francese, ad es., nell'applicare la Convenzione dell'Aja è stato costretto ad applicare la propria legge, individuata dalla residenza del venditore, ad un contratto concluso in Germania fra due tedeschi e avente a oggetto la vendita di beni artistici colà situati, contro un prezzo fissato in marchi⁸.

La Convenzione dell'Aja porta, infine, previsione che non trova corrispondenza nella Convenzione di Roma del 1980. Introduce, infatti, un'eccezione, idonea a ribaltare in fatto la regola sulla normale competenza della legge del venditore; dichiara, infatti, applicabile la legge di residenza del compratore o del luogo dove questi possiede lo stabilimento che ha trasmesso l'ordine, se la sua ricezione è avvenuta in quest'ultimo Paese dal venditore o da un suo rappresentante, agente o commesso viaggiatore.

Resta da aggiungere, ricordando la limitata sfera d'applicazione della Convenzione, che per gli aspetti non previsti la vendita internazionale trova la sua disciplina di conflitto nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, recepita dal nostro ordinamento e dichiarata applicabile in ogni caso con l'art. 57 della legge 31 maggio 1995, n. 218. Cadono pertanto sotto quest'ultima Convenzione le vendite di beni immobili, di crediti e di ogni altro diritto o bene non contemplato dalla Convenzione dell'Aja, che non riceva disciplina da diversa normativa speciale operante nel nostro ordinamento. La stessa Convenzione detta le regole per individuare la legge regolatrice della forma e, nei limiti indicati dal suo art. 14, della prova. La disciplina dei diritti reali, avuto riguardo al loro contenuto, ai modi d'acquisto originari e al *modus acquirendi*, sono regolati dalla disciplina per loro specificamente dettata dalla disciplina interna di conflitto, di regola individuata nella legge di situazione del bene.

3. La Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale

Nell'ambito del commercio internazionale ha incontrato successo ben maggiore la Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita interna-

sitate in Paesi, ma eseguiti con unica fornitura. Nel caso di vizio parziale della merce l'individuazione della legge regolatrice è problematica.

⁸ Cfr. Cour de Cassation, 7 ottobre 1997, *cit. supra*, nota 6.

zionale di merci fatta a Vienna l'11 aprile 1980 ed entrata in vigore agli inizi del 1988⁹. Oggi vincola una sessantina di Stati, fra cui tutti i più importanti attori del commercio internazionale, fatta eccezione per il Regno Unito e il Giappone.

Con la ratifica gli Stati parti hanno inserito nei loro rispettivi ordinamenti un complesso organico e speciale di disposizioni materiali, che regolano la vendita internazionale di merci.

La ricordata disciplina non s'impone in ogni caso ai giudici degli Stati contraenti. Le sue norme, infatti, non sono d'applicazione necessaria dal momento che i contraenti hanno la facoltà di escluderne l'applicazione o di derogare praticamente a ciascuna di esse; si tratta, poi, di normativa materiale che ha un suo preciso e predefinito campo d'applicazione individuato attraverso appositi criteri, che fissano la nozione di vendita internazionale accolta nel testo. Ai fini della ricordata Convenzione e diversamente dalla nozione ricostruita nel campo del diritto internazionale privato, per vendita internazionale s'intende qui la cessione di beni contro prezzo intervenuta fra soggetti aventi la loro sede d'affari in Stati diversi.

La natura internazionale della vendita non basta a rendere applicabile la disciplina materiale posta dalla Convenzione. La stessa si applica direttamente ove le sedi degli affari dei contraenti si trovino in Stati diversi, entrambi vincolati dalla Convenzione. La nozione di sede degli affari è genericamente definita dall'art. 10 della Convenzione. Secondo la disposizione, se una parte ha più di una sede d'affari, sarà presa in considerazione quella collegata più strettamente con il contratto e la sua esecuzione, tenuto conto delle circostanze note alle parti o da loro considerate, in un qualsiasi momento, prima o al momento della conclusione del contratto¹⁰. L'indicazione, che sembra consentire una maggiore elasticità nell'individuare la sede degli affari rilevante rispetto a quanto stabilito dalla Convenzione dell'Aja del 1955, non consente di superare ogni difficoltà interpretativa. Ad es., quali caratteristiche deve presentare la sede degli affari per essere considerata tale. Ragionevolmente deve godere di una certa stabilità e autonomia sul piano della gestione degli affari. Si è posto anche il problema se la presenza su un territorio di una *agency* con potere di contrarre possa costituire una sede d'affari.

La Convenzione di Vienna è resa applicabile anche indirettamente quando i due contraenti hanno la loro sede degli affari in due Stati diversi, uno dei quali almeno non parte della Convenzione. Nel caso, ove le norme di diritto

⁹ La Convenzione di Vienna è stata resa esecutiva con legge 11 dicembre 1985, n. 765, in *Guri* n. 303 del 27 dicembre 1985, *suppl. ord.* La ratifica italiana è stata depositata l'11 dicembre 1986.

¹⁰ Nel senso che la CISG si applica alla vertenza intervenuta fra due società incorporate nel Delaware, quando le loro sedi d'affari più strettamente collegate con il contratto sono l'una negli USA e l'altra nel Canada, entrambi Paesi contraenti, v. la sentenza 27 luglio 2001 della U.S. District Court, N.D., California, *Asante Technologies v. PMC Sierra, Inc.* riprodotta nel sito www.unilex.info.

internazionale privato del giudice adito conducano all'ordinamento di uno Stato parte, questo sarà in linea di principio applicabile (art. 1, 1° comma, lett. b.). L'art. 95 della Convenzione consente agli Stati di ratificarla riservandosi di non applicare la disposizione appena ricordata. Della possibilità si sono avvalsi, ad es. gli U.S.A. La ratifica con riserva rende non uniforme l'applicazione della Convenzione.

Il fatto che i contraenti abbiano la propria sede in Stati diversi, tuttavia, non può essere preso in considerazione quando non risulti dal contratto, né da operazioni precedenti fra le parti né da informazioni da queste fornite in qualsiasi momento prima o contestualmente alla conclusione del contratto. Neppure rileva la nazionalità delle parti o il fatto che le stesse siano privati o operatori e, quindi, che il loro contratto sia civile o commerciale. La vendita di un'auto oppure di oggetti d'arte fra privati sono esempi normali in cui trova applicazione la Convenzione.

Anche la Convenzione di Vienna non regola ogni vendita di merci. La nozione è definita con il consueto strumento delle esclusioni e delle inclusioni, inidoneo a dare assoluta certezza sulla sua sfera d'applicazione oggettiva. Il testo inglese, che riprende l'espressione *goods* presente nella Convenzione dell'Aja del 1955 e in altre Convenzioni di diritto materiale uniforme, che l'Italia ha ormai denunciato, si discosta dal testo francese, che innova parlando di *merchandises*. La differenza sembra comportare l'esigenza di interpretare la nozione nel modo più ampio possibile; la Convenzione, pertanto, dispone sicuramente per i beni mobili corporali, ma probabilmente si estende a ogni bene economicamente valutabile e, quindi, potenzialmente, anche a beni di natura immateriale.

Dalla Convenzione di Vienna sono esclusi alcuni tipi di vendite, ma non vi è esatta corrispondenza con le previsioni sul punto di quella dell'Aja.

La Convenzione regola la formazione del contratto di vendita e le obbligazioni che ne derivano per il venditore e l'acquirente. Non regola, invece, salvo quanto previsto nella Convenzione, la validità del contratto o di ciascuna delle sue clausole, nonché gli effetti che il contratto può avere sulla proprietà del bene e, quindi, anche i suoi riflessi per i terzi.

Il momento dello scambio dei consensi e, quindi, l'aspetto relativo alla valida conclusione del contratto è regolato dalla Convenzione di Vienna, che disciplina la proposta, indicandone i requisiti. Essenzialmente deve essere sufficientemente precisa e indicare le merci nonché, esplicitamente o implicitamente, fissarne la quantità e il prezzo; il momento in cui diventa operativa è individuato in quello in cui perviene al destinatario; l'accettazione dell'offerta diviene efficace nel momento in cui la manifestazione di consenso perviene all'autore della proposta. Dichiarazione o altri comportamenti del destinatario dell'offerta che indicano l'adesione valgono accettazione.

Caratteristica generale della Convenzione è la normale derogabilità ad opera dei contraenti delle sue previsioni. I contraenti, pertanto, possono escludere l'applicabilità dell'intera Convenzione al loro rapporto, con la conseguenza di demandarne la disciplina alle legislazioni statali oppure, se possibile, alla *lex mercatoria* o ad altri complessi normativi, ad es. i principi *Unidroit*. La mera indicazione che il contratto sarà soggetto alla legge dello Stato X, quando questi è parte della Convenzione, non vale ad escluderne l'applicazione dal momento che le sue norme fanno ormai parte integrante del relativo sistema normativo. Le parti possono anche escludere l'applicabilità di singole disposizioni, in ipotesi formulando clausola contrattuale con contenuto in deroga alla Convenzione.

Il nucleo della disciplina posta dalla Convenzione attiene ai diritti e alle obbligazioni dei contraenti. Si tratta di normativa che si distacca in parte da quella dei singoli ordinamenti interni, posto che ha inteso conciliare le esigenze del commercio internazionale e degli ordinamenti interni, le cui norme imperative, come più sopra si ricordava, sono state in larga parte fatte salve.

Le diversità di maggior peso attengono alla rilevanza data alla consegna della merce, e non più al passaggio della proprietà, nella determinazione di alcuni momenti della vendita, in particolare con riferimento al passaggio del rischio quanto al perimento o al deterioramento della merce. Novità sono introdotte con riferimento alla nozione di vizi della cosa venduta, della loro denuncia e della loro rilevanza ai fini dell'azione di risoluzione; con riferimento alle cause di esonero della responsabilità e così via.

La Convenzione di Vienna, che ormai opera da tre lustri, ha dimostrato un sufficiente equilibrio normativo e una buona capacità di semplificazione della disciplina della vendita internazionale; restano, tuttavia, lacune che, ove non possano essere riempite attraverso il ricorso ai principi fondanti la Convenzione, aprano al gioco tradizionale delle norme di conflitto. La prassi giudiziaria ormai importante sull'applicazione della Convenzione di Vienna mostra che diversi sono gli aspetti della vendita internazionale non coperti dalla Convenzione, oltre a quelli esplicitamente esclusi.

4. Riflessi sull'e-commerce

L'e-commerce si avvale anche per la trasmissione della volontà contrattuale di forme e modalità nuove, non contemplate dalla Convenzione di Vienna e, quindi, a prima vista non compatibili con la disciplina sulla vendita internazionale. Alcuni problemi, come quelli già ricordati e attinenti all'individuazione della sede e degli stabilimenti delle parti oppure alla qualificazione del *software* sono superabili sul piano interpretativo. Più difficile è supera-

re altri ostacoli senza integrazioni normative. L'art. 13 della Convenzione di Vienna, ad es., stabilisce che «il termine» scritto «deve intendersi comprendere anche le comunicazioni mediante telegramma e *telex*», ma l'equiparazione non contempla i più recenti mezzi di comunicazione informatica. Il successivo art. 15 stabilisce che l'offerta diviene efficace quando perviene al destinatario; analogo discorso è ripetuto per l'accettazione. Per l'art. 20 «Il termine dell'accettazione che l'autore dell'offerta fissa per telefono, per *telex* o mediante altri mezzi istantanei di comunicazione, inizia a decorrere dal momento in cui l'offerta perviene al destinatario». I concetti sopra utilizzati sono definiti nell'art. 24 secondo il quale «una dichiarazione di volontà "perviene" al suo destinatario quando è fatta verbalmente o è consegnata con qualsiasi altro mezzo al destinatario personalmente, presso la sua sede di affari, al suo indirizzo postale o, se non ha sede d'affari o indirizzo postale, presso la sua abituale residenza». La consegna, è chiaro, mal si concilia con l'uso di strumenti informatici.

Gli esempi potrebbero continuare ma è ormai palese il tipo di difficoltà che la Convenzione di Vienna pone con riferimento alle operazioni di *e-commerce*. Si tratta di valutare se i testi consentano i necessari aggiustamenti interpretativi con riferimento alle caratteristiche tecniche dei nuovi mezzi impiegati. Sul piano internazionale sono in corso lavori in sede UNCITRAL per la stesura di una Convenzione di diritto uniforme sulla contrattazione elettronica¹¹. In Europa sono già stati presi diversi provvedimenti, quali la direttiva n. 2000/31/Ce sul commercio elettronico, che si occupano anche dei problemi appena considerati¹².

Giuseppe Coscia

¹¹ Per più dettagliate informazioni vedere il sito www.uncitral.org. Anche per riferimenti v. DE ROSSI, *E-commerce: prende forma la Convenzione internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale. Pratica internazionale e diritto interno*, 2002, p.477 s.

¹² La direttiva n. 2000/31/Ce è stata attuata in Italia con dlgs n. 70 del 9 aprile 2003, in *Guri* n. 87 del 14 aprile 2003, *suppl. ord.*

RECENSIONI

Armin von Bogdandy, *Europäisches Verfassungsrecht: theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer Verlag, 2003, p. XXVIII-978, € 59,95

Questa opera rappresenta il frutto maturo di un decennio di lavoro, teoretico e dogmatico, concernente il "processo di costituzionalizzazione" del diritto dell'Unione europea, attualmente culminato nel noto progetto del 18 luglio 2003 istituente una Costituzione per l'Europa. In singolare coincidenza il poderoso piano dell'opera offre venti contributi appartenenti complessivamente alla scuola "euro-costituzionalistica" tedesca ed austriaca. Meritorio coordinatore dell'opera stessa il Direttore dell'Istituto del Max-Planck di Heidelberg per il diritto internazionale ed il diritto pubblico comparato, nel cui campo disciplinare si evidenzia così un momento di massima divaricazione dell'origine internazionalistica rispetto all'attuale approdo costituzionalistico del processo di integrazione europea.

Tale impostazione culturale, logica e di metodo è, peraltro, tradizionale alla scuola accademica austro-tedesca legata, sotto il profilo didattico, all'insegnamento della triade diritto costituzionale-europeo-internazionale in capo ad un'unica cattedra e, sotto il profilo scientifico, ben radicata nella convinzione di un necessario concorso di tali tre discipline nella definizione dello spazio pubblico europeo.

In tale contesto, l'interesse precipuo dell'opera è costituito dalla sua polarizzazione sul versante "*euro-costituzionale*". Di tale prospettiva sono messi in luce i vari momenti costitutivi riflessi nello stato attuale del dibattito scientifico, nei suoi metodi e risultati di lavoro e, infine, negli obiettivi politico-istituzionali da essa condivisi all'interno dell'*universum* giuridico dell'Europa cd. post-nazionale e post-moderna. Peraltro, tale finalità strettamente attuale non impedisce di scorgere nel sottofondo complessivo del volume un richiamo alla "Costituzione pre-moderna" o "Costituzione genetica" dell'Europa cui si richiamano ormai *expressis verbis* gli stessi testi della «Costituzione per l'Europa» già citata.

È in tale ambito che i singoli contributi compiono l'analisi dei settori specifici della Costituzione europea ovvero se si vuole la sua costituzione materiale, intesa come *follow up* della stessa, nell'intento comune a tutti gli autori di evidenziare i risultati pratici ed effettivi di ciascun fenomeno considerato (*Faktizität*). Nell'economia generale del piano di lavoro i primi cinque saggi esaminano in modo problematico quale sia o possa essere stata o possa divenire l'idea europea di Costituzione, nonché di federalismo ed ancora di *ius commune* come insieme di principi costituzionali generali e, su tali presupposti, la stessa nozione di sovranità statale e multistatuale gestita mediante l'esercizio di funzioni normative comuni (p. 1-205).

In questa prima parte di carattere generale emerge una nozione dinamica di Costituzione formalmente collegata al primato delle norme pattizie secondo la triade: trattati comunitari-unionistici-costituzionali naturalmente posti a fondamento dell'integrazione normativa europea come base primaria dell'intera struttura costituzionale. In tale contesto, gli Autori evidenziano, come particolarmente indicativo dell'approccio attuale, la formazione di principi giuridici costituzionali comuni (*Prinzipien-bildung*), evidenti nel neo-regime costituzionale dei diritti fondamentali, nonché nella disciplina delle competenze e delle istituzioni democratiche proprie dell'Unione. Ne emerge complessivamente una visione equilibrata della *Grundnorm* del diritto costituzionale europeo capace di ridurre ad unità la molteplicità delle fonti del sistema e, quindi, suscettibile di presentarsi come mono-Constituzione pure in presenza di apporti costituzionali molteplici provenienti dalla tradizioni costituzionali comuni (cd. multi-Constituzione).

I contributi successivi si inquadrano nella logica della *tabula* costituzionale o dell'elenco dei settori oggetto del coordinamento fra giurisdizioni nazionali ed europea, diritto statuale ed euro-statuale, diritto internazionale ed unionistico-comunitario, istituzioni e politiche euro-nazionali, cittadinanza con relativi diritti e libertà fondamentali (p. 205-683). Aspetti peculiari sono trattati nei due saggi sulla Costituzione economica e sul regime correlato di concorrenza (p. 683-803), nonché sugli esiti dell'intero processo costituzionale esaminato come «*Gestalt und Finalität*» (p. 847). L'intera opera si conclude con tre distinti saggi rispettivamente dedicati alla coesistenza dei modelli «costituzional-nazionale», «comunitario» e «confederale» come esiti finali e componenti essenziali della Costituzione europea del futuro (p. 847-959). Ancora in fondo al volume un ricco indice analitico che ne facilita la lettura per la comprensione dell'attuale lessico costituzionale europeo. Nel complesso si tratta di un'opera fondamentale della scuola austro-tedesca ben radicata nella tradizione e tale da segnare una nuova era negli studi giuridici sull'integrazione europea. Ad essa va riconosciuto il merito della tempestività nell'aver segnato una fase attuale, anzi attualissima di dibattito costituzionale (*Konstitutionelle debatte*) e di aver

così orientato il temario su cui si è fissato l'ordine del giorno della Convenzione da cui è derivato, come risultato ultimo, l'attuale testo costituzionale oggi all'esame dei governi e dei parlamenti nazionali.

Massimo Panebianco

Sergio M. Carbone - Riccardo Luzzatto - Alberto Santa Maria (a cura di), *Istituzioni di Diritto Internazionale*, Torino, Giappichelli, II ed., 2003, pp. XIX-491, € 29,00

Nel variegato panorama della migliore dottrina italiana che, com'è noto, annovera eccellenti opere manualistiche di diritto internazionale si segnala il volume qui recensito, pervenuto rapidamente e, ad appena un anno dalla sua prima apparizione, alla seconda edizione. La sua prima edizione è stata già oggetto di recensione in un precedente numero della presente Rivista come immediata risposta del mondo accademico alla sua apparizione e come contributo, con riferimento all'oggetto specifico degli interessi dei lettori della stessa, alla discussione sugli stessi presupposti del diritto comunitario europeo in una visione sempre più ampia di tipo internazionalistico e, *lato sensu*, universalistico.

Con equilibrio tra generalità e specialità i Curatori dell'opera (S. M. Carbone, R. Luzzatto e A. Santa Maria) sono riusciti a ricomprendere i *topic* del diritto internazionale e, più precisamente, sia i temi di carattere più propriamente teorico-istituzionale, sia quelli di più marcata specializzazione. Essi, con rigore di coordinamento metodologico e lucida chiarezza in merito alla destinatarietà dell'opera, hanno ricondotto, infatti, settori o subsettori del diritto internazionale, oggetto di usuali trattazioni parcellizzate ad una dimensione manualistica.

Come accade nelle migliori opere collettanee che riescono a coniugare l'ampiezza del piano della ricerca e di esposizione con la qualità dei singoli contributi ne è derivato un volume contrassegnato da una profonda omogeneità ed unitarietà, ma, al contempo, connotato da una relativa diversificazione e specializzazione con riferimento agli argomenti di più spiccata attualità. Siffatta unitarietà ed, insieme, versatile duplicità corrisponde, nella sistematica del volume, alla *summa divisio* in due parti.

La prima risulta articolata in nove capitoli. Essi sono: «I soggetti e gli attori nella comunità internazionale» di S. M. Carbone (cap. I); «Il diritto internazionale e le sue fonti» di R. Luzzatto (cap. II); «L'accordo nel sistema delle fonti ed il diritto dei trattati» (cap. III); «L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale» di P. Ivaldi (cap. IV); «Comunità europee, Unione europea e

adattamento» di M. Condinanzi (cap. V); «Sovranità territoriale, "jurisdiction" e regole di immunità» di R. Luzzatto e I. Queirolo (cap. VI); «Risoluzione pacifica e prevenzione delle controversie internazionali» di F. Munari (cap. VII); «Illecito e responsabilità» di L. Fumagalli (cap. VIII); «L'uso della forza e il sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite» di M. Condinanzi (cap. XI).

La seconda è composta da quattro capitoli. In essa trovano specifica trattazione: «L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani» di B. Nascimbene (cap. X); «Il diritto del mare» di G. Gasparro e P. Ivaldi (cap. XI); «Tutela internazionale dell'ambiente» di F. Munari (cap. XII) e «Il diritto internazionale dell'economia» di A. Santa Maria (cap. XIII).

Il volume, nell'edizione qui recensita, sul piano dei contenuti, pur essendo rimasti invariati il complessivo impianto, la successione dei temi e (salvo qualche eccezione) la strutturazione di massima dei capitoli, risulta revisionato e/o aggiornato al fine di fornire una più compiuta definizione delle caratteristiche struttural-funzionali di una comunità internazionale in forte divenire. Una comunità non solo interstatuale ma anche interindividuale, nel più ampio ambito della «società universale del genere umano» (Luzzatto, p. 39) in linea con la tradizione della dottrina internazionalistica dell'illustre Autore cui l'opera è dedicata. Una comunità che non può non annoverare «l'emergere di nuovi attori» (Carbone, p. 31), che inizia a riconoscere per gli individui forme di «personalità limitata» (Carbone p. 30 e Nascimbene p. 370) e che registra la non necessaria identità tra i «soggetti» del diritto internazionale e quelli del diritto internazionale dell'economia (si pensi, per tutti, alle imprese multinazionali di cui Santa Maria a p. 455-456).

In questa edizione costituisce ulteriore elemento di differenziazione rispetto alla prima lo spazio dedicato alle fonti dottrinali. Ciascun capitolo risulta, infatti, supportato da un'accurata selezione bibliografica che trova posto in una bibliografia essenziale la quale, unitamente a quella generale che compare al termine del volume, fornisce utili richiami dottrinali per l'approfondimento delle singole tematiche. Quanto all'insieme dei materiali normativi ed alla prassi internazionale ed interna, nelle loro più significative estrinsecazioni, anche in questa edizione, essi trovano un adeguato spazio di riferimento che, sul piano grafico, si traduce nell'utilizzo di un carattere tipografico differenziato rispetto agli altri caratteri del volume.

Il prodotto finale è un *manuale istituzionale* particolarmente idoneo a soddisfare le esigenze didattiche del corso di laurea in Scienze giuridiche ed, al tempo stesso, un *manuale-monografico* per l'elevato livello di approfondimento di alcuni suoi capitoli, più idonei a garantire ulteriori richieste di formazione specialistica.

Angela Di Stasi

Ida Caracciolo, *La rilevazione dei valori democratici nell'Unione europea. Una proiezione internazionale per l'identità giuridica occidentale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, pp.VII-288, € 18,00

Nella presente fase di costituzionalizzazione dell'Unione europea, non ancora pervenuta al risultato finale e, in certa misura, solo desiderato di stabilire una vera e propria Costituzione in senso tecnico-formale, si assiste ad un profondo rimescolamento di concetti ed istituti, spesso combinati fra loro, per finalità politiche euro-ottimiste e con l'intento di ridurre l'impatto degli elementi "euro-critici" circa lo stato presente della costruzione europea. In tale contesto storico, molti concetti tradizionali sono posti nel sottofondo dei trattati e viceversa molti altri tendono a contrapporsi con essi in un difficile sforzo di composizione unitaria, tale è senz'altro il concetto generale di democrazia, inteso come insieme di valori democratici chiamati a svolgere la funzione di base primaria della costruzione europea sugli stessi edificata. In tale ambito, l'insieme delle proiezioni interne ed internazionali della democrazia occidentale, *alias* tradizione euro-americana, viene prospettata come un modello normativo lentamente identificato o identificabile con l'intero mondo della Comunità internazionale. La seduzione di tale tentativo, non privo di motivazioni fortemente ideali, rappresenta ancora un procedimento in *itinere* in cui i risultati sono tutti da verificare alla luce delle sperimentazioni pratiche della vita statuale e multi-statale. Con tale difficile problematica si misura, già da tempo, la dottrina europeistica e lo studio monografico qui recensito si inserisce perfettamente in tale filone in un'ottica sia politico-diplomatica che costituzionale-internazionale.

Nel quadro di tale dibattito costituzionale che investe l'Unione europea, con specifico riferimento all'attuale progetto "costituzionale" di Trattato, oggi all'esame della Conferenza intergovernativa, ben si innesta, quindi, l'opera qui recensita e particolarmente collegata al filone dottrinale italo-tedesco che evidenzia la formazione di principi giuridici costituzionali comuni, con il merito di rilevare i valori democratici esistenti nell'Unione europea e comuni agli ordinamenti degli Stati membri che permeano l'intero sistema comunitario-unionistico-costituzionale europeo.

L'opera si caratterizza per un primo approccio (Cap. I, p. 1-56) di tipo generale diretto ad analizzare la «struttura e la legittimazione» dell'Unione europea, attraverso le tappe fondamentali del processo costituzionale, dalle origini fino alla dichiarazione di Laeken del dicembre 2001, che evidenziano l'ormai annosa ricerca di una qualificazione giuridica dell'Unione europea. In tale contesto, l'Autrice mette in risalto le varie interpretazioni della dottrina sottolineando la divaricazione tra l'unitarietà strutturale dell'Unione europea e la molteplicità delle sue articolazioni funzionali. Affronta, poi, l'ulteriore

problematica della sua legittimazione chiedendosi se il concetto di democrazia non possa essere inteso in senso diverso da quello classico proprio dell'etimologia greca traducendosi in forme di partecipazione diverse da quelle tipiche dei moderni Stati democratici. Ed, inoltre, se l'Unione europea non necessiti di una sua legittimazione specifica da rinvenirsi nel recepimento dei valori democratici propri degli Stati membri che: «non sono le condizioni "pregiuridiche" dell'Unione europea, ma vengono fatti propri dall'ordinamento comunitario, divenendo così valori giuridici di questo ordinamento». È per tale motivo che il successivo capitolo (Cap. II, p. 57-111) passa ad esaminare la codificazione dei valori democratici nell'Unione europea attraverso il processo di consolidamento dei principi giuridici comuni agli Stati membri e dei principi generali del diritto comunitario di cui all'art. 6 del TUE, cogliendo le sottili coincidenze e differenze tra il par. 1 ed il par 2 del suddetto articolo, tra i principi caratterizzanti i sistemi democratici degli Stati europei che vengono ridotti ad unità divenendo i fondamenti del sistema unionistico-europeo e i principi - quali i diritti fondamentali desunti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri - che: «individuano i caratteri essenziali, "esistenziali", dell'ordinamento giuridico comunitario». A seguire, l'Autrice compie una verifica contenutistica dei principi, data la formulazione generica dell'art. 6, spingendosi fino ad accertare l'effettività dei meccanismi di garanzia predisposti dal Trattato sull'Unione europea.

Non meraviglia che il prosieguo dell'opera (Cap. III, p. 113-158) approfondisca la tematica della cittadinanza europea come meccanismo privilegiato di attuazione di tali valori democratici nella ricerca di un'identità comune di appartenenza. In tale ambito, l'Autrice non manca di cogliere l'inscindibile collegamento della cittadinanza europea con quella nazionale mettendo a nudo i limiti di una tale concezione che non è esente dal rischio di discriminazione e di diversità di trattamento realmente egualitario. Manca un collegamento diretto tra individuo e Unione. È per tale motivo che l'essenza stessa della cittadinanza europea risiede, ad avviso dell'Autrice, «(...) nell'individuazione di un nucleo di diritti generali di cui possono godere i componenti dei popoli europei», procedendo a precisare contenutisticamente i singoli diritti, dopo aver effettuato le dovute differenze tra i diritti umani e diritti civili e dopo aver precisato la funzione della cittadinanza europea che, da un lato, rileva un senso di identità tra i popoli degli Stati membri, dall'altro, qualifica un nucleo essenziale di diritti.

Tuttavia, come giustamente rileva lo studio monografico qui recensito, non è possibile arrestare l'indagine alla sussunzione dei valori democratici propri degli ordinamenti degli Stati membri nel contesto giuridico comunitario essendo necessario verificare il loro rispetto e la loro attuazione anche e

soprattutto nell'ambito dei pilastri intergovernativi. Con particolare riferimento alla PESC, l'Autrice sottolinea (Cap. IV, p. 159-212), però, come non si tratti di una vera e propria rilevazione di valori democratici, appartenendo la sovranità agli Stati, ma di controllo dell'Unione, del rispetto di tali valori da parte degli Stati e del conseguimento degli stessi nell'esplicazione delle misure di cooperazione intergovernativa riferite alla valorizzazione dell'identità europea ed allo sviluppo delle sue relazioni internazionali come giuste e pacifiche. Pertanto, tale obiettivo rileva non soltanto a livello interno, ma soprattutto a livello di azione esterna facendosi l'Unione promotrice della "universalizzazione" dei valori giuridici comuni degli Stati democratici occidentali, sia in tempo di pace che di conflitto armato. Per quanto riguarda, poi, la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (Cap. V, p. 213-250) l'opera ha il pregio di cogliere, da un lato, le interconnessioni esistenti tra primo e terzo pilastro, tra la creazione, il completamento ed il consolidamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e l'azione comunitaria e, dall'altro, le contrapposizioni tra il mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interni ed il rispetto dei diritti umani.

Ciò premesso il carattere saliente dello studio qui recensito coincide esattamente con gli obiettivi e le finalità dell'attuale momento dell'integrazione europea. L'Autrice esattamente coglie un equilibrio quasi perfetto tra i valori costituzionali comuni di democrazia propri di un'Unione internazionale di Stati all'interno della quale ciascuno di essi vede riprodotti, o quasi integralmente ricompresi, i propri valori democratici nazionali. Resta al di là della prospettiva affrontata dall'indagine la possibilità di evidenziare futuri rapporti interni all'Unione, derivanti dalla "effettività" della sua vita costituzionale, governati non più dall'equazione valori comuni=valori nazionali, ma dalla prevalenza degli uni o degli altri sulla spinta delle forze politicamente dominanti. Questo compito di rilevazione ulteriore sarà affidato agli studiosi del prossimo futuro interessati allo studio di tale equazione, allorché la "Costituzione materiale" potrà anche assumere direzioni diverse da quella dell'attuale "Costituzione formale". Anche in tale prospettiva, lo studio qui recensito è comunque destinato a rimanere punto di riferimento essenziale per l'elaborazione di ulteriori lavori sull'interessante ed attuale tematica.

Teresa Russo

ARTICOLI

LA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA IN MATERIA CIVILE E COMMERCIALE: DALLA CONVENZIONE DI BRUXELLES AL REGOLAMENTO (CE) N. 44/2001*

PARTE SECONDA

RICONOSCIMENTO ED ESECUTIVITÀ DELLE SENTENZE E DEGLI ATTI STRANIERI

Sommario: **1.** *Il riconoscimento delle decisioni* - **2.** *L'esecutività delle decisioni e degli atti.*

1. Il riconoscimento delle decisioni

La seconda parte del regolamento, contemplata dal suo capo III, inerente alla disciplina del riconoscimento, da un lato, e dell'esecuzione, dall'altro, delle decisioni all'interno dello spazio giudiziario europeo, pure si indirizza nell'alveo tracciato dalla Convenzione di Bruxelles, ma indubbiamente contiene innovazioni di non secondaria importanza volte ad accogliere, almeno in certi limiti, le proposte ed i suggerimenti maturati nel trentennio di applicazione del regime convenzionale, senza peraltro giungere ad esiti che possano far ritenere conclusa o, quanto meno, pervenuta in dirittura d'arrivo l'aspirazione al conseguimento del titolo esecutivo europeo, ossia ad una forma,

* Questo scritto riproduce, con l'inserzione in nota dei riferimenti bibliografici e giurisprudenziali essenziali, il testo della relazione predisposta per il Corso decentrato di diritto comunitario tenutosi a Salerno il 21 febbraio 2003 ed organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura e dalla Corte d'appello di Salerno con il sostegno della Commissione europea nel quadro dell'azione "Robert Schuman" sul tema «La cooperazione giudiziaria in materia civile».

La prima parte dell'articolo è pubblicata sul n. 3/2003 di questa *Rivista*, p. 451 ss. alla quale si rinvia per i rimandi in nota (*n.d.r.*).

diffusa su tutto il territorio dell'Unione europea, di esecutività automatica di una - più o meno ampia - serie di decisioni assunte dai giudici dei singoli Stati membri: il ch  supererebbe o renderebbe residuale l'esigenza di procedere a deliberazione od altra forma di verifica delle condizioni minime necessarie per ottenere l'efficacia esecutiva del titolo nello spazio giudiziario europeo al di l  del territorio dello Stato membro di produzione del titolo stesso.

Questo traguardo ha costituito - come si   suggestivamente osservato in dottrina¹⁶⁶ - il convitato di pietra delle ipotesi di rielaborazione ed aggiornamento del tessuto convenzionale. E gli stessi lavori preparatori segnalano l'esigenza che l'approdo raggiunto dal regolamento non freni il progetto di titolo esecutivo europeo, con particolare riferimento ai settori che ne reclamano in modo pi  urgente l'attuazione (ossia i crediti alimentari, i crediti maturati per ritardi nei pagamenti, in particolare per quanto concerne i crediti retributivi ed, in pi  specifica analisi, per quanto concerne i crediti retributivi maturati a s guito di fallimento del datore). Il parere del Comitato economico e sociale in merito alla proposta del regolamento qui in esame gi  consiglia fra le possibili strade per pervenire al titolo esecutivo europeo quella dell'introduzione di una procedura "europea" per la riscossione di crediti definibili parimenti "europei", secondo modalit  identiche in tutti gli Stati membri, in modo che ciascuna decisione pronunciata alla stregua del relativo modello in ciascuno degli Stati stessi dovrebbe caratterizzarsi per gli stessi connotati qualificanti per diventare esecutiva¹⁶⁷. Si  , fra l'altro, ricordata in principio la proposta di regolamento sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati che dovrebbe aprire un ulteriore varco verso una pi  profonda interconnessione fra gli ordinamenti del relativo spazio giudiziario.

L'applicazione delle Convenzioni di Bruxelles e Lugano, che pure ha garantito un notevole grado di coordinamento - oltre che per quanto riguarda la distribuzione della competenza giurisdizionale fra i giudici degli Stati (rispettivamente) contraenti - anche per ci  che concerne l'impulso al riconoscimento dei titoli ed all'annessione ai medesimi dell'efficacia esecutiva, ha nel corso del tempo fatto emergere problemi, incompletezze, aporie tali da ostacolare il pieno dispiegamento del portato convenzionale. Infatti, fermo il ruolo di "pietra angolare" svolto dalla Convenzione di Bruxelles per la costruzione dello spazio (giuridico e) giudiziario europeo enucleato nel terzo pilastro del Trattato di Maastricht e poi attratto nella competenza comunitaria

¹⁶⁶ Cos  P. BIAVATI, *Le prospettive di riforma della convenzione di Bruxelles*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1208.

¹⁶⁷ Sulla progressiva enucleazione dell'idea di titolo esecutivo europeo nelle sue varie forme, cfr. B. CAPPONI, *Una prospettiva di armonizzazione: il titolo esecutivo europeo*, in *Documenti giustizia*, 1993, p. 1389, G. TARZIA, *Prospettive di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata nella comunit  economica europea*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 205, e F. DE STEFANO, *Il titolo esecutivo europeo*, in *Riv. esec. forzata*, 2000, 3, p. 422.

dal Trattato di Amsterdam¹⁶⁸, qualche limite all'ispessimento del grado di cooperazione giudiziaria nel settore considerato lo strumento convenzionale lo ha evidenziato anche con riguardo alla seconda parte.

Si sono, volta a volta, lamentate¹⁶⁹:

- la formulazione troppo estesa dell'ipotesi della causa di non riconoscibilità delle decisioni estere regolata dall'art. 27, n. 2, in rapporto al riscontro di irregolarità della notificazione dell'atto introduttivo nei confronti del convenuto, restato (apparentemente) contumace;

- la previsione del divieto di riconoscimento in caso di contrarietà della pronuncia oggetto della domanda di esecutività all'ordine pubblico, di cui parte della dottrina ha auspicato (addirittura) l'abolizione;

- la concreta durata della procedura di attribuzione dell'efficacia esecutiva, procedura pure strutturata su base monitoria a contraddittorio processuale eventuale e differito, ma - in concreto - connotata da articolazione non sempre breve ed, in qualche esperienza nazionale, assoggettata a ritmi ragguagliabili a quelli delle cause ordinarie di merito;

- la difficoltà del proponente l'istanza di ottenimento dell'esecutività del titolo estero di reperire i documenti necessari (o almeno ritenuti tali sulla scorta del dettato convenzionale), con possibili esiti infausti della procedura;

- la necessità della previa notificazione alla controparte della decisione ottenuta che, coniugata con la non consentita possibilità di chiedere ed ottenere un provvedimento di natura conservativa prima dell'inizio del procedimento di attribuzione dell'esecutività (posto che l'art. 39 della Convenzione consente l'adozione di misure conservative soltanto in pendenza del termine assegnato al soggetto che intenda opporsi al conferimento dell'*exequatur*), precostituisce una situazione tale da rendere spesso concreto il rischio di diminuzione della garanzia patrimoniale debitoria, soprattutto con riguardo ai beni ad alta volatilità (mobili, danaro, depositi bancari, titoli);

- la mancanza (ma per la verità il punto non riguarda soltanto l'ambito qui in discussione) di una procedura precostituita per l'individuazione dei beni del debitore costituenti la garanzia patrimoniale del credito tutelato.

Le novità presenti nel regolamento hanno tenuto in conto diverse delle indicazioni citate.

Non è stata modificata (art. 32, rispetto all'art. 25 della Convenzione) la nozione di decisione suscettibile di circolazione nello spazio giudiziario degli Stati membri: come si è visto, si intende per tale qualsiasi decisione emessa

¹⁶⁸ La notazione viene svolta da L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri*, cit. *supra*, nota 6, p. 35.

¹⁶⁹ Per un'approfondita rassegna delle questioni aperte in *subiecta materia* v. E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel regolamento "Bruxelles I"*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 436-437.

da un giudice di uno Stato membro, quale che sia la denominazione adottata - decreto, sentenza, ordinanza, mandato di esecuzione od altra ancora (l'elencazione fatta dalla disposizione è dichiaratamente esemplificativa) -, cui va aggiunto il provvedimento del cancelliere che (conformemente al relativo ordinamento interno: si pensi, in particolare, all'esperienza tedesca) abbia il potere di determinazione delle spese giudiziali¹⁷⁰.

Tranne quest'ultima categoria di provvedimenti, dunque, gli altri debbono essere emessi da un'autorità giurisdizionale, non necessariamente ordinaria od addetta esclusivamente al settore (civile e commerciale) oggetto di disciplina del regolamento, ma che si connoti comunque per identificare un organo di giustizia permanente, soggetto alla legge e dotato della *potestas iudicandi* in modo autonomo ed indipendente, senza subordinazione ad altri poteri dello Stato, all'esito di procedimento che garantisca il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa (concetto, come si vede, ampio, ma non tale da poter essere equiparato a quello che si è ritenuto, per evidenti esigenze di settore, di configurare in altri atti comunitari: è, in particolare, il caso della sfera di applicazione del citato regolamento n. 1346/2000, relativo alle procedure di insolvenza il cui art. 2, *lett. D*, puntualizza la definizione di «giudice» in relazione, non solo all'organo giudiziario, ma anche a qualsiasi altra autorità competente di uno Stato membro legittimata ad aprire una procedura di insolvenza o a prendere decisioni nel corso di questa; ciò, per la ragione, resa del resto chiara nel decimo *considerando* di quell'atto, che le procedure di insolvenza non richiedono necessariamente l'intervento di un'autorità giudiziaria).

Circa l'ambito spaziale di riferimento delle decisioni qui rilevanti, è stato già chiarito - con riguardo alla Convenzione di Bruxelles - che, sulla base degli artt. 26 e 31 della Convenzione, in relazione all'art. 25 della medesima, i procedimenti di cui al titolo III della Convenzione, concernente il riconoscimento e l'esecuzione, trovano applicazione solo in ipotesi di decisioni emanate da un giudice di uno Stato contraente e che, inoltre, le norme sulla competenza di cui al titolo II della Convenzione non stabiliscono alcun foro per i procedimenti relativi al riconoscimento e all'esecuzione di sentenze emanate in uno Stato terzo, perché l'art. 16, n. 5, che prevede, in materia di esecuzione delle sentenze, la giurisdizione esclusiva dei giudici dello Stato contraente nel cui territorio ha luogo l'esecuzione deve anch'esso essere inteso alla luce della nozione di decisione figurante nell'art. 25¹⁷¹.

¹⁷⁰ Sul concetto di decisione ed, in particolare, sui mandati di esecuzione di cui all'art. 699 ZPO e sui provvedimenti liquidativi delle spese di cui all'art. 104 ZPO e sui riflessi applicativi in tema di *exequatur* registratisi nella vigenza dello strumento convenzionale cfr. C. FONTANA, *La circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale*, cit. *supra*, nota 25, p. 281.

¹⁷¹ Si è già ricordata la sentenza della Corte di giustizia del 20 gennaio 1994 in causa n. C-129/92, *Owens Bank Ltd. c. Bracco*, cit. *supra*, nota 107, la quale ha concluso nel senso che la Convenzione, ed in particolare agli artt. 21, 22 e 23, non è applicabile a procedimenti o a questioni che sorgano nell'ambito di procedimenti promossi in Stati contraenti in ordine al riconoscimento e al-

Non si ripropone, per questo settore, l'esigenza di massima che la parte convenuta sia domiciliata in uno degli Stati membri (come segnala anche il decimo *considerando* del regolamento in esame) nel senso che rientrano nella disciplina qui esaminata anche le decisioni - pur sempre attinenti alla materia civile e commerciale qui rilevante, ma - pronunziate in uno Stato membro in base all'art. 4, nei confronti di convenuto non domiciliato in esso¹⁷²; estensione non giudicata sempre favorevolmente dalla dottrina, siccome realizzata mediante l'utilizzazione di criteri di fissazione della competenza giurisdizionale nello Stato membro notevolmente esorbitanti rispetto a quelli stabiliti in sede comunitaria.

Né si richiede, poi, che la decisione sia definitiva nello Stato d'origine, come risulta già dal collegamento della disciplina di cui agli artt. 31 e 32 con l'art. 37 (ove si disciplinano le prerogative processuali conseguenti dall'assoggettamento ad impugnazione della decisione oggetto dell'istanza di riconoscimento).

Si è pure puntualizzato, ancora in regime convenzionale, che la nozione di decisione (ovviamente ai limitati fini dell'applicazione delle varie norme della Convenzione in cui tale termine ricorre) si attaglia unicamente alle decisioni giudiziarie effettivamente pronunciate da un giudice di uno Stato contraente, in virtù delle quali egli abbia statuito con poteri propri su questioni controverse tra le parti, essendosi invece escluso che una transazione - anche se questa è avvenuta dinanzi a un giudice di uno Stato contraente ed abbia posto fine ad una lite - sia suscettibile di essere inquadrata nel concetto in esame, giacché le transazioni giudiziarie rivestono carattere essenzialmente contrattuale, nel senso che il loro contenuto dipende anzitutto dalla volontà delle parti¹⁷³. Il ché, peraltro, non ha impedito a vari giudici nazionali di specificare, analizzando le peculiarità disciplinanti i singoli provvedimenti, la differenza fra accordo delle parti propedeutico al provvedimento del giudice (ritenuto rientrante nella sfera di cui all'art. 25 della Convenzione) e mere transazioni concluse dalle parti in sede giudiziaria (i cui effetti sono peraltro disciplinati dall'art. 51 della Convenzione, come riprodotti e specificati nell'art. 58 del regolamento).

Non sembra ritenersi da parte di un consistente filone dottrinale¹⁷⁴ che rientrino nella sfera delle decisioni suscettibili di essere autonomamente rico-

l'esecuzione di sentenze in materia civile e commerciale emanate in Stati terzi.

¹⁷² Cfr. in questo senso F. SALERNO, *Giurisdizione*, cit. *supra*, nota 26, p. 57-58, nonché p. 221-222, il quale segnala come l'approdo fosse già acquisito nell'applicazione della Convenzione di Bruxelles.

¹⁷³ Così la sentenza della Corte di giustizia del 2 giugno 1994 in causa n. C-414/92, *Solo Kleinmotoren GmbH c. Boch*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 2237.

¹⁷⁴ Su cui cfr. BARIATTI, *What are judgments under the 1968 Brussels convention?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 9-11.

nosciute o dotate dell'esecutività quelle emesse dal giudice di uno Stato membro sulla sua incompetenza giurisdizionale ai sensi della Convenzione (per litispendenza o connessione), avendo in tal caso il regime (convenzionale prima, regolamentare poi) disciplinato direttamente gli effetti di tale decisione per il successivo giudizio; salva ovviamente la sussumibilità della decisione di merito finale nel novero delle decisioni regolate dall'art. 32 del regolamento.

Ciò non pare tuttavia poter significare che possa prescindersi dalla verifica (ove richiesta, in caso di avversa contestazione) dei requisiti per la riconoscibilità anche di quelle pronunzie. In un recente provvedimento, la giurisprudenza di legittimità interna ha istituito un collegamento diretto fra il concetto di decisione di cui all'art. 25 della Convenzione e le sentenze sulla competenza, ai fini del loro riconoscimento e degli effetti conseguenti¹⁷⁵.

E, sotto altro aspetto, sussiste una qualche incertezza nel far rientrare o meno nell'ambito delle decisioni giudiziali suscettibili di riconoscimento e/o esecutività i provvedimenti interlocutori di ordine protettivo o cautelare, quali le imposizioni di garanzie in relazione alle questioni di risarcimento del danno da decidersi in prosieguo (fermo restando che per tali tipi di misure sussiste la diretta competenza giurisdizionale concorrente stabilita dall'art. 31); ciò, quanto meno con riferimento ai provvedimenti emessi *inaudita altera parte*. Il ché, tuttavia, non ha poi impedito alla giurisprudenza comunitaria di considerare il ricorso per decreto ingiuntivo, notificato unitamente al provvedimento, come atto equivalente alla domanda giudiziaria (ai fini dell'art. 27, punto 2, della Convenzione)¹⁷⁶.

Esulano, infine, dal novero dei provvedimenti riconoscibili quelli a contenuto meramente istruttorio che, come tali, non contengano l'accertamento in via sostanziale di alcun diritto.

Si perpetua la consolidata distinzione fra riconoscimento ed esecuzione della decisione straniera.

¹⁷⁵ Cfr. ord. Cass., Sez. un., del 10 aprile 2002, n. 5127, in *Foro it., Rep.*, 2002, voce *Giurisdizione civile*, n. 136, secondo cui, premesso che l'art. 26 della Convenzione di Bruxelles pone il principio dell'automatico riconoscimento delle sentenze rese in uno degli Stati contraenti, salvo il controllo - eventuale e successivo, ove sorga contestazione - in ordine alla ricorrenza di uno dei motivi ostativi al detto riconoscimento, e che per decisione s'intende, ai sensi dell'art. 25, anche la sentenza non definitiva, il giudice italiano, a fronte della richiesta della parte convenuta invocante l'efficacia della sentenza non definitiva del giudice dell'altro Stato contraente con cui si dichiara la litispendenza tra la causa pendente innanzi a sé e quella promossa in Italia, nonché la prevenzione della prima, deve - in mancanza di condizioni impeditive dell'automatico riconoscimento - prendere atto di detta decisione e della prevenzione in essa affermata in favore del giudice straniero e, conseguentemente, disporre la sospensione del processo davanti a sé pendente fino a che non sia definitivamente accertata la competenza del giudice straniero.

¹⁷⁶ Cfr. il peculiare esito raggiunto dalla sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1995 in causa n. C-474/93, *Hengst Import B V c. Campese*, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 395 (con nota di V. SALVATORE, *Circolazione internazionale dei decreti ingiuntivi: traffico rallentato, notificate con prudenza!*).

Il riconoscimento (*recognition*) è generalmente funzionalizzato all'estensione in altro Stato di alcuni effetti tipici del giudicato (per i profili essenzialmente dichiarativi e costitutivi, nonché di condanna, ma con il limite di cui in appresso) conseguito in altro Stato, senza peraltro implicare l'utilizzazione del provvedimento per l'attuazione coattiva di esso; ciò, pur con tutte le distinzioni fra gli effetti scaturenti dal giudicato straniero (ed in questo caso comunitario) ed il giudicato di diritto interno¹⁷⁷.

L'esecuzione (*enforcement*), invece, si propone di annettere alla decisione straniera l'efficacia esecutiva propria dei provvedimenti decisorî contemplati dall'ordinamento dello Stato in cui si intende attuarla, con il conseguente uso di tutti gli strumenti coattivi ivi previsti, anche per ciò che concerne l'attivazione della forza pubblica.

Va sul punto ricordato che, nel diritto processuale italiano, all'equiparazione dei due istituti scaturita dalla concezione protezionistica del codice di rito del 1942 - che contemplava (agli artt. 796-805) l'unitaria procedura di delibazione, occorrente per far valere nel territorio della Repubblica qualsivoglia effetto proprio di una decisione straniera, a fini attuativi o ad altri fini giuridicamente rilevanti - è seguita, con la l. 31 maggio 1995, n. 218 (abrogativa delle succitate disposizioni codicistiche), la distinzione normativa fra il riconoscimento dei provvedimenti stranieri (artt. 64-66), il quale, in linea generale e salva l'evenienza di dettagliate condizioni, avviene in modo automatico¹⁷⁸, e l'attuazione dei provvedimenti stessi (artt. 67-68) - comprensiva sia del caso in cui il provvedimento riconoscibile sia stato contestato od inottemperato sia, e soprattutto, del caso in cui il titolo giudiziario straniero debba essere posto a base dell'esecuzione forzata - la quale esige lo svolgimento di un procedimento *ad hoc* per l'accertamento positivo dei requisiti richiesti per il riconoscimento ed il conseguente ottenimento di un provvedimento che, unito al titolo straniero, abilita all'attuazione o all'esecuzione forzata.

La disciplina convenzionale ha contemplato la distinzione fra riconoscimento ed esecuzione fin dalla sua prima adozione e, con essa, il principio del riconoscimento *de iure* delle decisioni emesse nel territorio degli Stati contraenti (art. 26, primo comma).

Il principio dell'automaticità del riconoscimento è confermato dal regolamento (art. 33) sulla base della presunzione di evenienza delle condizioni legittimanti il riconoscimento stesso, ferma la consequenziale previsione, pure

¹⁷⁷ Sull'argomento cfr. l'approfondita analisi di M. G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 91 ss. Vedi anche F. P. MANSI, *Il giudice italiano e le controversie europee*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 333 ss.

¹⁷⁸ Si tralasciano quindi i problemi relativi alla portata di detto automatismo: cfr. G. CARELLA, *Riconoscimento di sentenze e di atti stranieri*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2000, p. 1082-1086, per l'esposizione delle varie posizioni e la difesa di un'interpretazione piena e non limitata di tale effetto.

riproposta dalla norma, della libera contestabilità della sussistenza di quelle condizioni: fatto che, quando si verifica, onera ed allo stesso tempo legittima la parte interessata a chiedere il riconoscimento in via principale, nelle forme procedurali disciplinate per il conseguimento dell'esecutività (sezioni 2 e 3 dello stesso capo); peraltro, ove della riconoscibilità di una decisione straniera venga fatta questione, ad ogni possibile titolo, ma comunque in via incidentale, nel corso di un procedimento avente altro oggetto principale, il giudice dello Stato membro titolare dello stesso ha il potere di pronunciarsi al riguardo.

Circa le forme del giudizio di riconoscimento in via principale si rinvia, dunque, a quanto si esporrà in tema di attribuzione dell'*exequatur*.

Posto, quindi, che il controllo in materia di riconoscimento è sempre eventuale e successivo, la contestazione che fa sorgere l'interesse all'accertamento in via principale della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento può essere integrata da un qualsivoglia apprezzabile ostacolo frapposto da soggetti controinteressati a che la parte la quale fondi il proprio titolo su una decisione resa in procedimento svoltosi nei loro confronti nello Stato d'origine faccia valere gli effetti del relativo giudicato - con diretto riferimento allo stesso rapporto giuridico scrutinato nel primo procedimento - nello Stato membro richiesto. In tal caso, l'esigenza di esperire la procedura prevista dal regolamento al fine del conseguimento di tale riconoscimento fa sì che l'autorità competente a pronunciarsi - come si ribadirà, non necessariamente un organo giurisdizionale - sia quella indicata per ciascuno Stato dall'allegato II al regolamento (come da richiamo operato dall'art. 39): per l'ordinamento italiano, la Corte d'appello.

Quando, invece, la decisione venga in rilievo nel corso di un procedimento innanzi a giudice di Stato membro diverso da quello di origine avente ad oggetto un rapporto del pari diverso da quello già definito - e rispetto a cui la decisione altrove assunta costituisca non più di un elemento della fattispecie costitutiva o, viceversa, estintiva, impeditiva, modificativa -, da un lato, l'esame della decisione stessa va effettuato dal giudice (quale che esso sia) del procedimento in corso e, dall'altro, ponendosi esso sul piano incidentale rispetto alla soluzione della controversia, il suo esito non avrà l'effetto di determinare la formazione del giudicato circa la riconoscibilità in via principale del titolo decisorio stesso o di conferire al medesimo il *munus* dell'esecutività.

Corollario di tale riflessione è che, quando l'esame di riconoscibilità della decisione costituisca l'oggetto di una necessaria pronunzia con effetto di giudicato, per legge o per volontà delle parti, non è possibile per il giudice adito limitarsi alla delibazione incidentale e, pertanto, non possono non valere le regole, anche di competenza, previste per il riconoscimento in via principale (in tal senso la pregressa, articolata disciplina dell'art. 799 c.p.c. costituisce una traccia particolarmente indicativa). Va pure ricordato che,

anche in questo ambito, l'esigenza dell'esame ricognitivo incidentale di una decisione straniera può sorgere anche nel corso del procedimento che abbia ad oggetto in via principale il riconoscimento di altra decisione straniera¹⁷⁹.

È discutibile se il procedimento per il riconoscimento delle decisioni straniere possa essere promosso anche da chi sia stato destinatario di una decisione, non soltanto dichiarativa, ma contenente anche *iussum* di condanna del quale, tuttavia, non intenda ottenere l'immediata dichiarazione di esecutività: e non sembra, tutto considerato, che possa negarsi al titolare della relativa situazione giuridica soggettiva di chiedere una tutela circoscritta al riconoscimento quante volte a sostegno della relativa istanza emerga un interesse giuridicamente rilevante. Nemmeno il regolamento affronta espressamente il punto sul se la parte contraria al riconoscimento possa assumere l'iniziativa con un'azione di accertamento negativo della riconoscibilità della decisione straniera¹⁸⁰.

Una volta, poi, che la decisione straniera sia stata riconosciuta, esse deve ritenersi titolo idoneo ad esplicare nello Stato membro in cui è fatta valere la stessa efficacia che ha nello Stato di origine e si cala nell'ordinamento dello Stato richiesto come ogni altro titolo esecutivo¹⁸¹.

Circa i requisiti di riconoscibilità che il controllo *a posteriori* deve riscontrare, gli artt. 34 e 35 del regolamento (ripercorrendo la traccia degli artt. 27 e 28 della Convenzione) prevedono i seguenti casi, costituenti il cd. *merito processuale*.

1. Il caso in cui il riconoscimento della decisione assunta in altro Stato membro sia manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto.

¹⁷⁹ Nel risalente caso esaminato da sent. Cass. del 6 agosto 1952, n. 2540, in *Foro it.*, 1953, I, p. 683, venne ritenuto non potersi attribuire efficacia ad una sentenza straniera che si basava su altra sentenza straniera senza accertare, sia pure in via incidentale, la sussistenza delle condizioni all'epoca richieste dall'art. 797 c.p.c. o dalle convenzioni internazionali eventualmente rilevanti per il riconoscimento di quella ulteriore sentenza.

¹⁸⁰ Su queste tematiche cfr. le osservazioni di C. FONTANA, *La circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale*, cit. *supra*, nota 25, p. 288-289, la quale circa la proponibilità dell'azione di accertamento negativo propende per la tesi negativa segnalando, fra l'altro, che diverso regolamento, quello in materia matrimoniale e potestà genitoriale n. 1347/2000 sopra menzionato, all'art. 14, terzo comma, esplicita con chiarezza la proponibilità di siffatta azione e che la struttura del procedimento di riconoscimento in via principale appare inadeguata alle relative finalità. Deve tuttavia verificarsi se questi, indubbiamente seri, argomenti possano superare il rilievo che è ordinariamente ammissibile un'azione avente funzione accertativa negativa quando ne sussista l'interesse e che, sotto il profilo procedimentale, potrebbe soccorrere l'immediata e diretta incardinazione da parte dell'istante del giudizio a cognizione piena innanzi al giudice competente per la relativa fase (ossia la seconda fra quelle disciplinate dal regolamento) al fine della divisata pronunzia negativa.

¹⁸¹ Così la sentenza della Corte di giustizia del 4 febbraio 1988, in causa n. 145/86, *Hoffmann c. Krieg*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 321, la quale ne ha tratto la conseguenza che la decisione straniera, pur divenuta esecutiva secondo la procedura stabilita dalla Convenzione ed ancora suscettibile di esecuzione nello Stato di origine, deve cessare di essere eseguita nello Stato richiesto se, secondo la legislazione di tale Stato, l'esecuzione non può più aversi per ragioni estranee alla sfera di applicazione della Convenzione.

L'ipotesi non è stata abolita, come pure era stato richiesto da alcune parti, ma (a parte la modesta esperienza applicativa registrata nel passato) si profila ridimensionata mediante l'inserzione dell'avverbio «manifestamente» che prospetta il restringimento dell'analisi comparativa fino e non oltre la soglia della evidenza ed incontrovertibilità della violazione dell'ordine pubblico. È tuttavia da considerare che la giurisprudenza comunitaria aveva già indirizzato la propria interpretazione del testo convenzionale in senso notevolmente restrittivo ritenendo contrario all'ordine pubblico soltanto quello *iussum* che importasse violazione di un principio fondamentale dell'ordinamento dello Stato richiesto¹⁸², dovendo tenersi per fermo che già lo spirito della disciplina convenzionale (come si desume dalla corrispondente relazione) è orientato per un'applicazione limitata soltanto ai casi eccezionali della clausola ostativa dell'ordine pubblico¹⁸³.

Anche la relazione alla proposta di regolamento ha, in qualche misura, legato l'inserzione dell'avverbio sopra ricordato all'esigenza di sottolineare l'eccezionalità dei motivi di ordine pubblico ostativi all'efficacia della decisione nello spazio giudiziario europeo.

Alla stregua del pregresso come dell'attuale assetto, dunque, la mera divergenza tra la legge straniera applicata dal giudice straniero e la legge italiana non costituisce per ciò solo una violazione dell'ordine pubblico italiano idonea ad escludere il riconoscimento della sentenza straniera¹⁸⁴.

I principi fondamentali dell'ordinamento del foro che formano il concetto di ordine pubblico qui rilevante sono comprensivi dei principi aventi carattere universale e di quelli comuni agli Stati membri dell'Unione, dunque

¹⁸² Cfr. la motivazione della sentenza della Corte di giustizia del 4 febbraio 1988 in causa n. 145/86, *Hoffmann c. Krieg*, cit. *supra*, nota 181.

¹⁸³ V. in proposito anche la recente sentenza della Corte di giustizia dell'11 maggio 2000 in causa n. C-38/98, *Régie Nationale Usines Renault S A c. Soc. Maxicar*, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 417, la quale ha interpretato il corrispondente precetto convenzionale nel senso che non può considerarsi contraria all'ordine pubblico una decisione, resa da un giudice di uno Stato contraente, che riconosca l'esistenza di un diritto di privativa intellettuale su parti di carrozzeria di autoveicoli e che conferisca al titolare di tale diritto una protezione atta a consentirgli di vietare a terzi, ossia ad operatori economici stabiliti in un altro Stato contraente, la fabbricazione, la vendita, il transito, l'importazione o l'esportazione in tale Stato delle dette parti di carrozzeria; per l'esame dei quesiti posti in questa occasione alla Corte al fine della verifica di conformità alle regole protettive della concorrenza inserite nel Trattato di un siffatto accordo di privativa, in relazione ai suoi effetti, cfr. ord. C. App. Torino, del 16 gennaio 1998, in *Dir. ind.*, 1998, p. 5; cfr., per altro recente caso di approfondimento del principio, la sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 2000 in causa n. C-7/98, *K. D. c. B. A.*, cit. *supra*, nota 59, p. 803, secondo cui, alla luce della clausola dell'ordine pubblico di cui all'art. 27 punto 1, della Convenzione di Bruxelles, il giudice dello Stato richiesto, per un verso, non può tener conto, nei confronti di un convenuto domiciliato nel territorio di quest'ultimo, del solo fatto che il giudice dello Stato d'origine abbia fondato la propria competenza sulla cittadinanza della vittima di un reato, mentre, e per altro verso, il giudice dello Stato richiesto può tener conto, nei confronti di un convenuto domiciliato nel territorio di quest'ultimo e perseguito per un reato doloso, del fatto che il giudice dello Stato d'origine gli abbia negato il diritto di farsi difendere senza comparire personalmente.

¹⁸⁴ V. sent. Cass., del 26 giugno 1986, n. 4253, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, p. 767.

anche dei diritti inviolabili dell'uomo, nonché dei principi informatori del diritto comunitario¹⁸⁵.

Deve ricordarsi anche che l'ordine pubblico così richiamato va inteso come limite riferibile non solo al contenuto (sostanziale) della decisione straniera, ma anche al suo procedimento formativo (e, quindi, ordine pubblico processuale).

Il contenuto dell'ordine pubblico va desunto, per quanto attiene alle norme procedurali, unicamente dai principi inviolabili posti, nell'ordinamento interno, a garanzia del diritto di difesa.

Tra questi, sempre che sia stato assicurato il contraddittorio, è stato considerato non rientrare l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, in quanto l'art. 111, primo comma, Cost. (nel testo al tempo vigente), laddove prevede tale obbligo, sancisce un assetto organizzativo della giurisdizione che attiene esclusivamente all'ordinamento interno. Si è tratta la conclusione della riconoscibilità (e, quindi, si è dichiarata esecutiva in Italia), a norma della Convenzione di Bruxelles, di una sentenza emessa in Gran Bretagna, anche se priva di motivazione¹⁸⁶.

Sempre con riguardo all'ordine pubblico processuale, la giurisprudenza interna di legittimità, dopo avere osservato che esso non è relativo soltanto al contenuto ed al procedimento formativo della decisione straniera, ma anche all'incidenza su di essa dei gravami previsti in via ordinaria ed al formarsi del giudicato, ha concluso tuttavia nel senso che non appare vigente nell'ordinamento giuridico italiano un principio di ordine pubblico il quale, affinché possa essere considerato adeguatamente tutelato il diritto di difesa, richieda che la sentenza sia impugnabile dinanzi ad un giudice di terzo grado senza che tale impugnazione possa essere sottoposta ad alcuna condizione¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Sull'argomento cfr., per tutti, S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit. supra, nota 8, p. 223-224, che sottolinea in particolare la forza esplicata al riguardo dai principi di cui all'art. 81 del Trattato per l'effettivo funzionamento del mercato.

¹⁸⁶ Così sent. Cass., Sez. I, del 18 maggio 1995, n. 5451, in *Foro it.*, Rep., 1995, voce *Delibazione*, n. 37, che richiama un principio già elaborato in precedenza: così, in particolare, la motivazione di sent. Cass. del 28 maggio 1979, n. 3073, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 262 (con nota di G. FRANCHI, *Inattività del convenuto dinanzi al giudice tedesco e delibazione della sentenza contumaciale*).

¹⁸⁷ In tal senso v. sent. Cass., Sez. I, del 3 marzo 1999, n. 1769, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3009 (con nota di P. SIMONE, *Esecuzione di sentenza straniera e rispetto dell'ordine pubblico secondo la Convenzione di Bruxelles del 1968*), in ordine alla lamentata impossibilità, nell'ordinamento francese, di ottenere la pronuncia del giudice di legittimità sul ricorso proposto avverso la sentenza di merito, in relazione alla previsione da parte delle norme processuali civili di quel sistema del potere del Presidente della Corte di cassazione di disporre il ritiro della causa dal ruolo, su istanza del resistente, qualora il ricorrente non provi di avere eseguito la decisione impugnata, con la subordinazione del successivo esame del ricorso al previo adempimento esecutivo entro un termine, scaduto il quale il giudizio di cassazione soggiace a perenzione; nell'occasione la Suprema Corte ha colto l'occasione per osservare che nemmeno la previsione del sistema di solve et repete connesso all'esperimento del mezzo di impugnazione interferisce con il nucleo di principi costituenti l'ordine pubblico processuale; alla stessa conclusione giungono, nel contesto di una complessiva trattazione dell'argomento, G. CAMPEIS - A. DE PAULI, *L'ordine pubblico processuale co-*

Sotto altro profilo, deve segnalarsi l'orientamento assunto dalla giurisprudenza francese¹⁸⁸ la quale ha reputato contraria all'ordine pubblico processuale una sentenza straniera impositiva a carico dell'attore di una *cautio iudicatum solvi* considerata in concreto eccessiva, in relazione al principio fondamentale del libero accesso alla giustizia, per la cui ricostruzione sistematica essa ha attinto, oltre che a parametri di diritto interno, anche a quanto disposto in materia di giusto processo dall'art. 6, par. 1, dalla Convenzione di Roma del 4 novembre 1950 di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

D'altronde, un richiamo alla disciplina posta da quest'ultima Convenzione a garanzia del diritto di difesa del convenuto come limite di ordine pubblico processuale si riscontra anche in una delle ricordate pronunzie della Corte di giustizia¹⁸⁹, nel solco di un costante insegnamento secondo cui i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto dei quali occorre garantire l'osservanza in sede di ordinamento comunitario, ispirandosi a tal fine alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dagli atti internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito; in tale ultimo ambito, non si è tralasciato di considerare il riferimento operato dalla costante giurisprudenza comunitaria, rafforzato dal preambolo dell'Atto unico europeo e confermato dall'art. 6, n. 2, del Trattato sull'Unione europea, ai diritti fondamentali della persona protetti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo, sicché essa riveste un significato particolare¹⁹⁰.

In prospettiva, un indice normativo di un certo significato, quanto meno persuasivo, anche per il riscontro dei parametri dell'ordine pubblico processuale potrà essere il contenuto dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; norma che, pur ispirandosi alle precedenti dichiarazioni solenni (fra cui l'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo

me condizione ostativa al riconoscimento in Italia delle sentenze straniere e di Paesi dell'Unione Europea (nota a sent. Cass., Sez. I, del 3 marzo 1999, n. 1769, *cit.*), in *Nuova giur. civ.*, 1999, I, p. 741-742, pure sul rilievo che il subordinare l'adizione del terzo grado di giurisdizione ad un onere non appare di per sé contrario all'ordine pubblico processuale italiano, in relazione alla mancanza di concreto pregiudizio al diritto di difesa ed all'assenza dello stesso presidio costituzionale anche per il principio del doppio grado di merito.

¹⁸⁸ Così la Cour de Cassation, sentenza del 16 marzo 1999, in *Revue critique*, 2000, p. 223, riportata da S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, *cit. supra*, nota 8, p. 226.

¹⁸⁹ Il riferimento è alla sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 2000 in causa n. C-7/98, *K. D. c. B. A.*, *cit. supra*, nota 59.

¹⁹⁰ Cfr., fra le più recenti, alla pronunzia della Corte di giustizia dell'8 luglio 1999 in causa n. C-235/92 P, *Soc. Montecatini c. Commissione Ce*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 4539, ed alla sentenza della Corte di giustizia del 4 febbraio 2000 in causa n. C-17/98, *Emesa Sugar N V c. Aruba*, in *Giur. it.*, 2001, p. 918; ai principi di ordine pubblico comunitario, ossia al nucleo di principi fondamentali del diritto comunitario al cui perseguimento gli Stati membri sono impegnati, fa riferimento la sentenza della Corte di giustizia dell'1 giugno 1999 in causa n. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2887.

proclamata dalle Nazioni Unite a New York il 10 dicembre 1948 e gli artt. 6 e 13 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950), ripropone nell'ambito dell'Unione le già emerse «garanzie minime di legalità processuale» e, particolarmente, evidenzia il valore della effettività della tutela giurisdizionale, da riferirsi, non soltanto ai mezzi di azione e difesa da esercitarsi nel corso della fase processuale, ma anche ai rimedi ed alle forme di tutela che si possono ottenere con la decisione finale¹⁹¹.

Circa il controllo della competenza giurisdizionale, invece, lo stesso regolamento esplicita (all'art. 35, paragrafo 3) che, ferma la non riconoscibilità di quelle decisioni prese in contrasto con i parametri di competenza giurisdizionale di maggiore rilievo (ed a cui si accennerà in seguito), la violazione delle norme sulla competenza non riguarda l'ordine pubblico.

In tale quadro, dunque, può ritenersi che la nuova formulazione della norma, se non è pervenuta all'abolizione del vaglio relativo al rispetto dell'ordine pubblico, comunque avalla e rafforza un'interpretazione tesa a circoscrivere le violazioni in tal senso rilevanti al novero di quelle apertamente ed indisputabilmente stridenti con i principi assolutamente fondamentali, in relazione al suo sistema di diritto internazionale privato, dell'ordinamento (sostanziale e processuale) dello Stato membro richiesto.

Peraltro, come si evince dalle notazioni precedenti, alla tendenza a restringere la verifica del requisito in parola ai fini del più agevole conseguimento dell'efficacia delle decisioni nello spazio giudiziario europeo - in consonanza con il determinante snellimento della prima fase del rito per il conseguimento di tale efficacia - fa riscontro la (non necessariamente collidente) progressiva identificazione di un nucleo irrinunciabile relativo innanzi tutto alla tutela minima dei diritti processuali emergente dai ricordati principi generali del diritto e fonti internazionali.

Facendo riferimento alle posizioni raggiunte dalla giurisprudenza comunitaria¹⁹² e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁹³, si è segnalata

¹⁹¹ Per un'efficace sottolineatura di questo aspetto contenutistico dell'art. 47 cfr. L. P. COMOGLIO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in M. TARUFFO - V. VARANO (a cura di), *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 243-246.

¹⁹² Si fa riferimento alla sentenza della Corte di giustizia del 28 marzo 2000 in causa n. C-7/98, *K. D. c. B. A.*, cit. *supra*, nota 59.

¹⁹³ V., in particolare, la sentenza della Corte europea diritti dell'uomo del 20 luglio 2001, *Pellegrini c. Italia*, in *Dir. e giustizia*, 2001, fasc. 32, p. 19, la quale ha stabilito che viola il principio posto dall'art. 6, primo paragrafo, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sul diritto di ogni persona a un equo processo e, quindi, *in primis* a un giudizio in contraddittorio, la sentenza dei giudici italiani che dichiara l'efficacia nell'ordinamento interno di una pronuncia ecclesiastica di nullità del matrimonio senza verificare se il procedimento innanzi all'autorità ecclesiastica si sia svolto con le garanzie poste dal ricordato art. 6 ed ha stabilito la responsabilità dell'Italia, in quanto la convenuta era stata interrogata dal tribunale ecclesiastico senza essere stata informata né della identità dell'attore, né dei motivi di nullità del vincolo invocati da quest'ultimo, né della possibilità

l'emersione di una nozione di ordine pubblico processuale definita come «ordine pubblico europeo», comune agli ordinamenti nazionali e, dunque, vincolante per i giudici dei singoli ordinamenti, pur se non riscontrabile per esplicito nel tessuto normativo di questo o quell'ordinamento¹⁹⁴. Nella costante opera di verifica del rispetto del parametro in esame, l'interprete deve quindi progressivamente stabilire quali garanzie fra quelle che, secondo le linee confezionate dall'elaborazione giurisprudenziale delle due Corti, concretano il modello uniforme di equo processo europeo¹⁹⁵ si connotino per un grado di essenzialità ed irrinunciabilità tale da imporsi come formanti dell'ordine pubblico processuale anche del singolo Stato membro.

2. Il caso della mancata notificazione o comunicazione della domanda giudiziale o dell'atto ad essa equivalente al convenuto «in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese» quando il convenuto sia rimasto contumace salvo però che «pur avendone avuto la possibilità, egli non abbia impugnato la decisione».

Anche per tale sfera, il regolamento pare avere inciso (stavolta in modo più pronunziato) sempre in modo restrittivo rispetto alla disciplina convenzionale. Il caso del contumace involontario è infatti tipico del contenzioso transnazionale e l'omologa disposizione della Convenzione di Bruxelles sanziona con la carenza del crisma della riconoscibilità ogni ipotesi di mancata comunicazione o notificazione dell'atto introduttivo al convenuto contumace «regolarmente ed in tempo congruo perché questi possa presentare le proprie difese».

Il carattere garantistico cui risulta ispirata la disposizione della Convenzione obbligava ed obbliga - per lo spazio di sua persistente applicazione - il giudice dello Stato richiesto a denegare il riconoscimento ogni qualvolta la notificazione dell'atto introduttivo risulti non regolare ed il convenuto non abbia attivamente partecipato al contraddittorio processuale nello Stato d'origine, così in certa misura avallando tentazioni di parti *vocate in ius* negli altri Stati aderenti senza regolare notificazione - eppure venute a perfetta cono-

di avvalersi dell'assistenza di un avvocato.

¹⁹⁴ Cfr. in tal senso B. NASCIMBENE, *Riconoscimento di sentenza straniera e "ordine pubblico europeo"*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 663-664, il quale nota che, quanto più le due Corti europee riusciranno ad armonizzare ed integrare la loro azione giudicando sui valori fondamentali comuni, tanto più chiari e definitivi si configureranno i contorni della proposta nozione di ordine pubblico europeo; v. altresì le riflessioni svolte, nell'ambito di un'interessante analisi comparativa della giurisprudenza delle due Corti, da G. BIAGIONI, *L'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordine pubblico processuale nel sistema della Convenzione di Bruxelles*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 735-737; per un'analisi complessiva in ordine al concetto di ordine pubblico nella prospettiva del diritto internazionale privato v. G. BARILE, *Ordine pubblico (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, p. 1106 ss.

¹⁹⁵ Questa definizione è ripresa da I. ANDOLINA - A. PULEO, *Valori e libertà fondamentali nel circuito virtuoso fra diritto interno e ordinamento comunitario*, in M. TARUFFO - V. VARANO (a cura di), *Diritti fondamentali e giustizia civile*, cit. *supra*, nota 191, p. 192-195.

scenza della controversia - a mantenere un atteggiamento inerte ed assente, salvo ad insorgere al momento in cui l'attore, ottenuto comunque il titolo, lo utilizzi o chieda per esso l'attribuzione dell'*exequatur*.

Né la giurisprudenza comunitaria ha fornito spiragli ermeneutici di segno diverso¹⁹⁶.

Si è - soprattutto - chiarito che l'art. 27, n. 2, della Convenzione va interpretato nel senso che una sentenza pronunciata in contumacia in uno Stato contraente non può essere riconosciuta in altro Stato contraente quando la domanda giudiziale non è stata notificata regolarmente al convenuto contumace, anche se questi è venuto dopo a conoscenza della sentenza e non l'ha impugnata con i mezzi previsti dalle norme processuali dello Stato di origine¹⁹⁷, oppure quando l'irregolarità della notificazione non abbia inciso sul tempo utile perché questi potesse presentare le proprie difese¹⁹⁸; ciò, ovviamente, senza che la valutazione di regolarità invece compiuta dal giudice dello Stato d'origine possa vincolare il giudice dello Stato richiesto¹⁹⁹.

Piuttosto, si è interpretato in modo sostanziale il requisito della costituzione in giudizio del convenuto decidendosi che egli si intende costituito in giudizio quando, nell'ambito di un'azione di risarcimento, collegata ad

¹⁹⁶ Cfr. la dettagliata analisi della sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 1981 in causa n. 166/80, *Kloms c. Michel*, in *Foro it.*, 1982, IV, c. 217, che ha dettato i seguenti principi: *a.* la nozione di «domanda giudiziale» comprende l'atto, come il decreto ingiuntivo (*Zahlungsbefehl*) del diritto tedesco, la cui notifica consente all'attore, secondo il diritto del giudice di origine, di ottenere, in caso di contumacia del convenuto, un provvedimento atto ad essere riconosciuto ed eseguito secondo le disposizioni della Convenzione; *b.* un provvedimento, come l'autorizzazione dell'esecuzione (*Vollstreckungsbefehl*) del diritto tedesco, emesso in seguito alla notifica del decreto ingiuntivo e che sia esecutivo a norma della Convenzione, non rientra nella nozione di «domanda giudiziale»; *c.* per accertare se il convenuto abbia potuto presentare le proprie difese ai sensi dell'art. 27, n. 2, il giudice richiesto deve unicamente tener conto del termine, come quello per fare opposizione (*Widerspruch*) al decreto ingiuntivo nel diritto tedesco, di cui il convenuto dispone per evitare che sia pronunciato in contumacia un provvedimento esecutivo secondo la Convenzione; *d.* l'art. 27, n. 2, va del pari applicato qualora il convenuto abbia fatto opposizione al provvedimento emesso in contumacia e un giudice dello Stato di origine abbia dichiarato l'opposizione irricevibile per scadenza del termine; *e.* anche quando il giudice dello Stato di origine ha deciso, in esito ad un procedimento contraddittorio separato, che la notifica o comunicazione era regolare, l'art. 27, n. 2, esige che il giudice richiesto esamini, ciò non di meno, la questione se tale notifica o comunicazione sia stata effettuata in tempo utile perché il convenuto abbia potuto presentare le proprie difese; *f.* il giudice richiesto, in via generale, può limitarsi ad accertare se il termine, a partire dalla data in cui la notifica o comunicazione è stata regolarmente effettuata, abbia lasciato al convenuto abbastanza tempo per difendersi; tuttavia egli deve accertare se, nel caso concreto, sussistano circostanze eccezionali tali che la notifica o comunicazione, benché regolare, non sia stata tuttavia sufficiente per far decorrere detto termine; *g.* l'art. 52 della Convenzione e il fatto che il giudice dello Stato richiesto giunga alla conclusione che, secondo il diritto di questo Stato, il convenuto era domiciliato nel territorio di questo alla data della notifica o comunicazione della domanda giudiziale, non influiscono sulle soluzioni di cui sopra.

¹⁹⁷ Così la sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1992 in causa n. C-123/91, *Soc. Minalmet GmbH c. Soc. Brandeis Ltd.*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 238.

¹⁹⁸ V. in tale prospettiva la sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 1990 in causa n. 305/88, *Isabelle Lancray SA c. Peters und Sickert KG*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 146.

¹⁹⁹ Come chiarisce la sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1982 in causa n. 228/81, *Pendy plastic products BV c. Pluspunkt handelsgesellschaft mbH*, in *Foro it.*, 1983, IV, c. 29.

un'azione penale pendente davanti al tribunale, ha preso posizione nell'udienza di merito, tramite l'agente del proprio difensore, sull'azione penale, ma non su quella civile che, tuttavia, è stata anch'essa oggetto di dibattimento orale in presenza di quest'ultimo²⁰⁰.

La giurisprudenza di legittimità interna, nell'applicare la disposizione alla stregua dell'interpretazione sopra riassunta, ha puntualizzato che il requisito della regolarità si riferisce solo alla notificazione o comunicazione, mentre per il termine a comparire è richiesta solo la congruità, da accertarsi sulla base delle circostanze della fattispecie concreta, indipendentemente dalle norme dei singoli ordinamenti²⁰¹. In altri termini, salva la necessità del previo riscontro della regolarità della formalità notificatoria, si ritiene che per il termine di comparizione sia richiesto solo il requisito della congruità e che tale ultimo requisito sia oggetto di una valutazione discrezionale da compiersi esclusivamente in base alle circostanze che caratterizzano la fattispecie concreta, indipendentemente dalle norme dei singoli ordinamenti processuali. Il giudizio di congruità può, a sua volta, essere censurato in sede di legittimità unicamente sotto il profilo dell'adeguatezza della motivazione, trattandosi di giudizio di fatto che coinvolge l'accertamento di elementi materiali e che comporta un apprezzamento degli stessi, il quale è istituzionalmente riservato al giudice di merito²⁰².

La nuova formulazione del requisito ex art. 34, n. 2, del regolamento contribuisce a ridimensionare la sfera dei casi in cui il convenuto, rimasto assente dal contraddittorio nello Stato d'origine, possa poi invocare l'involontarietà della contumacia al momento del riconoscimento o dell'attribuzione di esecutività nello Stato richiesto.

Il riferimento al parametro del tempo utile ed in modo tale che il destinatario dell'atto possa presentare le proprie difese ripropone la valutazione di fatto che il giudice dello Stato richiesto ha da compiere per verificare la sus-

²⁰⁰ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 21 aprile 1993 in causa n. C-172/91, *Sonntag c. Waidmann*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 233.

²⁰¹ Per l'affermazione di questo principio è utile la consultazione di sent. Cass., dell'11 aprile 1983, n. 2549, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1966; cfr. nello stesso senso e più di recente sent. Cass., Sez. I, del 25 settembre 1998, n. 9615, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 983.

²⁰² Nel caso da ultimo citato, è stata cassata, per difetto di motivazione, la decisione della Corte d'appello che, in sede di opposizione alla dichiarazione di efficacia di sentenza straniera per lamentata incongruità del termine di comparizione del convenuto - che era stato fissato davanti al giudice greco in ventidue giorni dalla notifica dell'atto di citazione -, pur rilevando l'esistenza di moderni mezzi di comunicazione che consentono di ridurre notevolmente i tempi per la scelta di un avvocato in un Paese straniero e la predisposizione della linea di difesa, nonché la possibilità, prevista dalla normativa processuale dello Stato di cui si trattava, di chiedere alla prima udienza un differimento, e la circostanza che il convenuto italiano avesse avuto la possibilità di contattare il legale della controparte al fine di tentare una conciliazione, aveva affermato l'insufficienza del termine in questione, limitandosi ad osservare che quel termine sarebbe stato incongruo anche nel caso di citazione a comparire davanti al giudice italiano, senza tener presente che l'accertamento di tale congruità va compiuto prescindendo dalle norme dei singoli ordinamenti processuali.

sistenza o meno per il convenuto del tempo occorrente, nelle circostanze di tempo e di luogo concrete, per apprestare la propria difesa processuale.

Il mancato richiamo della verifica della regolarità certo non interferisce con l'esigenza che, al pari del controllo di validità della notificazione (o comunicazione) da svolgersi nel procedimento svoltosi nello Stato d'origine, analogo controllo si reiteri in modo autonomo da parte del giudice del riconoscimento quante volte risulti la mancata costituzione del convenuto; e detto controllo di validità della notificazione va fatto alla stregua delle norme proprie dell'ordinamento dello Stato d'origine e della normativa uniforme ivi applicabile (ora, quindi, del regolamento comunitario n. 1348/2000 del 29 maggio 2000).

L'elisione del riferimento alla regolarità della comunicazione o notificazione, piuttosto, è stata funzionalizzata, secondo quanto espone la stessa Relazione della Commissione alla proposta di regolamento, a chiarire che una mera irregolarità formale della notificazione o comunicazione non può condurre a denegare il riconoscimento quando non abbia precluso al convenuto di poter provvedere alla sua difesa. Dunque, può (in via ancora approssimativa) dirsi che l'area della mancata riconoscibilità della decisione va rapportata ad un vizio della notificazione tale da comportarne la nullità o l'inesistenza che abbia avuto come effetto (in mancanza del debito controllo da parte del giudice dello Stato d'origine) la contumacia involontaria del convenuto.

Inoltre - anche in quest'ultimo caso ed all'evidente fine di non tutelare la parte che appaia avere abusato della posizione giuridica spettante al contumace inconsapevole -, al convenuto è tolta la protezione spettante al contumace laddove egli non abbia impugnato la decisione pur avendone avuta la possibilità: sicché, ove risulti che egli abbia conosciuto del processo, principalmente mediante la notificazione della sentenza o comunque di un altro atto processuale, e non abbia gravato la decisione stessa, la sua contumacia involontaria non può essere più opposta in sede di riconoscimento.

Si è, fra l'altro, segnalato²⁰³ che - rispetto agli ordinamenti i quali, come quello italiano (ex art. 327, secondo comma, c.p.c.), offrono tutela senza limiti temporali al contumace non raggiunto dalla notificazione dell'atto introduttivo - non potrà mai dirsi che il detto soggetto non abbia avuto la possibilità di impugnare la decisione, atteso che: 1. ove nessun elemento cognitivo della vicenda processuale sia ancora giunto alla sua sfera percettiva, egli sarà ancora ammesso all'impugnazione stessa; 2. viceversa, ove egli abbia avuto cognizione del processo stesso, sarà per tale via insorta la concreta possibilità di impugnare la sentenza nei termini previsti.

3. Il caso del contrasto della decisione da riconoscere con una decisione emessa tra le medesime parti nello Stato membro richiesto.

²⁰³ Il rilievo è compiutamente svolto da E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività*, cit. supra, nota 169, p. 439.

Nessuna modificazione si profila intervenuta per questa ipotesi. Va ricordato che la sua articolazione è tale (soprattutto ove raffrontata all'altra, speculare, relativa a decisione proveniente da Stato diverso da quello richiesto, regolata al numero seguente) da far concludere che anche una decisione successiva (e non soltanto precedente) resa nello Stato richiesto rispetto a quella emessa nello Stato d'origine è di ostacolo al riconoscimento di quest'ultima.

Si intende così evitare il conflitto fra decisioni, sempre che ovviamente gli elementi decisori da compararsi risultino emessi tra le stesse parti, nella nozione, sufficientemente ampia, datane in sede di interpretazione comunitaria. Il contrasto oggettivo - dato che la norma del regolamento (come quella della Convenzione) non ne fa espressa descrizione specificativa, riferendosi generalmente ai soli titoli decisori - viene inteso in senso estensivo, non limitato al rigoroso riscontro dell'identità di titolo e di oggetto, bensì ritenendosi che lo stesso sussista quante volte vengano in rilievo nelle due decisioni effetti tra loro contrastanti oppure sia stato in esse scrutinato il medesimo rapporto giuridico, sul momento genetico o sugli elementi identificativi del quale esse abbiano formulato valutazioni e tratto conseguenze giuridicamente determinanti ai fini del *decisum*, sì da porsi in contraddizione fra loro²⁰⁴.

Oltre che non necessariamente preventiva rispetto all'altra, la decisione dello Stato membro richiesto nemmeno poi deve necessariamente appartenere all'area di operatività del regolamento²⁰⁵.

Pertanto, la turbativa che può creare al principio di armonia delle decisioni fondato sul criterio della prevenzione temporale la prevalenza della decisione emessa nello Stato richiesto in momento successivo a quello della decisione resa nello Stato membro d'origine è sottolineata da chi²⁰⁶, pur dando conto dei diversi approdi che ha raggiunto la giurisprudenza comunitaria circa la preminenza della sentenza interna successiva - ma in materia sottratta alla disciplina comunitaria - ed in attesa di espliciti segnali normativi in tale direzione (quale l'art. 22, primo comma, lettera A, della proposta della Commissione n. 2002/159 sui crediti non contestati), suggerisce l'adozione del sistema delle specifiche impugnazioni di diritto interno (quale, per l'ordi-

²⁰⁴ Su questo punto, di evidente delicatezza, v. le osservazioni di S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit. *supra*, nota 8, p. 234-235; al concetto della «inconciliabilità logica» - elaborato dalla Relazione Jenard in ordine all'omologo punto della Convenzione di Bruxelles - quale condizione impedita del riconoscimento si rifanno le riflessioni svolte sullo stesso tema da C. FONTANA, *La circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale*, cit. *supra*, nota 25, p. 298.

²⁰⁵ Per una concreta applicazione di tale orientamento v. la già ricordata sentenza della Corte di giustizia del 4 febbraio 1988, in causa n. 145/86, *Hoffmann c. Krieg*, cit. *supra*, nota 181, la quale ha giudicato la decisione straniera contenente la condanna a carico di un coniuge a versare all'altro gli alimenti in relazione agli obblighi di convivenza derivanti dal matrimonio in contrasto, ai sensi dell'art. 27, n. 3, della Convenzione di Bruxelles, con una decisione nazionale di divorzio resa tra le medesime parti, ossia con una decisione riguardante sfera che di certo esula dall'ambito regolato dalla Convenzione.

²⁰⁶ Così F. SALERNO, *Giurisdizione*, cit. *supra*, nota 26, p. 252-255.

namento italiano, la revocazione ex art. 395, n. 5, c.p.c.) al fine di far prevalere «il principio generale comunitario a favore della decisione preveniente».

In ogni caso, deve trattarsi di decisione, non di accordo scaturente dall'autonomia privata delle stesse parti, pur finalizzato a scopo conciliativo di lite: si è infatti ritenuto²⁰⁷ che una transazione suscettibile di esecuzione conclusa dinanzi a un giudice dello Stato richiesto con la funzione di definire una lite pendente non costituisce una «decisione resa tra le medesime parti» in quello Stato che possa impedire il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione giudiziaria resa in altro Stato d'origine.

4. Il caso del contrasto della decisione da riconoscere con un'altra decisione emessa precedentemente tra le medesime parti o in un altro Stato membro od anche in un paese terzo in una controversia avente stessi titolo ed oggetto, quando questa precedente decisione presenti i requisiti per essere riconosciuta nello Stato richiesto.

La dizione di questa ipotesi risulta leggermente modificata rispetto a quella inserita al n. 5 della corrispondente disposizione convenzionale: è infatti espressamente chiarito che la precedente decisione ostativa al riconoscimento, quando si connoti per l'identità di *personae*, *petitum* e *causa petendi*, può essere stata emanata indifferentemente da un altro Stato membro o da uno Stato terzo. L'art. 27, n. 5, della Convenzione di Bruxelles riferisce, invece, la decisione precedente al solo Stato non contraente, lasciando - almeno sotto il profilo letterale - scoperta l'ipotesi in cui detta decisione provenga da altro Stato contraente, anche se l'interpretazione, l'esegesi logica e sistematica avevano già indirizzato l'applicazione verso una sua accezione conducente alla sussunzione dell'ipotesi non prevista sotto la medesima fattispecie normativa.

Per il resto, anche il legislatore comunitario ha riprodotto l'espressione più specifica - con la previsione esplicita dell'identità, oltre che delle parti, anche dell'oggetto e del titolo - rispetto a quella adottata per il caso di contrasto con decisione dello Stato richiesto, quasi a segnalare la linea di un maggior rigore in ordine alla verifica del conflitto fra decisione dello Stato membro d'origine e decisione (di altro Stato membro o di Paese terzo, ma comunque) non dello Stato richiesto, nell'alveo del *favor* per il relativo riconoscimento.

A ciò si aggiunge lo sbarramento posto dal riscontro che la decisione confliggente rispetto a quella da riconoscere deve essere stavolta necessariamente precedente ad essa.

Infine, va sottolineato che il titolo decisorio che si oppone al riconoscimento deve essere sempre tale da essere, a sua volta, dotato dei requisiti per

²⁰⁷ In tal senso si è espressa la sentenza della Corte di giustizia del 2 giugno 1994 in causa n. C-414/92, *Solo Kleinmotoren GmbH c. Boch*, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 463 (con nota di G. COSCIA, *Contrasto fra decisioni e atti equiparati*), resa nell'interpretazione della corrispondente disposizione convenzionale.

essere riconosciuto - e, quindi, utilmente azionato in opposizione - nello Stato richiesto (presupposto ovviamente non necessario per l'ipotesi precedente, dato il carattere nazionale della decisione confliggente). E questi requisiti dovranno essere valutati dal giudice dello Stato richiesto secondo i criteri (di diritto internazionale privato oppure di diritto uniforme oppure di diritto comunitario, anche specifico, ove il titolo opposto sia proveniente da altro Stato membro ed inerisca all'ambito civile e commerciale) volta a volta applicabili.

Per altro verso, non sembra fuor di luogo considerare che l'accezione sufficientemente ampia che dei concetti di identità di parti, da un lato, e di oggetto e titolo, in relazione all'omnicomprensivo ambito del rapporto giuridico, dall'altro, viene fornita dall'interpretazione resa in tema di litispendenza (e di cui si è fatto cenno in precedenza) non possa restare del tutto estranea alla ricognizione dei paralleli requisiti richiesti in questo diverso ambito.

Quel che distingue, dunque, in modo netto questa ipotesi dalla precedente è - oltre al più circostanziato rilievo degli elementi identitari - il fatto che a risolvere il conflitto vale per essa il criterio temporale.

È stato, poi, soppresso il caso, previsto dall'art. 27, n. 4, della Convenzione di Bruxelles, contemplante quale ragione ostativa al riconoscimento l'accertamento da parte del giudice dello Stato richiesto che il giudice dello Stato d'origine, nell'emettere la decisione dedotta come contrastante con quella da riconoscere, abbia violato una norma di diritto internazionale privato dello Stato richiesto pronunziandosi su una questione relativa allo stato o alla capacità delle persone fisiche, al regime patrimoniale fra coniugi, ai testamenti ed alle successioni, salva la verifica della irrilevanza della violazione rispetto al risultato raggiunto (il quale sarebbe stato, quindi, lo stesso pur se la norma violata fosse stata rettemente applicata). Si trattava e si tratta - per quanto l'ambito convenzionale ancora vige - della particolare protezione accordata all'ordinamento di diritto internazionale privato del singolo Stato contraente per un determinato settore di questioni, già escluse dalla materia regolata dalla Convenzione (art. 1, comma secondo, n. 1), la cui trattazione, per rilevare in sede di riconoscimento, avvenisse, o avvenga, in via puramente incidentale.

Sorta in ambito francese, detta regola ha avuto applicazione sporadica anche nella prassi giurisprudenziale interna. Peraltro, in virtù del progressivo ravvicinamento attuato dalle discipline nazionali nelle materie succitate e del contemporaneo ravvicinamento delle norme di conflitto nello spazio giudiziario europeo, essa è stata ritenuta ormai non più attuale e, quindi, non è stata riprodotta nel regolamento.

5. Il controllo della competenza giurisdizionale del giudice dello Stato d'origine.

L'art. 35 del regolamento (riproducendo l'art. 28 della Convenzione di Bruxelles) esclude la riconoscibilità delle decisioni se esse risultano emesse

in violazione delle norme sulla competenza giurisdizionale comprese nella sezione 3, relativa alla materia delle assicurazioni, nella sezione 4, relativa alla materia dei contratti dei consumatori, e nella sezione 6, relativa alla competenza giurisdizionale esclusiva, del capo II.

Ha destato perplessità²⁰⁸ l'esclusione del controllo della competenza giurisdizionale relativa ai contratti individuali di lavoro (sezione 5), anche perché il foro del lavoratore, parte debole per antonomasia, è sovente collegato all'applicazione di norme imperative locali. La giustificazione di tale opzione è stata dalla Commissione europea annessa alla ragione che qualsiasi verifica sulla competenza giurisdizionale in questo settore avrebbe pregiudicato necessariamente l'istante per il riconoscimento e/o la declaratoria di esecutività che, nella massima parte dei casi, è lo stesso lavoratore.

Ai due casi di competenza protettiva ed all'ulteriore caso di competenza esclusiva viene poi aggiunto il controllo del rispetto dell'art. 72 del regolamento (corrispondente all'art. 59 della Convenzione) che fa salvi gli accordi anteriori alla sua entrata in vigore conclusi da Stati membri (ai sensi dell'ora ricordato art. 59 della Convenzione) e con cui essi si siano impegnati a non riconoscere una decisione emessa, in particolare in un altro Stato contraente, contro un convenuto avente il proprio domicilio o la propria residenza abituale in un Paese terzo, sempre che la decisione: 1. sia stata emessa in un'ipotesi di operatività dell'art. 4 della Convenzione; e 2. si sia fondata soltanto sulle norme di competenza previste dal secondo comma dell'art. 3 della Convenzione (ossia i fori cc.dd. esorbitanti).

Quando emerga, nel controllo di competenza giurisdizionale, la violazione dei parametri ora elencati, la decisione emessa nello Stato membro d'origine non può essere riconosciuta.

Va peraltro chiarito che il giudice dello Stato richiesto non può compiere alcuna indagine di fatto, essendo vincolato alle constatazioni di fatto operate nella decisione oggetto di riconoscimento dal giudice dello Stato d'origine, essendo a lui consentito soltanto di rilevare l'erronea sussunzione della fattispecie definita in quella sede sotto un modello di competenza giurisdizionale che non ne avrebbe dovuto consentire - limitatamente ai quattro parametri sopra elencati - la cognizione in quella sede.

Al di fuori dei casi ora circoscritti, il giudice dello Stato richiesto non può procedere al controllo della competenza giurisdizionale dei giudici dello Stato d'origine, né, come si è già segnalato, può inserire la questione del rispetto delle (ulteriori) norme sulla competenza in quella della verifica dell'ordine pubblico²⁰⁹.

²⁰⁸ V. le osservazioni formulate da F. SALERNO, *Giurisdizione*, cit. *supra*, nota 26, p. 238-239.

²⁰⁹ Per un'applicazione dell'art. 28, terzo comma, della Convenzione di Bruxelles, v. sent. Cass., del 23 maggio 1989, n. 2452, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 2601, che ha concluso per l'assenza

Per il resto, viene mantenuta (dall'art. 36 del regolamento) l'inibizione del riesame del merito della decisione straniera.

Questo principio, già esposto dalla Convenzione di Bruxelles (art. 29) in modo definito *tranchant* dalla dottrina²¹⁰, è stato applicato - nella vigenza degli artt. 796 e ss c.p.c. - nel senso che, quand'anche il procedimento deliberatorio fosse stato introdotto nelle forme ordinarie, la disposizione dell'art. 798 c.p.c. (che consentiva il riesame del merito della causa, fra l'altro, quando la sentenza straniera da delibare era stata pronunciata in contumacia) non trovava applicazione con riguardo a decisione pronunciata in uno Stato aderente alla Convenzione di Bruxelles, attesa la preminenza del principio posto dall'art. 29 di detta Convenzione, tale da non consentire «in nessun caso» l'accesso al riesame del merito della decisione straniera²¹¹.

Si conferma la recisa contrarietà della fonte (ora) comunitaria alla sostanziale riapertura nel merito del caso deciso dal giudice dello Stato d'origine allo scopo di dare concreto ed effettivo senso all'integrazione giudiziaria perseguita.

Peraltro, la riforma del diritto internazionale privato di cui alla l. 31 maggio 1995, n. 218, ha abrogato, fra gli altri, l'art. 798 c.p.c., di guisa che anche al di là dello spazio giudiziario europeo l'ordinamento giuridico italiano, fatto salvo il riscontro degli altri requisiti, si è aperto - pure sotto questo aspetto - ad una reale extraterritorialità della giurisdizione, superando i dubbi (certo, non peregrini) sollevati in ordine all'opportunità o meno di conservare il vaglio di merito per i soli casi di evenienza di fattispecie revocatorie (ex art. 395, nn. 1, 2, 3, 4 e 6, c.p.c.) particolarmente gravi (e già espressamente legittimanti il riesame di merito ex art. 798 c.p.c.); con la specificazione che resta da verificare se e quanta parte di queste fattispecie possa essere ricompresa nei vizi ostativi al riconoscimento (ex art. 64, lett. b. e g. l. n. 218/95 cit.).

Come si è visto, non soltanto la decisione definitiva o passata in cosa giudicata è suscettibile di riconoscimento.

Tuttavia (cfr. art. 37 del regolamento), quando essa sia stata assoggettata ad impugnazione nello Stato d'origine, il giudice dello Stato richiesto ha il potere di sospendere il procedimento finalizzato al riconoscimento in attesa della definizione del giudizio di impugnazione. La facoltà di sospensione, con riferimento alle decisioni emesse in Irlanda e nel Regno Unito, si radica quando l'esecuzione di quelle decisioni sia stata sospesa nello Stato d'origine

in capo al giudice della delibazione del potere di procedere, nel caso concreto esaminato, al controllo della competenza internazionale del giudice straniero, in relazione alla sfera di operatività della cennata norma.

²¹⁰ Così specificamente F. CARPI, *L'efficacia delle sentenze ed atti stranieri*, in AA. VV., *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, Giuffrè, 1996, p. 152.

²¹¹ Così sent. Cass. del 27 luglio 1989, n. 3524, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 112 (con nota di R. BARATTA, *Ancora sul rapporto tra le disposizioni relative al procedimento di exequatur contenute nella Convenzione di Bruxelles e le corrispondenti norme interne italiane*).

per la presentazione di un ricorso. L'esercizio di questo potere in sede di riconoscimento sarà trattato unitariamente con l'affine istituto disciplinato, direttamente per il procedimento di *exequatur*, dall'art. 46.

7. L'esecutività delle decisioni e degli atti

Il procedimento di attribuzione alle decisioni ed agli altri atti della forza esecutiva nello Stato membro - che poi è il medesimo per il conseguimento del riconoscimento delle decisioni in via principale (in virtù del già ricordato richiamo dell'art. 33, paragrafo 2) - ha subito alcune modificazioni che ne incrementano la flessibilità sveltendo in modo cospicuo il controllo da svolgersi nella prima delle due fasi, quella che già in precedenza si connotava per una cognizione sommaria.

Prima di fare il punto su tali modificazioni, vale la pena ricordare che l'istante per l'esecutività (art. 50) ha diritto di mantenere nel procedimento innanzi allo Stato richiesto lo stesso trattamento - di gratuito patrocinio o di esenzione dalle spese - che avesse ottenuto nello Stato membro d'origine, secondo la corrispondente forma, che sia la "più ampia", prevista dall'ordinamento dello Stato richiesto. Sempre per il procedimento di dichiarazione di esecutività si conferma inoltre (all'art. 51) il principio di non discriminazione - per lo *status* di straniero o per il difetto di domicilio o residenza - dell'istante in ordine all'imposizione di cauzione o deposito e si esclude che lo Stato richiesto possa imporre un trattamento fiscale in via proporzionale rispetto al valore della controversia (art. 52).

In sintesi, è noto che già la Convenzione di Bruxelles contempla, ai sensi dell'art. 34, il controllo di legalità d'ufficio - nei limiti stabiliti dagli artt. 27 e 28 -, senza peraltro alcun obbligo od alcuna facoltà per il giudice di assumere i relativi elementi in contraddittorio (parendo esclusa la possibilità di "osservazioni" preventive ad opera della parte contro la quale viene richiesta l'esecuzione), con la conseguente emissione dell'*exequatur* all'esito della positiva verifica della sussistenza dei requisiti di legalità.

Al destinatario passivo della decisione così dotata dell'esecutività è accordata unicamente tutela successiva, mediante l'instaurazione del contraddittorio in via posticipata, attraverso l'opposizione regolata dagli artt. 36 e ss. del dettato convenzionale, così come al richiedente che si sia visto respingere la domanda di attribuzione dell'esecutività alla decisione è dato di opporsi alla stregua dell'art. 40. Discorso analogo è da compiersi per la Convenzione di Lugano, per il relativo ambito di operatività.

Si ritiene che, pur dopo la riforma del diritto internazionale privato italiano, le disposizioni in questione siano da stimarsi prevalenti - quale norma-

tiva speciale più favorevole, in armonia con la *ratio* dell'adesione all'Unione europea. - sulle diverse e generali previsioni della l. 31 maggio 1995, n. 218, quanto meno nelle parti in cui le norme generali di quest'ultima legge si presentino meno favorevoli e possano, di conseguenza, provocare maggiore difficoltà o dilatazione dei tempi nell'attuazione e nell'esecuzione delle decisioni rese nell'ambito degli Stati membri. Del resto, sarebbe del tutto incongrua una parificazione della pronunzie giudiziarie rese negli Stati membri con quelle rese nei Paesi terzi, parificazione che finirebbe per escludere in concreto gli effetti di progressiva integrazione perseguiti costantemente nello spazio giudiziario europeo (e, di conseguenza, per avallare un'interpretazione conducente alla violazione degli obblighi assunti dallo Stato italiano nei confronti dell'Unione).

In definitiva, può dirsi che già opera pienamente il principio di specialità che comporta la prevalenza, quanto ai rapporti intercorrenti nell'ambito degli Stati membri, delle disposizioni della Convenzione sulle previsioni - successive, ma di carattere generale - della citata l. n. 218/95, in ordine al rito da adottare, alle garanzie accordate ed alle forme di tutela, essendosi così determinato un "doppio binario" che legittimamente differenzia quella sfera di rapporti dagli altri che esorbitano della sfera di applicazione della Convenzione²¹².

Pertanto, non vanno osservate, al fine di procedere all'esecuzione forzata, le previsioni di cui all'art. 67 l. 31 maggio 1995, n. 218, nella parte in cui esse richiedono al giudice un controllo preventivo di legalità, in relazione all'art. 64 della stessa legge, in contraddittorio tra le parti. È stato, tuttavia, precisato che la procedura deliberativa prevista dalla Convenzione, se è da considerarsi fatta salva dalla succitata legge di ordine generale, non esclude l'ammissibilità dell'istanza di deliberazione proposta direttamente in via contenziosa da chi sia interessato al riconoscimento, da dichiararsi - se nulla vi osti - con sentenza che condannerà alle spese processuali il convenuto ove questi si sia opposto al riconoscimento²¹³.

Il procedimento contenzioso si profila, invece, doveroso per i provvedimenti giudiziari resi in Stati terzi rispetto a cui non si applichi il regime della Convenzione. Per questi, il silenzio del richiamato art. 67 circa il rito da adottare deve essere inteso - non come ammissibilità del rito camerale, bensì - come necessità dell'adozione del rito ordinario in unico grado, che si inizia

²¹² In tal senso anche decreto C. App. Salerno, del 16-23 maggio 2000, in proc. n. 3/2000 RGCC, *inedita*.

²¹³ Cfr. per un'ipotesi di tal genere sent. C. App. Bari, dell'8 febbraio 2000, in *Giur. merito*, 2001, p. 909; arg. già ex sent. Cass., dell'1 dicembre 1982, n. 6519, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1984, p. 137, nel senso che la normativa convenzionale non osta a che l'istante, anziché avvalersi di questo rito semplificato, possa introdurre il giudizio di *delibatio* con citazione, offrendo subito alla controparte la garanzia del contraddittorio, senza che possa, per ciò solo, considerarsi improcedibile la relativa domanda.

con citazione e si conclude con sentenza (ricorribile per cassazione), senza possibilità di disporre l'anticipata esecuzione mediante decreto *inaudita altera parte* con la procedura propria delle attività di tipo non contenzioso, alla stregua del modulo previsto dagli artt. 737 e ss. c.p.c., nulla disponendo la norma in merito e non apparendo possibile applicare un rito diverso dall'ordinario in ipotesi non specificamente regolata in tal senso²¹⁴.

In tale quadro, il regolamento ha apportato sensibili innovazioni.

È ribadito il principio del previo conseguimento della declaratoria di esecutività nello Stato d'origine ad istanza della parte interessata (per le esecuzioni da effettuarsi nel Regno Unito e nell'Irlanda, occorre il previo conseguimento della registrazione per esecuzione) per dar luogo alla concreta attuazione delle decisioni ottenute in altro Stato membro: l'interesse ad agire che deve caratterizzare la posizione della parte istante ha riguardo all'identificazione degli effetti favorevoli ad una propria situazione soggettiva che si prospettino ottenibili attraverso l'ottenimento dell'*exequatur*.

Per vagliare l'esecutività della decisione emessa dal giudice dello Stato d'origine, deve tenersi conto che l'attributo riguarda esclusivamente il carattere esecutivo dal punto di vista formale delle decisioni straniere, non anche le condizioni alle quali tali decisioni possono essere eseguite nello Stato d'origine, spettando poi al giudice dello Stato richiesto (ove si inizi il giudizio di opposizione) determinare, secondo la propria legge, comprese le norme di diritto internazionale privato, quali siano gli effetti giuridici di una decisione pronunciata nello Stato d'origine²¹⁵.

All'individuazione dell'autorità - si badi, amministrativa o giudiziaria - competente a conoscere della domanda in ciascuno Stato membro provvede l'allegato II (come richiamato dall'art. 39) che, per l'Italia, affida detto compito alla Corte d'appello.

Per il riparto di competenza territoriale (in senso stretto) sono stati contemplati, in via perfettamente alternativa, il criterio del domicilio dell'esecu-

²¹⁴ Per l'applicazione del rito ordinario nel procedimento ex art. 67, l. 31 maggio 1995, n. 218, v. anche sent. C. App. Venezia, del 26 novembre 1997, in questa *Rivista*, 1998, p. 233, ord. C. App. Napoli, del 21 aprile 1999, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 163, e sent. C. App. Ancona, del 21 luglio 1999, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 169. In definitiva, al procedimento relativo all'attuazione delle sentenze straniere disciplinato dall'art. 67 l. 31 maggio 1995 n. 218 si applica il rito ordinario, introdotto con atto di citazione e concluso con sentenza, e non le forme del procedimento in camera di consiglio: cfr. nella stessa direzione M. G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit. *supra*, nota 177, p. 169 e ss., con utili approfondimenti in ordine alla problematica opzione circa le modalità del rito innanzi alla Corte d'appello per le competenze in unico grado; cfr., inoltre, le perplessità espresse da A. CARLEVARIS, *L'accertamento giudiziale dei requisiti per il riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 85-88, in ordine a qualche prassi applicativa tesa, invece, a privilegiare il rito camerale.

²¹⁵ In tale precisa prospettiva si è espressa la sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 1999 in causa n. C-267/97, *Coursier c. Fortis Bank S A*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 669, la quale ha interpretato l'art. 31 della Convenzione in relazione alla richiesta del giudice *a quo* finalizzata a verificare la caratteristica dell'esecutività nell'ambito di una procedura di liquidazione giudiziaria.

tando ed il criterio del luogo dell'esecuzione.

Questo rapporto di concorrenza fra i due fori costituisce una novità, poiché il regime convenzionale (art. 32, comma secondo) impernia la distribuzione della competenza territoriale sul solo foro del domicilio dell'esecutando ed, in via suppletiva - per il solo caso in cui egli non abbia domicilio nel territorio dello Stato richiesto -, ricorre al criterio del luogo dell'esecuzione.

La possibilità di scelta che ora si presenta al richiedente gli consentirà, secondo la sua valutazione di convenienza, di puntare direttamente sul foro corrispondente al luogo dell'esecuzione quante volte avrà chiaro dove si trovano i diritti (reali, immobiliari o mobiliari, o di credito) che intende aggredire (secondo i criteri di competenza che, per il diritto interno, sono precisati dall'art. 26 c.p.c.).

Ovviamente la possibilità di fruire del citato foro alternativo è legata alla prospettiva di acquisizione di esecutività, mentre, ove il titolo decisivo straniero venga sottoposto alla delibazione per il riconoscimento in via principale (non finalizzato a susseguente esecuzione), residua il solo foro del domicilio del destinatario passivo degli effetti del riconoscimento.

Le modalità di presentazione del ricorso per l'impostazione della prima fase restano regolate dalla *lex fori* e permane anche l'obbligo del richiedente di eleggere domicilio nella circoscrizione del giudice adito oppure, ove tale obbligo non sia previsto dalla legge dello Stato membro, di designare un procuratore: la funzione di tale elezione o designazione è, innanzi tutto, quella di agevolare il destinatario del provvedimento scaturito dalla fase senza contraddittorio al fine di proporre l'opposizione in modo agevole e nell'ambito del territorio dello Stato richiesto.

Alla luce di tale *ratio* si comprende perché la modificazione formulata nella iniziale proposta di regolamento dalla Commissione - la quale restringeva l'obbligo della elezione di domicilio al solo caso in cui il provvedimento senza contraddittorio fosse emesso nei singoli Stati da autorità amministrativa - non abbia poi trovato sèguito.

Per l'ordinamento italiano potrà valere il principio di cui all'art. 82 r.d. 22 gennaio 1934, n. 37²¹⁶.

Anche la documentazione che deve essere allegata all'istanza si presenta semplificata. Ora (ex art. 40, in relazione all'art. 53) è necessario e sufficiente produrre: 1. una copia della decisione che presenti tutte le condizioni di

²¹⁶ Pare opportuno ricordare che, sulla scorta di ord. Cass., Sez. I, del 9 maggio 2002, n. 6692, in *Foro it., Rep.*, 2002, voce *Avvocato*, n. 97, ai sensi di detta disposizione - da ritenersi applicabile anche dopo l'entrata in vigore degli artt. 1 e 6 l. 24 febbraio 1997, n. 27, che, nel sopprimere la distinzione tra procuratori legali e avvocati, prescrivendo l'iscrizione in un unico albo per entrambi, non ha eliminato, però, l'attività procuratoria - quando il procuratore della parte esercita il proprio ufficio fuori della circoscrizione del tribunale al quale è assegnato e non ha provveduto ad eleggere domicilio nel luogo in cui ha sede il giudice adito, le notificazioni e comunicazioni vanno effettuate al procuratore medesimo presso la cancelleria di detto giudice.

autenticità; 2. ove si tratti di istanza avente ad oggetto la dichiarazione di esecutività (e, quindi, non di istanza tesa al mero riconoscimento), anche l'attestato specificamente disciplinato dall'art. 54.

Quest'ultima disposizione stabilisce che il giudice o l'autorità altrimenti competente dello Stato membro d'origine della decisione deve rilasciare, su richiesta di ciascuna parte interessata, un attestato da compilarsi secondo lo schema-formulario redatto in conformità all'allegato V al regolamento che è concepito con l'inserzione di tutti gli elementi identificativi della decisione di cui si intende ottenere l'*exequatur*²¹⁷.

Come emerge dall'articolazione del formulario, la dichiarazione redatta in conformità al sopra riportato allegato va rilasciata anche quando si tratti di conferire efficacia esecutiva all'atto di transazione conclusa innanzi al giudice (ex art. 58 del regolamento)²¹⁸.

La Convenzione di Bruxelles, invece, agli artt. 46 e 47, richiedeva (e, per quanto di rilievo, richiede), oltre alla copia autentica della decisione, anche: in caso di pronuncia contumaciale, l'originale o una copia conforme del do-

²¹⁷ Il formulario è predisposto nei sensi che seguono:

1.	Stato membro d'origine
2.	Organo giurisdizionale o autorità competente che rilascia l'attestato
2.1	Nome
2.2	Indirizzo
2.3	Tel./fax/posta elettronica
3.	Organo giurisdizionale che ha emesso la decisione / approvato la transazione giudiziaria (1)
3.1	Tipo di organo giurisdizionale
3.2	Sede dell'organo giurisdizionale
4.	Decisione / transazione giudiziaria (2)
4.1	Data
4.2	Numero di riferimento
4.3	Parti in causa
4.3.1	Nome (i) dell'attore (degli attori)
4.3.2	Nome (i) del convenuto (dei convenuti)
4.3.3	Nome delle eventuali altre parti
4.4	Data di notificazione o comunicazione della domanda giudiziale in caso di decisioni contumaciali
4.5	Testo della decisione/transazione giudiziaria allegato al presente attestato
5.	Nomi delle parti alle quali è stato concesso il gratuito patrocinio
La decisione / transazione giudiziaria (3) è esecutiva nello Stato membro d'origine (articoli 38 e 58 del regolamento) contro:	
Nome:	
Fatto a data	
Firma e/o timbro	
(1) (2) (3) Cancellare la dicitura inutile.	

²¹⁸ Incidentalmente, va notato che l'impiego di formulari al fine della predisposizione di documenti certificativi in modo uniforme si ripete, e non soltanto all'interno del presente regolamento, essendosi inteso anche attraverso tale strumentario (come aveva preconizzato il Consiglio europeo di Tampere del 1999 sollecitando, al punto 31, per il migliore accesso alla giustizia in Europa la definizione di norme minime comuni per i formulari o documenti multilingue da utilizzarsi nelle cause transnazionali) perseguire la sicurezza della tutela giudiziaria nello spazio europeo, in ragione della conoscenza e del controllo maggiori e più agevoli che la loro corretta adozione è idonea a produrre: sul tema, vanno richiamate le osservazioni di G. TARZIA, *L'ordine europeo, cit. supra*, nota 18, p. 919-920.

cumento comprovante che la domanda giudiziale è stata notificata o comunicata al contumace; inoltre, per la sola dichiarazione di esecutività della decisione, qualsiasi documento atto a comprovare che, alla stregua della legge dello Stato d'origine, la decisione è esecutiva ed è stata notificata; eventualmente, un documento comprovante che il richiedente beneficia dell'assistenza giudiziaria nello Stato d'origine.

Conseguenza dei rilievi svolti è, in primo luogo, che - sulla base della nuova disciplina - l'istanza di mero riconoscimento deve essere accompagnata soltanto da una copia perfettamente autentica della decisione. Risulta l'eliminazione della concorrente prova documentale della notificazione o comunicazione al contumace, in caso di procedimento svoltosi senza la costituzione del convenuto.

In secondo luogo, per l'ottenimento della declaratoria di esecutività, non è riproposta l'esigenza di produzione di qualsiasi documento comprovante sia l'esecutività del titolo decisorio, sia l'avvenuta sua notificazione alla controparte. A tale, indistinta dal punto di vista oggettivo, esigenza di produzione documentale viene sostituita la necessità della produzione dell'attestato proveniente dall'autorità dello Stato d'origine, nel quale, secondo le succitate articolazioni, devono rinvenirsi sia (in caso di processo contumaciale) la precisazione della data di notificazione della domanda al convenuto, sia l'asseverazione di esecutività del titolo, sia l'eventuale sussistenza del gratuito patrocinio in favore di una delle parti. Né è più richiesta - ed il punto merita di essere evidenziato - la previa notificazione della decisione.

L'inserzione di tutti gli elementi rilevanti a fini dell'ottenimento dell'esecutività nell'attestato redatto secondo lo schema ora normativamente predefinito e da rilasciarsi dall'autorità dello Stato d'origine della decisione costituisce un oggettivo ed evidente fattore di agevolazione del compito del richiedente, rendendo improbabile l'insorgenza di contestazioni in ordine all'evenienza dei corrispondenti presupposti asseverati dall'unico atto fidefaciente, mentre in precedenza è stato appunto il terreno relativo alla produzione della documentazione necessaria a provare autonomamente gli indicati presupposti a dar luogo a contenziosi circa la completezza e regolarità degli atti allegati a corredo dell'istanza.

Certo, la semplificazione potrebbe incontrare nella prassi difficoltà non secondarie, giacché la fonte non specifica il come ed il quando l'interessato debba farsi rilasciare dal giudice o dall'autorità competente l'attestazione²¹⁹. Di sicuro, però, quando la parte interessata formuli autonoma richiesta l'autorità dello Stato d'origine deve rilasciare l'attestato.

²¹⁹ Il fondato timore è espresso da C. MARTINETTI, *Prime riflessioni sul regolamento (CE) n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, *Il parte*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2001, p. 401.

Rispetto al suo contenuto la possibilità eventualmente concessa (anche in relazione ad eventuali difficoltà emerse presso l'autorità dello Stato d'origine) dall'autorità dello Stato richiesto di produzione di un documento equivalente (art. 55) non lascia, in verità, soverchio margine di scelta all'interessato, atteso che un esaustivo riscontro delle circostanze che devono emergere dall'attestato sembra alternativamente ottenibile soltanto con la produzione della copia dei corrispondenti atti processuali²²⁰.

Del tutto eliminata è la formalità della previa notificazione della decisione da rendere esecutiva: questa innovazione era stata caldeggiata dagli interpreti della Convenzione, essendosi osservato che, in un regime nel quale era difficile²²¹ somministrare le misure conservative (stante il disposto dell'art. 39 della Convenzione) prima dell'emissione dell'*exequatur*, a sua volta da farsi precedere dalla notificazione del titolo decisorio, il tentativo di esecuzione nello Stato richiesto rischiava concretamente di essere vanificato.

La stessa Corte di giustizia si è fatta carico dell'obiettivo aporia insita nel descritto sistema ed ha configurato in modo ampio la verifica dell'assolvimento da parte del richiedente della formalità notificatoria della decisione da rendersi esecutiva interpretando l'art. 47, n. 1, della Convenzione nel senso che, quando le norme processuali nazionali lo consentano, la prova della notificazione della decisione può essere prodotta dopo la presentazione dell'istanza, e in particolare nel corso del procedimento di opposizione successivamente instaurato dalla parte contro cui è chiesta l'esecuzione, a condizione che quest'ultima disponga di un termine ragionevole per eseguire volontariamente la decisione e che la parte che chiede l'esecuzione sopporti l'onere di eventuali procedimenti superflui, salva restando, peraltro, la fissazione da parte della legge nazionale del processo di preclusioni alla produzione documentale²²².

²²⁰ In concreto è, tuttavia, da rilevare che, sia pure con specifico riguardo all'applicazione di altro regolamento (quello Ce del Consiglio n. 1347/2000 del 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi), il Ministero della giustizia italiano (con nota prot. 2/28/R/4 2002 m/12253 del 19 dicembre 2002) ha segnalato le difformità registratesi in relazione al rilascio delle certificazioni disciplinate dall'art. 33 di quel regolamento, in relazione all'esigenza dell'adozione dei modelli uniformi descritti negli allegati IV e V, con conseguenti difficoltà - per l'avvenuto rilascio di certificazioni non conformi ai modelli - nelle registrazioni da eseguirsi negli altri Stati membri, come da corrispondente informativa del Ministero degli Affari Esteri.

²²¹ Sebbene vi fosse pervenuta una parte della giurisprudenza francese con un'interpretazione evolutiva del quadro convenzionale.

²²² Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 1996 in causa n. C-275/94, *Van der Linden c. Berufsgenossenschaft Feinmechanik Elektrotechnik*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, p. 874; per l'accoglimento di un criterio ancor meno formalistico, sempre con riferimento alla disciplina convenzionale, cfr. M. DE CRISTOFARO, "Exequatur" di sentenza comunitaria ed onere di completezza della documentazione richiesta dal ricorrente, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1474-1477, il quale prospetta la sufficienza della notificazione del decreto di *exequatur* quando sia stato redatto in calce alla sentenza esecutanda, sì che la notificazione dell'uno comporti necessariamente per il destinatario la conoscenza dell'altra.

La documentazione volta a volta occorrente non richiede comunque legalizzazione alcuna o formalità equivalente, al pari della procura alle liti, se necessaria (art. 56, riproduttivo della corrispondente disciplina della Convenzione: art. 49).

Resta non necessaria anche la traduzione dei documenti (arg. ex art. 55, par. 2), spettando all'autorità dello Stato richiesto di sollecitare, ove lo ritenga, una traduzione autenticata da soggetto a ciò abilitato in uno degli Stati membri.

Alla semplificazione del corredo documentale da prodursi con l'istanza si combina il relevantissimo alleggerimento del compito dell'autorità adita nella prima fase per l'emissione dell'*exequatur*.

Centrale è la disposizione di cui all'art. 41 del regolamento laddove stabilisce che, nella fase antecedente al contraddittorio, la decisione è dichiarata esecutiva «immediatamente», all'esito del solo perfezionamento delle formalità di acclusione documentale succitate (copia della sentenza esecutiva e, specificamente per la dichiarazione di esecutività, attestato conforme all'allegato riportato in nota 27); dunque, senza procedere alla verifica della sussistenza delle condizioni ostative alla riconoscibilità elencate negli artt. 34 e 35.

La radicale elisione nel corso della prima fase del controllo suddetto rende inadeguato anche ragguagliare questo procedimento a quello previsto dal diritto interno (all'art. 839 c.p.c.) per la prima fase del riconoscimento e dell'esecuzione dei lodi stranieri, dal momento che l'autorità competente, il presidente della Corte d'appello, deve in quel caso procedere, pure in prima fase, alla verifica, oltre che della regolarità formale del titolo, anche della compromettibilità della controversia secondo la legge italiana e dell'assenza nel lodo di disposizioni contrarie all'ordine pubblico.

Il carattere del controllo diviene, dunque, di ordine essenzialmente formale e, secondo le intenzioni dei *conditores* comunitari, concreta il completamento di una procedura «pressoché automatica», rispetto a cui è del tutto estraneo il coinvolgimento della parte controinteressata al riconoscimento o all'esecutività la quale è espressamente inibita dal poter presentare osservazioni: disposizione, quest'ultima, già contenuta nella Convenzione (e che, tuttavia, non aveva impedito in alcune prassi nazionali di accogliere le memorie della controparte), ma che acquista uno spessore sicuramente maggiore alla luce del diverso livello di indagine ora affidato all'autorità della prima fase.

Lo sveltimento di questa fase si apprezza compiutamente se si tiene conto che, nel regime convenzionale, il giudice (art. 34) nel decidere «entro un breve termine» e sempre *inaudita altera parte*, può e deve rigettare la domanda ove verifichi, anche in via ufficiosa (anzi, principalmente in via ufficiosa, atteso il carattere unilaterale dell'iniziativa in questa fase), la carenza di uno dei requisiti per il riconoscimento, all'esito, quindi, di un sicuro esercizio di poteri di cognizione decisoria di matrice contenziosa, sia pure a

contraddittorio posticipato, tanto che è stato ritenuto del tutto conforme a diritto regolare le spese di tale fase secondo il principio di soccombenza²²³. La relativa procedura, prevista dagli artt. 31 e ss. della Convenzione, è stata qualificata come procedimento di cognizione - e non di volontaria giurisdizione - strutturato, analogamente al procedimento di ingiunzione ex art. 645 c.p.c., in due fasi: nella prima il ricorrente ottiene, *inaudita altera parte*, provvedimento di esecuzione della sentenza straniera, e nella seconda, puramente eventuale, viene (posticipatamente) realizzato il contraddittorio (nel corso del quale opposto ed opponente, nelle rispettive posizioni sostanziali di attore e convenuto, hanno la possibilità di modificare e precisare le originarie domande, eccezioni e conclusioni alla stregua del rito processuale applicato²²⁴).

Secondo il meccanismo contemplato dal regolamento, invece, il controllo delle condizioni ostative al riconoscimento di cui agli artt. 34 e 35 - ivi compreso quello di conformità all'ordine pubblico (il ché è parso ad alcuni mutamento eccessivo, in rapporto all'esigenza di difesa degli interessi generali della collettività statale, e comportante l'affievolimento dei valori garantiti dalla clausola di salvaguardia, ivi comprese le norme comunitarie fondamentali²²⁵) - risulta escluso dalla fase a struttura unilaterale e questo dato si profila aver mutato, secondo gli spunti ancora provvisori forniti da alcuni interpreti²²⁶, la stessa natura del procedimento svolto in prima fase: da procedimento contenzioso a contraddittorio posticipato a procedimento di natura sostanzialmente amministrativa, come tale prospetticamente attratto (quando a provvedere sia, come è il caso dell'Italia, l'autorità giurisdizionale) nell'orbita della giurisdizione volontaria, in certa misura ragguagliabile al procedimento interno di attribuzione dell'esecutività al lodo arbitrale (come autonomamente disciplinato dall'art. 825 c.p.c., salvo, nel caso qui in esame, l'ulteriore *spatium* intercorrente prima della concreta possibilità di procedere ad esecuzione)²²⁷.

Questa radicale semplificazione della prima fase non trova pari intensità nel regolamento n. 1347/2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e

²²³ Così sent. Cass., del 26 giugno 1986, n. 4253, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, p. 767.

²²⁴ Così sent. Cass., Sez I, del 16 luglio 1994, n. 6704, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 3087, la quale, richiamando le scansioni di cui agli artt. 183 e 184 c.p.c. nel testo ante l. 26 novembre 1990 n. 353, ha stabilito che, in quel regime, all'opponente non è precluso dedurre ulteriori ragioni dell'opposizione avverso il decreto che concede l'esecutorietà alla sentenza straniera, annullando la decisione di merito nella parte in cui era stata ritenuta tardiva, perché formulata successivamente alla citazione in opposizione, la richiesta di sospensione del procedimento a causa dell'impugnazione, nello Stato d'origine, della decisione straniera, ex art. 38 della Convenzione.

²²⁵ In tal senso F. SALERNO, *Giurisdizione*, cit. *supra*, nota 26, p. 274.

²²⁶ V. E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività*, cit. *supra*, nota 169, p. 452-454, e P. DE CESARI, *L'esecuzione delle decisioni civili straniere nello spazio giudiziario europeo*, in *Dir. comm. int.*, 2002, p. 287.

²²⁷ Su tale comparazione cfr O. LOPES PEGNA, *Il nuovo procedimento per l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale degli Stati membri della Comunità europea*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 629-630.

all'esecuzione in materia matrimoniale e di potestà genitoriale sui figli di entrambi i coniugi²²⁸, ove persiste il potere del giudice di verificare d'ufficio la sussistenza o meno di eventuali ragioni ostative alla riconoscibilità del titolo.

In tale nuova prospettiva - che peraltro deve misurarsi con gli effetti che il provvedimento, in caso di mancata impugnazione, appare idoneo a produrre - è anche coerente l'opzione che il regolamento n. 44/2001 ha fatto di affidare la conduzione e definizione di questa prima fase ad organo non necessariamente giurisdizionale, ma alternativamente anche ad altra autorità di natura amministrativa (come si desume dal testo dell'art. 39).

A fortiori, non è stata ritenuta utile la reiterazione, con riferimento alla prima fase, del divieto di riesame nel merito della decisione d'origine (come invece è stabilito nella diversa dinamica convenzionale: cfr. art. 34), ma si è registrato il conseguente spostamento di tale precetto - al pari di quello relativo alla fissazione dell'ambito del riesame con il richiamo dei requisiti di riconoscibilità - nella disciplina della fase a contraddittorio pieno (art. 45 del regolamento).

La volontà del legislatore comunitario trova, d'altronde, conferma nella premessa (considerando 17) del regolamento dove si chiarisce che la reciproca fiducia fra gli Stati membri implica che il procedimento inteso a rendere esecutiva una decisione emessa in altro Stato membro si svolga in modo «efficace e rapido» e, dunque, «pressoché automatico» concretato dal controllo «meramente formale» della documentazione e «senza che il giudice possa rilevare d'ufficio i motivi di diniego dell'esecuzione indicati nel presente regolamento».

Peraltro, al di là della verifica della regolarità e completezza della documentazione acclusa a corredo dell'istanza introduttiva della prima fase, non sembrano oblietabili da parte dell'autorità adita - qualunque essa sia - alcuni generalissimi controlli, talmente basilari che potrebbe dirsi concorrano a fondare la stessa estrinsecazione del suo concreto potere di rilasciare il provvedimento richiesto.

Se, infatti, l'autorità richiesta non può più interessarsi della verifica concreta di esecutività del titolo acquisito dal richiedente nello Stato d'origine, tranne che nel senso di verificare la perfetta regolarità formale dell'attestato (salvo quanto si preciserà da qui a un momento), essa sembra dover comunque procedere alla verifica: *a.* circa la sussunzione nel concetto (come riproposto dal regolamento all'art. 32) di decisione del provvedimento addotto, per modo che non potrebbe essere riconosciuto o dichiarato esecutivo per tale verso un atto estraneo all'ambito decisorio sopra accennato (salva natural-

²²⁸ Cfr. F. MOSCONI, *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 550-551, con riferimento all'analisi del relativo art. 24.

mente, per gli atti pubblici e le transazioni giudiziarie, la disciplina del capo IV del regolamento); *b.* circa il fatto che l'oggetto della decisione riguardi materia ricompresa nel campo di applicazione circoscritto dal capo I del regolamento stesso; *c.* con limitato riferimento alle procedure per dichiarazione di esecutività, che la decisione resa nello Stato d'origine sia effettivamente esecutiva - verifica ordinariamente preclusa in ragione della produzione dell'attestato di cui all'art. 54, ma di nuovo occorrente - quando, in mancanza di produzione dell'attestato, si tratti di valutare la documentazione equivalente oppure di disporre la dispensa alla stregua dell'art. 55.

Ciò chiarito, non pare poter influire in modo determinante sulla ricognizione della natura di questa fase il potere (già previsto, in relazione alla possibilità di surroga di una determinata parte di documenti, dalla Convenzione e confermato dall'art. 55 del regolamento) dell'autorità adita - qualora l'attestato di cui all'art. 54 non venga prodotto - di fissare un termine all'istante affinché provveda a presentarlo oppure di accettare (in sua vece) un documento equivalente oppure di disporre addirittura la dispensa «qualora ritenga di essere informato a sufficienza».

Che, dunque, si sia fuori da un procedimento ordinario (come ha avvertito la Commissione nella presentazione della proposta di regolamento) sembra non dubitabile. Per il resto, che possa, anche laddove il compito di verifica sopra descritto resta affidato all'autorità giudiziaria, ritenersi assorbito il rito *inaudita altera parte* nella giurisdizione volontaria è proposta ermeneutica plausibile, ma necessitante di approfondimenti e sedimentazioni ulteriori (ed esorbitanti dall'obiettivo di queste note), soprattutto in rapporto alla questione dell'efficacia in qualche modo definitiva che, come si dirà, non pare possa escludersi con riguardo a siffatto provvedimento ove non impugnato nei termini in sede di piena cognizione.

Le conseguenze scaturenti da tale inquadramento non sarebbero secondarie: chi sostiene²²⁹ l'approdo della prima fase del procedimento sulla sponda della volontaria giurisdizione esclude che, all'esito di essa, l'autorità (nel caso italiano) giudiziaria debba (o possa) regolare le spese, data la sostanziale carenza di materia contenziosa nella fase stessa e, dunque, della verifica della soccombenza in senso tecnico²³⁰.

²²⁹ Per tutti, E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività*, cit. supra, nota 169, la quale richiama il ragionamento della sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 1996 in causa n. C-275/94, *Van der Linden c. Berufsgenossenschaft Feinmechanik Elektrotechnik*, cit. supra, nota 222; v. invece per la persistente esigenza di caricare le spese di *exequatur* sul debitore, C. FONTANA, *La circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale*, cit. supra, nota 25, p. 302, n. 102.

²³⁰ A conclusioni sostanzialmente analoghe perviene M. DE CRISTOFARO, *"Exequatur" di sentenza comunitaria*, cit. supra, nota 222, p. 1479-1483, già con riferimento alla disciplina convenzionale, quante volte la notificazione della decisione straniera esecutiva sia stata effettuata nel corso - e non prima - della fase procedimentale *inaudita altera parte* e sia stata seguita dallo spontaneo adempimento del debitore.

Certo, il *favor* per la circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo parrebbe dover far propendere per quest'ultima tesi, poiché si concorrerebbe così a porre le basi per una minore conflittualità in seconda fase ad iniziativa del destinatario dell'*exequatur* il quale non verrebbe in alcun modo gravato dei costi della procedura: di cui, del resto, potrebbe prendere cognizione soltanto con la notificazione (o comunicazione) della dichiarazione di esecutività ad essa seguita. Sennonché, la soluzione palesa anche il corrispondente limite di sacrificare, senza assorbenti giustificazioni, l'interesse dell'istante: il quale resta comunque necessitato a procurarsi l'*exequatur* al fine di attivare una procedura esecutiva, in tesi determinata dall'altrui inadempimento a cospetto del diritto vantato dal richiedente. Non sembra quindi essere cessata, almeno sotto il profilo funzionale (e soprattutto se l'istante abbia comunque notificato la decisione esecutiva alla controparte), l'esigenza di verificare se il costo del rito non debba gravare su chi ha dato causa allo stesso. Occorre, dunque, rimettere ad ulteriori elaborazioni la definizione del punto.

La determinazione assunta dall'autorità adita in prima fase non può non essere regolata, per quanto la fonte comunitaria non dispone, dalla *lex fori*. In Italia, pur nella consapevolezza della varietà di opzioni cui l'applicazione della Convenzione di Bruxelles ha dato luogo, la via più ragionevole, in rapporto alla natura del procedimento sopra enucleata ed all'autorità - che è organo giurisdizionale - individuata come competente, appare quella del procedimento camerale da esitarsi con decreto.

Per rispondere, poi, al quesito sul se sia o meno necessaria la motivazione a base del provvedimento conclusivo di questa fase (con stretto riferimento all'esperienza italiana in cui, come si è visto, la competenza alla sua adozione è affidata ad organo giurisdizionale) non sembra esaustivo il richiamo all'art. 135 c.p.c. (che non richiede la motivazione per il decreto, ove la legge non lo prescriva espressamente), potendosi opporre che, ove si ritenga congruente il richiamo al procedimento camerale, dovrebbe valere piuttosto il disposto dell'art. 737 c.p.c. (che esige la motivazione del decreto: alla stessa conclusione conduce il richiamo della disciplina monitoria ex artt. 633 e ss. c.p.c., coltivato alla luce della disciplina convenzionale, ex artt. 640 e 641 c.p.c.).

Sotto il profilo funzionale, invece, è ragionevole ritenere che, quando l'autorità richiesta si determini per l'accoglimento dell'istanza, la parte motiva del provvedimento, in relazione al carattere estremamente circoscritto delle verifiche devolute, sarà certamente ridotta all'essenziale, essendo poi compito della parte esecutanda svolgere tutte le contestazioni, anche estranee al controllo formale ed invece attinenti alle condizioni di cui agli artt. 34 e 35, con la successiva impugnazione.

Più specifica potrà essere la motivazione del provvedimento di diniego della dichiarazione di esecutività, in quanto incomberà all'autorità emittente

di rendere noto all'istante per quale ragione (carenza di documentazione, irregolarità della stessa, esorbitanza della decisione dalla materia oggetto del regolamento, assenza di decisione nel senso dell'art. 32) il controllo ha sortito esito negativo, sì che il destinatario del diniego possa, ove lo ritenga, proporre a sua volta il giudizio di cognizione piena (impugnatorio in senso lato) su quella precisa questione oppure orientarsi, specie in caso di difetto di corredo documentale, a porre rimedio al difetto rilevato e ripresentare l'istanza: ciò che, nel regime convenzionale, parte della dottrina ha ritenuto possibile, confermandosi il convincimento anche con riguardo al regolamento²³¹.

Alla stregua della disciplina dettata dall'art. 48 del regolamento, è da ritenersi consentito che anche la fase a struttura unilaterale venga impostata con la richiesta di un *exequatur* parziale o, comunque, si concluda con un *exequatur* parziale della decisione straniera, in particolare nel caso di decisione ad oggetto multiplo, per alcuni capi della quale emerga l'estraneità della relativa materia al campo d'applicazione del regolamento.

Questo provvedimento deve essere comunicato «immediatamente», secondo le regole della *lex fori*, alla parte richiedente che, nelle more, avrà eletto il proprio domicilio (alla stregua dell'art. 40). La correlativa dichiarazione di esecutività è comunicata o notificata - deve ritenersi, ad onere della parte istante - alla parte esecutanda e, se ancora non lo si è fatto in precedenza (come è ora possibile), va corredata dalla decisione dello Stato d'origine.

Le parti del rapporto notificatorio e, quindi, destinatarie degli effetti giuridici scaturenti dall'eventuale mancata impugnazione o, per contro, dall'esito del procedimento seguito all'impugnazione devono individuarsi con riferimento alle parti - o loro eredi e aventi causa - titolari delle posizioni giuridiche scrutinate dalla decisione straniera e destinatarie delle statuizioni di quest'ultima. Si ritiene, infatti, che di massima per i terzi - i quali, in ordine a rapporti giuridici non direttamente coinvolti o attinti dalla decisione straniera, siano interessati a contestarne l'efficacia nell'ordinamento interno - sia sufficiente lo strumento della contestazione nel relativo diverso giudizio a far sorgere l'esigenza del riconoscimento incidentale in quella stessa sede ex art. 33, par. 3²³².

Sotto altro aspetto, le parti del rapporto scrutinato dalla decisione dello Stato d'origine devono essere parti del procedimento teso a conseguirne l'esecutività o il riconoscimento²³³.

²³¹ Cfr. rispettivamente F. SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Padova, Cedam, 2000, p. 152-153, e ID., *Giurisdizione*, cit. *supra*, nota 26, p. 273.

²³² In questa prospettiva v. le considerazioni di O. LOPES PEGNA, *Il nuovo procedimento*, cit. *supra*, nota 227, p. 635-636.

²³³ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 1984 in causa n. 178/83, *Ditta P. c. Ditta K.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, p. 665, secondo cui, a norma dell'art. 40, secondo comma, prima frase, della Convenzione di Bruxelles, il giudice dinanzi al quale l'istante, cui è stata

La dichiarazione di esecutività non equivale ad autorizzazione ad eseguire in via immediata: infatti, in pendenza del termine per contestare in via giudiziale questo provvedimento e fino a quando (in caso di effettiva impugnazione) non sia stata adottata alcuna decisione in materia, la parte che ha ottenuto la dichiarazione di esecutività potrà procedere soltanto a provvedimenti conservativi sui beni dell'esecutando (art. 47, par. 3), al fine di preservare la garanzia patrimoniale per la futura soddisfazione del creditore e, comunque, le situazioni giuridiche afferenti al bene della vita oggetto della decisione al vaglio dello Stato richiesto affinché - nella pendenza del termine e, se del caso, nelle more del giudizio a cognizione piena - non venga pregiudicata l'effettività della decisione stessa.

Tanto la parte proponente che si sia vista rigettare l'istanza quanto la parte esecutanda che si sia vista notificare, invece, la dichiarazione di esecutività e la relativa decisione hanno titolo a ricorrere avverso il provvedimento a loro rispettivamente sfavorevole, così dando l'avvio al procedimento a cognizione piena da svolgersi «secondo le norme sul procedimento in contraddittorio». La legittimazione di entrambe le parti a dare inizio al giudizio contenzioso è stabilita dall'art. 43 del regolamento che unifica la disciplina separata delle due posizioni prevista dalla Convenzione (artt. 37 e 40).

L'autorità innanzi a cui proporre la relativa azione è stavolta (in ogni Stato) un'autorità giudiziaria, come da allegato III al regolamento. Per l'Italia si conferma la competenza della Corte d'appello (ossia la stessa autorità, di natura giurisdizionale, titolare della prima fase²³⁴: il ché crea uno schema strutturale di natura *lato sensu* oppositiva).

Il riesame da parte del giudice indicato dal cennato allegato III è necessario, non potendo prospettarsi una diretta (ed *omisso medio*) impugnazione del decreto in sede di legittimità (*a fortiori* nell'assetto attuale²³⁵).

rifiutata l'esecuzione di una sentenza pronunciata in un altro Stato contraente, ha proposto opposizione, deve chiamare a comparire la parte contro cui l'esecuzione è fatta valere anche qualora l'istanza di opposizione della formula esecutiva sia stata respinta in primo grado per il solo motivo che non erano stati prodotti tempestivamente taluni documenti e l'*exequatur* sia chiesto per uno Stato diverso da quello nel quale risiede la parte contro cui l'esecuzione è fatta valere.

²³⁴ Il raffronto fra l'allegato II e l'allegato III richiamati nel testo fa, infatti, emergere che in non pochi Stati la fase di cognizione piena è stata invece affidata ad autorità giudiziaria diversa da quella titolare della cognizione nella fase a struttura unilaterale (ed, in qualche caso, a più d'una autorità giudiziaria: così per i Paesi Bassi, dove la concreta individuazione dell'autorità competente muta a seconda di chi promuove la seconda fase, e per gli Stati del Regno Unito, dove la suddetta individuazione dipende dal se si verte in materia di obbligazioni alimentari o in altra materia).

²³⁵ Cfr., con riguardo al regime convenzionale, ord. Cass., del 12 ottobre 1988, n. 649, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 2862, secondo cui il provvedimento con il quale la Corte d'appello dispone l'opposizione della formula esecutiva su sentenza resa dal tribunale straniero, essendo suscettibile di opposizione davanti alla stessa Corte d'appello, con susseguente decisione impugnabile con ricorso per cassazione, non può essere impugnato immediatamente innanzi al giudice di legittimità, con conseguente rilievo di inammissibilità del ricorso per cassazione proposto direttamente contro detto provvedimento.

Il termine è esplicitato soltanto con riferimento alla proposizione del ricorso avverso la dichiarazione di esecutività, ossia quello che compete all'esecutando di proporre: è previsto, infatti, il termine di un mese a far data dalla notificazione della dichiarazione di esecutività, con il corredo della decisione (ove non notificata in precedenza) se l'esecutando è domiciliato nello Stato richiesto, come si desume dall'espressa specificazione che il termine è di due mesi se l'esecutando è domiciliato in uno Stato membro diverso da quello richiesto, ma in tale secondo caso per la decorrenza non è sufficiente una notificazione purchessia, bensì occorre che essa avvenga in mani proprie oppure nella residenza del destinatario.

Una volta che il decorso del termine sia iniziato, esso non può prorogarsi per ragioni inerenti alla distanza.

La notificazione nulla non farà decorrere il termine, senza che il vizio del procedimento di notificazione della dichiarazione di esecutività possa però ripercuotersi automaticamente sullo stesso procedimento conclusosi con la somministrazione dell'*exequatur*²³⁶.

L'applicazione in ambito convenzionale ha, come si è visto, condotto la giurisprudenza di legittimità interna a ritenere anche che, una volta munita la decisione straniera della formula esecutiva, ai sensi dell'art. 34 della Convenzione, la parte contro la quale la pronuncia è fatta valere ha titolo per proporre, con procedimento contenzioso e non di volontaria giurisdizione, opposizione entro trenta giorni dalla notificazione del provvedimento con cui la Corte d'appello ha reso esecutiva la pronuncia straniera, pena l'inammissibilità dell'opposizione stessa. Si è peraltro specificato che l'eventuale omessa notificazione della pronuncia straniera di condanna non può essere addotta per escludere il decorso del termine, potendo essa concretare soltanto motivo di opposizione²³⁷. Quest'ultima conclusione resta, tuttavia, da verificare alla luce del nuovo assetto regolamentare, in cui è strutturalmente contemplata la possibilità che la decisione oggetto della declaratoria di esecutività non sia stata ancora notificata, sì che in tal caso deve essere posta a corredo della notificazione del provvedimento di *exequatur*: pertanto, nei casi in cui essa non risulti notificata in precedenza, la carenza della sua acclusione a corredo della dichiarazione di esecutività potrebbe ora ritenersi integrare un vizio della notificazione stessa.

Benché il problema possa sembrare più teorico che pratico (data la probabilità comunque bassa di un rigetto dell'istanza all'esito della prima fase), va osservato che non è previsto per esplicito il termine di proposizione del

²³⁶ Per il carattere temporalmente precedente e funzionalmente indipendente della fase di attribuzione dell'esecutività rispetto alla formalità notificatoria v. sent. Cass., dell'11 aprile 1983, n. 2544, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1984, p. 362.

²³⁷ Cfr. anche sent. Cass., del 9 giugno 1983, n. 3949, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2622.

ricorso per la parte istante in esecuzione che si sia vista respingere la domanda, né è, di conseguenza, previsto il corrispondente *dies a quo*.

Anche la Convenzione tace sul termine in questione, ma, secondo quel che si è ritenuto per la prima fonte, sembra ad alcuni²³⁸ inevitabile operare una interpretazione estensiva della disposizione contemplante il termine mensile concesso all'altra parte. Non manca, peraltro, chi²³⁹ in assenza di espressa previsione propende (e chiede che il legislatore interno chiarisca espressamente il punto) per l'assenza di termine alcuno, sì che il creditore potrebbe proporre il ricorso per l'accertamento di piena cognizione *sine die*²⁴⁰.

Per la prima tesi, peraltro, resta - quanto al *dies a quo* - la difficoltà ermeneutica costituita dal rilievo che l'ipotesi espressamente disciplinata lo fissa in relazione alla notificazione della decisione: la quale, data la natura della formalità, deve ritenersi avvenga ad onere della parte che ha ottenuto l'*exequatur*. Non essendo, conseguentemente, previsto il decorso del termine dalla comunicazione (da parte dell'autorità dello Stato richiesto) del provvedimento negativo nei confronti dell'istante, entrambi i corni della possibile alternativa - ritenere che il termine comunque decorra per l'istante da quest'ultimo, diverso evento procedimentale (ma la mancanza di espressa previsione sembra francamente insuperabile) oppure ritenere che anche per lui il termine decorra dalla notificazione (che egli però non riceve, né ha interesse a promuovere nei riguardi della controparte, salvo che abbia ottenuto un *exequatur* parziale) - si profilano non pienamente appaganti.

Va infine ricordata la posizione di chi - data per assodata la carenza di un termine decadenziale per l'istante in esecuzione che si sia visto respinto il ricorso in prima fase e tratta dall'analisi della giurisprudenza comunitaria²⁴¹ l'affermazione dell'obbligatorietà del rimedio impugnatorio - auspica, nel nuovo quadro normativo, il superamento in via ermeneutica di questa posizione in favore della facoltatività del rimedio stesso e, quindi, della libera riproponibilità della domanda²⁴².

La terminologia adottata per individuare l'atto di innesco del procedimento cognitivo non è (più) quella di opposizione, bensì quella di ricorso.

²³⁸ Si ricordano, in particolare, le osservazioni di F. SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles*, cit. supra, nota 231, p. 156, e S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit. supra, nota 8, p. 211.

²³⁹ È la posizione di E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività*, cit. supra, nota 169, p. 461.

²⁴⁰ All'assenza, quanto meno apparente, di un termine di decadenza per l'opposizione avverso il diniego di *exequatur* fanno riferimento, con riguardo al regime convenzionale, F. CARPI - M. A. LUPOI, *Provvedimenti giurisdizionali civili*, cit. supra, nota 38, p. 855.

²⁴¹ Ed, in specie, dalla sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 1984 in causa n. 178/83, *Ditta P. c. Ditta K.*, cit. supra, nota 233.

²⁴² G. RAITI, *Evoluzione*, cit. supra, nota 10, p. 255-256; la riproponibilità dell'istanza cui sia seguito il diniego in prima fase è, come si è visto, sostenuta anche da F. SALERNO, *La Convenzione*, cit. supra, nota 231, p. 152-153, e ID., *Giurisdizione*, cit. supra, nota 26, p. 273.

Peraltro, non sembra del tutto dirimente l'adozione di questa locuzione per qualificare in concreto il tipo di atto con cui si deve dare inizio alla seconda fase, parendo, anche alla luce del raffronto fra le varie versioni linguistiche del regolamento, che l'obiettivo normativo sia stato quello di individuare la natura di impugnazione in senso lato o speciale del provvedimento emesso in prima fase. Il problema non può risolversi con il riferimento meramente lessicale e le indicazioni che seguono hanno necessariamente carattere problematico e provvisorio.

Invero, il regolamento (all'art. 43, par. 3) si limita a porre come base unica ed ineludibile del procedimento di cognizione piena quella secondo cui il ricorso è esaminato secondo le norme sul procedimento in contraddittorio. La concretizzazione di tale precetto resta, di conseguenza, rimessa alla legge dello Stato membro richiesto.

In definitiva, se - in mancanza di richiami *ad hoc* di altri riti - il procedimento da applicare a seguito del «ricorso» pare assodato debba essere, per l'ordinamento giuridico italiano, quello disciplinato dal rito ordinario di cognizione (di cui agli artt. 163 e ss. c.p.c.), sembra non agevole determinarsi circa la natura dell'atto introduttivo: cioè, se il riferimento al ricorso (il quale deve essere «proposto») vada inteso in senso specifico e, di conseguenza, alla parte che intenda contestare il provvedimento emesso *inaudita altera parte* incomba di depositare tempestivamente il relativo atto presso la cancelleria della Corte d'appello competente, salvo ad instaurare il contraddittorio nel termine che il presidente fisserà con decreto, oppure se sul dato letterale possano far premio considerazioni di ordine sistematico, con la conseguente instaurazione, in mancanza di specifica disciplina interna, del giudizio di piena cognizione mediante citazione²⁴³. Peraltro, è anche da osservare che l'articolazione della norma regolamentare, laddove stabilisce che il «ricorso è proposto dinanzi al giudice (...)», somministra un elemento da cui potrebbe anche desumersi la *voluntas* del legislatore comunitario relativa all'adozione di una modalità introduttiva del rito che, in mancanza di specifiche discipline nazionali, debba contemplare innanzi tutto il contatto tra la parte ed il giudice adito e, quindi, l'adozione del ricorso (salvo sempre il rispetto del rito ordinario di cognizione per tutti gli atti successivi).

Va ricordato anche l'indirizzo - manifestatosi sotto il regime convenzionale²⁴⁴ - che, nell'ambito dell'assimilazione del rito a quello dell'opposizione

²⁴³ Per una posizione ugualmente problematica cfr. O. LOPES PEGNA, *Il nuovo procedimento*, cit. *supra*, nota 227, p. 646-647; nel senso dell'introduzione della cognizione piena mediante citazione si pronunzia, invece, S. LA CHINA, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze*, cit. *supra*, nota 32, p. 419; propendono, invece, per l'introduzione della cognizione piena mediante ricorso A. CONVERSO, *La giurisdizione unica europea*, cit. *supra*, nota 17, p. 352, ed E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività*, cit. *supra*, nota 169, p. 447-448.

²⁴⁴ Così F. CARPI - M. A. LUPOI, *Provvedimenti giurisdizionali civili*, cit. *supra*, nota 38, p. 856.

al decreto ingiuntivo, propone di adottare l'esordio con citazione o con ricorso a seconda del rito che, per lo specifico merito, si applica nel diritto interno (ad esempio, ricorso per la materia del lavoro subordinato o del comodato).

In ogni caso, data la mutata connotazione della prima fase, non pare determinante, in un senso o nell'altro, ritenere scontata la perdurante operatività del (già ricordato) orientamento maturato con riguardo alla delibazione in Italia di sentenza resa in uno Stato aderente alla Convenzione di Bruxelles, in relazione alla procedura di tipo monitorio, con provvedimento della Corte d'appello su ricorso dell'interessato *inaudita altera parte*, nonché con successiva pronuncia, a contraddittorio posticipato, sull'eventuale opposizione della controparte, da inoltrarsi con la forma della citazione²⁴⁵.

Quale che sia la soluzione, è chiaro che la sua rilevanza consiste nello stabilire, secondo i consueti criteri propri di ciascuna forma introduttiva (deposito del ricorso ed, invece, notificazione della citazione), il momento in cui debba intendersi perfezionato il rapporto processuale ai fini del rispetto del termine sopra richiamato (sicché in termini pratici ed in attesa dell'assestamento dell'esegesi del punto, appare prudente per chi agisca ex art. 43 operare, se possibile, sia il deposito e sia la notificazione dell'atto introduttivo nel termine stabilito dalla norma).

È, poi, da ricordare che (ex art. 43, par. 4), con riferimento al riscontro della corretta instaurazione del contraddittorio - nel caso in cui l'azione sia proposta dal soggetto istante per l'esecuzione (il quale, quindi, abbia visto respingersi l'istanza nella prima fase oppure abbia inteso trascorrere direttamente a quella a cognizione piena) e laddove il convenuto, ossia la parte contro cui è chiesta l'esecuzione, non sia comparso -, la verifica della contumacia va fatta alla stregua del disposto di cui all'art. 26 (con il conseguente richiamo dell'art. 19 del regolamento n. 1348/2000 e, per quanto di rilievo, all'art. 15 della Convenzione dell'Aja), anche se essa non sia domiciliata nel territorio di uno degli Stati membri.

All'esigenza di rispettare le norme sul procedimento in contraddittorio si accompagna (verrebbe da dire, fa da contraltare) l'obbligo per il giudice (ex art. 45, par. 1, ultima parte) di pronunciarsi «senza indugio»; e, certo, l'adozione del rito contenzioso ordinario (quale che sia l'alternativa che voglia seguirsi sul procedimento in concreto applicabile: ossia quello proprio del procedimento di primo grado innanzi al Tribunale, con la permanenza della figura del consigliere istruttore per la fase della comparizione-trattazione e per quella dell'istruzione, oppure quello proprio del procedimento di appello, con completa devoluzione al collegio anche delle fasi suddette) non agevola il rispetto del suddetto canone che per questo rito invero in modo più pene-

²⁴⁵ Su cui v. la già ricordata sent. Cass. dell'1 dicembre 1982, n. 6519, *cit. supra*, nota 213.

trante il principio di ragionevole durata del processo (di cui all'art. 6, par. 1, della Convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed all'art. 111 Cost.).

Nonostante ciò, sembra arduo ritenere, senza l'intervento attuativo e specificativo del legislatore interno, applicabile già allo stato il rito camerale alla cognizione piena²⁴⁶.

Peraltro, la natura eminentemente documentale che, il più delle volte, connoterà la vertenza potrà indurre il giudice procedente, anche per l'ipotesi di adozione del rito ordinario di cognizione, a velocizzare e, nei limiti in cui lo si ritenga possibile, accorpare la scansione delle udienze destinate all'impostazione del *thema decidendum* e del *thema probandum* (per molti versi, ad oggetto vincolato in questo caso, compatibilmente con l'assenza di deduzioni in ordine a fatti sopravvenuti) ed a far transitare così la causa alla fase decisoria in tempi rapidi.

Certo, in casi come quello in esame, il panorama degli strumenti processuali di diritto interno segnala la mancanza di un rito ordinario semplificato idoneo a garantire la rapida conclusione di procedimenti insuscettibili (almeno in via di larga approssimazione) di trattazione ed istruttoria articolate. Né sembra essere stato ancora colto l'invito rivolto da parte della dottrina²⁴⁷ al legislatore interno di (seguire l'esempio tedesco in materia di *exequatur* convenzionale e quindi di) intraprendere la strada di una legge di attuazione del regolamento per diradare i molti punti oscuri e riempire i diversi vuoti che lo strumento normativo comunitario non poteva non lasciare.

Quanto alle ragioni che possono fondare il rigetto dell'istanza - ove già essa non sia stata accolta nella prima fase - oppure la revoca della dichiarazione di esecutività - che quindi sia stata resa in prima fase -, esse sono soltanto quelle esposte dagli artt. 34 e 35 del regolamento ed in precedenza citate (il cd. merito processuale); ciò, oltre ovviamente ai controlli di ordine pregiudiziale ed assorbente già ritenuti possibili nella fase priva di contraddittorio (quali l'esame dell'operatività del regolamento in relazione all'oggetto della decisione esaminata e, corrispondentemente, la natura di decisione ai sensi dell'art. 32 del provvedimento sottoposto al vaglio del giudice dello Stato richiesto).

È ribadito il divieto per il giudice dello Stato membro richiesto di riesaminare il merito che ha formato oggetto della decisione straniera (art. 45).

Nella stessa direzione sembra doversi leggere la disposizione (art. 49) in base a cui l'esecutività delle decisioni straniere che abbiano applicato una penalità si può riprodurre nello Stato richiesto soltanto se la misura della penali-

²⁴⁶ Verso il rito camerale sembrano invece orientarsi le preferenze di parte della dottrina: così F. SALERNO, *La Convenzione*, cit. *supra*, nota 231, p. 157-159.

²⁴⁷ Cfr. in tal senso E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività*, cit. *supra*, nota 169, p. 460-461.

tà stessa sia stata definitivamente fissata dal giudice dello Stato d'origine (il riferimento a provvedimenti del tipo delle *astreintes* di diritto francese è trasparente: si intende così evitare che l'autorità dello Stato richiesto possa essere chiamata a compiere anche attività integrativa del titolo).

Va inoltre fatto un cenno ad un punto di non secondaria importanza che conviene (per la sua rilevanza) soltanto prospettare e lasciare aperto.

Si ammette, da parte di alcuni (anche sulla base delle relazioni alla Convenzione di Bruxelles elaborate da Jenard e poi da Schlosser) la deducibilità - ad opera della parte che contrasta la dichiarazione di esecutività nella fase a cognizione piena - di motivi di estinzione dell'obbligazione sancita a suo carico per fatti storici sopravvenuti²⁴⁸.

Una prima categoria di tali fatti è quella comprensiva dei fatti estintivi e modificativi dell'obbligazione accertata dalla decisione straniera e posta a base della pronunzia, in particolare di condanna: l'ipotesi classica è quella dell'avvenuto adempimento dell'obbligazione in tempo posteriore alla sentenza straniera. Anche la giurisprudenza comunitaria ha di recente puntualizzato una linea interpretativa che sembra consentire l'esame nella sede della verifica della dichiarazione di esecutività dei suddetti fatti sopravvenuti, quando ha stabilito che il termine "esecutive" di cui all'art. 31, primo comma, della Convenzione di Bruxelles deve essere interpretato nel senso che riguarda esclusivamente il carattere esecutivo, dal punto di vista formale, delle decisioni straniere e non le condizioni alle quali tali decisioni possono essere eseguite nello Stato d'origine, spettando poi al giudice dello Stato richiesto, nell'ambito di un'opposizione proposta ai sensi dell'art. 36 della Convenzione, determinare, secondo la propria legge, comprese le norme di diritto inter-

²⁴⁸ La tematica, invero di notevole importanza, è affrontata O. LOPES PEGNA, *Il nuovo procedimento*, cit. supra, nota 227, p. 643, con la sottolineatura che i motivi sopravvenuti non devono sfociare in domande nuove che avrebbero dovuto presentarsi al giudice straniero; cfr. anche M. DE CRISTOFARO, *Presupposti e rimedi per il provvedimento che "sospende" l'opposizione all'exequatur o il riconoscimento di sentenza comunitaria*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 767-770, che esclude da tale novero i fatti dedotti a sostegno di un'impugnazione della decisione straniera innanzi al giudice dello Stato d'origine; cfr., con specifico riferimento all'ammissibilità della deduzione in sede di opposizione avverso l'*exequatur* dei soli fatti storici sopravvenuti alla pronunzia della decisione straniera, sent. C. App. Milano, dell'11 aprile 1995, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, p. 299; v., per un'ipotesi relativa ad altro ambito, sent. Cass., dell'11 aprile 1983, n. 2544, cit. supra, nota 236, secondo cui, dato che l'istanza diretta ad ottenere l'esecutorietà di una sentenza straniera può essere rigettata, ai sensi dell'art. 34 della Convenzione di Bruxelles, solo per uno dei motivi di cui agli art. 27 e 28, tra i quali non rientra la cessione del credito che è stato oggetto della lite davanti al giudice straniero, questa non può essere fatta valere in sede di opposizione alla dichiarazione di esecutività ma solo in sede di opposizione all'esecuzione; a fondare la tesi positiva viene richiamata la sentenza della Corte di giustizia del 4 febbraio 1988, in causa n. 145/86, *Hoffmann c. Krieg*, cit. supra, nota 181, quando afferma che l'art. 36 della Convenzione di Bruxelles deve essere interpretato nel senso che la parte, che non ha impugnato il provvedimento di *exequatur* ai sensi di tale disposizione, non può far valere nella fase di esecuzione della sentenza straniera un motivo di impugnazione che avrebbe potuto invocare in sede di opposizione al provvedimento di *exequatur*; con la precisazione che tale regola, la quale deve essere applicata di ufficio dal giudice dello Stato richiesto, tuttavia, non vige se ha per effetto di obbligare il giudice dello Stato di origine della decisione straniera di cui si chiede l'esecuzione.

nazionale privato, quali siano gli effetti giuridici di una decisione pronunciata nello Stato d'origine²⁴⁹.

Una seconda categoria è quella relativa a fatti inerenti alla decisione straniera: in particolare, l'avvenuto accoglimento nello Stato d'origine di una impugnazione nelle more presentata avverso quella decisione, con la caducazione dei relativi effetti²⁵⁰.

Critica in ordine all'ammissibilità dell'esame dei fatti sopravvenuti nel giudizio di cognizione piena relativo alla verifica dell'*exequatur*, inquadrato come rito ad oggetto strettamente processuale, è altra parte della dottrina che ora rafforza il suo convincimento in relazione al carattere, oltre che sommario, anche limitato dell'esame del titolo decisorio nella prima fase come disciplinata dal regolamento ed, in ogni caso, contesta la preclusione in capo al debitore della deducibilità dei fatti sopravvenuti estintivi della pretesa sostanziale maturati nelle more e non dedotti con il rito della impugnazione alla dichiarazione di esecutività ex art. 43 del regolamento²⁵¹.

A sostegno della tesi che già il sistema convenzionale non imponesse (pur non vietandolo) un inquadramento del giudizio di *exequatur* tale da cumulare al riscontro dei requisiti formali anche la delibazione degli eventuali fatti storici sopravvenuti si è anche addotta l'incompatibilità di quest'ultima analisi con i valori di speditezza perseguiti dalla normativa uniforme in sede di dichiarazione di esecutività (fra l'altro, con rito che, nell'esperienza italiana, vede limitato ad un solo grado il giudizio di merito) e la conseguente possibilità di consentire, con l'ingresso delle deduzioni di fatti sopravvenuti, l'artificioso differimento della soddisfazione delle ragioni creditorie²⁵².

Per chi non ammette alcun ampliamento del giudizio in esame ai fatti storici sopravvenuti, la sede necessaria per l'allegazione dei medesimi è, conseguentemente, l'opposizione all'esecuzione (ex art. 615 c.p.c.).

L'ipotesi di rigetto del ricorso proposto dalla parte esecutanda (in caso di emissione dell'*exequatur* in prima fase) oppure quella, speculare, di accoglimento del ricorso proposto dalla parte istante in esecuzione (in caso di diniego della dichiarazione di esecutività in prima fase) non sono espressamente

²⁴⁹ Nel caso considerato, la problematica ineriva ad una procedura di liquidazione giudiziaria ed è stata trattata dalla sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 1999 in causa n. C-267/97, *Coursier c. Fortis Bank S A*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 669.

²⁵⁰ Cfr., per un'esauritiva ed approfondita trattazione della materia dei fatti sopravvenuti, M. G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit. *supra*, nota 177, p. 120 ss. e, con specifico riguardo alla sfera convenzionale, p. 134 e ss., con adesione alla tesi favorevole alla deducibilità degli stessi in sede di cognizione piena di verifica di legittimità dell'*exequatur*.

²⁵¹ In tal senso v. E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività*, cit. *supra*, nota 169, p. 454-455; pare restrittiva anche la posizione espressa da F. SALERNO, *Giurisdizione cit. supra*, nota 231, p. 278, con riferimento ai fatti nuovi.

²⁵² L'argomentazione è addotta da C. CONSOLO, *Limiti alla esecuzione di decisioni straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 423-433.

disciplinate nel regolamento, ma anche queste ipotesi individuano esiti possibili del giudizio a cognizione piena, con la conseguente esigenza di (rispettivamente) confermare o emettere (*ex novo*) la dichiarazione di esecutività della decisione straniera.

In ordine alla dialettica procedimentale che connoterà le posizioni delle parti, è stato osservato²⁵³ che la modificazione sostanziale dell'oggetto dell'accertamento compiuto in prima fase (senza alcuna possibilità della deliberazione ufficiosa delle ipotesi di non riconoscibilità elencate dalla fonte comunitaria) si profila comportare la conseguenza che, quando l'*exequatur* sia stato emesso, l'esecutando che vi si oppone finisce per proporre un'azione di accertamento negativo delle condizioni di riconoscibilità (anche in tal senso proponendosi di superare l'inquadramento della fase a cognizione piena nella struttura dell'opposizione al decreto ingiuntivo, a sèguito della quale attore in senso sostanziale è invece l'ingiungente), salvo restando ogni approfondimento sul se all'inversione - certa - dell'onere dell'azione di natura giurisdizionale corrisponda sempre una vera e propria inversione dell'onere della prova, tema su cui possono svolgersi soltanto riflessioni largamente provvisorie.

Il punto è di particolare rilievo, poiché l'esperienza applicativa convenzionale, come del resto quella riferita allo strumento del riconoscimento delle sentenze fuori del campo di applicazione della Convenzione, ha caricato su chi richiede il riconoscimento o l'esecutività l'onere della compiuta prova della sussistenza delle condizioni richieste con conseguente individuazione del potere ufficioso del giudice adito in ordine all'evenienza di condizioni ostative²⁵⁴.

Nella dialettica fra diverse fasi propria della Convenzione di Bruxelles, può considerarsi in certa misura assodato che il giudice, se nella prima di esse ha titolo per rilevare d'ufficio l'esistenza di uno dei motivi contemplati dagli artt. 27 e 28 della Convenzione stessa ostativi alla pronuncia, nella seconda non possiede più un tale potere, atteso che, una volta che abbia adottato il provvedimento giurisdizionale di attribuzione dell'esecutorietà, ha per ciò stesso

²⁵³ Fra gli altri, da E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività*, cit. *supra*, nota 169, p. 456-457, e F. SALERNO, *Giurisdizione cit. supra*, nota 231, p. 275-276.

²⁵⁴ Così, ad esempio, sent. Cass., Sez. I, dell'1 agosto 1997, n. 7151, in *Foro it., Rep.*, 1997, voce *Delibazione*, n. 51, la quale conferma l'onere a carico della parte - che chieda, in applicazione della Convenzione di Bruxelles, il riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza resa in uno dei paesi aderenti alla Convenzione e nei cui confronti venga proposta opposizione avverso la decisione che nella fase sommaria ha dichiarato esecutiva la sentenza straniera - di produrre, anche nel giudizio d'opposizione, i documenti previsti dagli artt. 46, n. 1, e 47, n. 1, della Convenzione, restando altrimenti la domanda sfornita di prova, senza poter istituire alcuna presunzione di produzione relativamente alla fase sommaria; cfr. P. BIAVATI, *Le prospettive*, cit. *supra*, nota 166, p. 1210, con riguardo all'interpretazione interna pregressa ed all'inversione che attuerebbe la normativa comunitaria in esame; cfr. altresì M. G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit. *supra*, nota 177, p. 113 e ss., nonché p. 174 e ss., per la conferma dell'onere di allegazione e prova a carico dell'istante e del persistente potere di rilevazione ufficioso nella procedura di riconoscimento di diritto comune, ex artt. 64-67 l. 31 maggio 1995, n. 218.

deciso, se non altro implicitamente - ma necessariamente -, circa la non sussistenza di ragioni ostative al provvedimento stesso, per cui nella fase dell'opposizione è rimessa alla sola disponibilità della parte la facoltà di farli valere.

Con riguardo all'assetto rimodulato dal regolamento, nella prima fase, il giudice o l'autorità (altrimenti) competente non ha alcun titolo per rilevare ufficiosamente una delle ragioni ostative di cui agli artt. 34 e 35, in specie quella relativa alla manifesta contrarietà all'ordine pubblico, sicché nessuna presunzione di avvenuto riscontro dei relativi requisiti. Ma, se nella fase a cognizione piena conseguente all'avvenuta attribuzione della dichiarazione di esecutività - costruita come giudizio di impugnazione in senso lato o comunque di giudizio finalizzato all'accertamento negativo di uno o più dei requisiti stessi -, si persiste nel caricare l'onere di allegazione delle condizioni in concreto ostative sulla parte proponente, non può non concludersi, in coerenza con la premessa, nel senso che le ragioni non dedotte secondo le regole processuali confermatrice (ex artt. 163 ss., 180, 183 c.p.c.) del potere assertivo della parte attrice esorbitano dal *thema decidendum*.

In tale dialettica - che muove dalla presunzione favorevole al riconoscimento già nota all'assetto convenzionale²⁵⁵ -, sembra problematico prospettare il generalizzato recupero di doglianze non dedotte tempestivamente mediante l'attivazione del potere ufficioso del giudice (e salvo a verificare se dal sistema non possa desumersi la sussistenza di potere per singoli punti dello spettro d'indagine previsto dal regolamento), se non costruendo questo giudizio di impugnazione in senso lato o di accertamento negativo come giudizio ad oggetto (minimo) vincolato, ossia come giudizio finalizzato all'accertamento dell'assenza di tutte le condizioni ostative alla riconoscibilità del titolo decisorio straniero.

Al contrario, quando la prima fase si sia conclusa con il diniego dell'*exequatur*, non può che essere l'istante a dover allegare innanzi al giudice della seconda fase a cognizione piena i fatti costitutivi dei requisiti legittimanti la dichiarazione di esecutività (in certa misura non ritenuti, sia pure per carenze documentali o per i riscontri propedeutici prima illustrati, sussistenti), mentre sul prospettato eseguendo incomberà di allegare, secondo le scansioni processuali consuete, i fatti impeditivi o (se lo si ammette) estintivi, oltre che modificativi, dell'avversa istanza. In questa ipotesi, può registrarsi (più frequentemente) anche la contumacia dell'eseguendo. Corrispondentemente dovrebbe ribaltarsi sull'istante anche l'onere della relativa prova.

Peraltro, in ordine al riparto dell'onere della prova, è da osservare che l'esame concreto delle varie condizioni di non riconoscibilità implica, dato anche il carattere negativo dell'articolazione della fattispecie normativa, che

²⁵⁵ Sulla cui configurazione cfr. O. LOPES PEGNA, *Il nuovo procedimento*, cit. *supra*, nota 227, p. 644-645.

per alcune di esse all'onere di allegazione non possa seguire alcuna ulteriore attivazione probatoria: si consideri, in particolare, quella di cui all'art. 34, n. 2, quando l'esecutando adduca la carenza assoluta di notificazione dell'atto introduttivo del procedimento nello Stato d'origine conclusosi con la decisione *de qua*.

Al contrario, per altre, in particolare quelle di cui all'art. 34, nn. 3 e 4, è ben difficile che l'allegazione non sia seguita dalla indicazione e produzione della decisione confliggente.

Va, infine, ricordato che, sul tema dei poteri del giudice, parte della dottrina si pronunzia per la sussistenza, sempre nel giudizio a cognizione piena, del potere ufficioso di rilevazione del mancato rispetto della competenza ex art. 35 nonché della manifesta contrarietà all'ordine pubblico e della carenza di regolare contraddittorio nei sensi di cui ai nn. 1 e 2 dell'art. 34, mentre rimette alla disponibilità delle parti (quanto meno per ciò che concerne l'evidente esigenza di allegazione ed ostensione dei relativi riscontri documentali) il contrasto con le altre decisioni di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 34²⁵⁶.

La tensione fra le contrapposte linee emergenti su questo (per molti versi inedito) snodo della normativa regolamentare è ben rappresentata da chi²⁵⁷ ha notato che, da un lato, assegnare un ruolo attivo alla rilevazione ufficiosamente sembra integrare una contraddizione fra l'attribuzione esclusiva alla disponibilità del privato del potere di attivare il meccanismo teso alla cognizione piena dei limiti alla riconoscibilità e, per converso, la negazione alla sua sfera di scegliere quali ostacoli far valere in concreto, mentre, dall'altro, impedire al giudice la verifica ufficiosamente contraddice l'esigenza, pure posta alla base della normativa in esame, di assicurare - al di là dell'interesse e dell'attivazione di parte - l'armonia interna ed il rispetto dei principi informatori di ciascun ordinamento.

Con le riserve scaturenti dalle cennate problematiche, pertanto, l'oggetto del procedimento a cognizione piena va individuato in relazione alle questioni prospettate dalla parte che lo ha promosso ed a quelle altre che si ritengano esaminabili d'ufficio, nell'alveo della corrispondente verifica - negativa o positiva, a seconda della parte istante - delle condizioni di riconoscibilità stabilite dal regolamento e (sia pure con l'impostazione problematica prima indicata) dell'indagine sugli eventuali fatti storici sopravvenuti che siano stati adottati e siano in concreto delibabili, sempre senza alcun riesame del merito della decisione straniera, irrilevante restando - quindi - ogni prospettazione inerente ad errori di fatto o di diritto compiuti dal giudice dello Stato d'origine.

²⁵⁶ In tale prospettiva cfr. S. LA CHINA, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze*, cit. *supra*, nota 32, p. 421-422.

²⁵⁷ Così F. MOSCONI, *Un confronto*, cit. *supra*, nota 228, p. 552-553, nella cornice di un interessante raffronto dei regolamenti Bruxelles I e Bruxelles II.

Fuori da tale cornice non appare deducibile altra materia del contendere²⁵⁸.

Al pari di quanto previsto nella sezione dedicata al (solo) riconoscimento (art. 37), anche nella normativa relativa all'esecuzione (peraltro applicabile al riconoscimento in via principale ex art. 33, par. 2) il regolamento (all'art. 46), riproponendo il dettato convenzionale (art. 38), disciplina le misure da assumere nell'ipotesi in cui la decisione emessa nello Stato d'origine non sia definitiva.

Questa previsione si distingue dalla prima per la sua maggiore specificità essendo in essa precisato che: 1. a radicare il presupposto per l'emissione di qualsivoglia provvedimento occorre l'istanza della parte contro cui è chiesta l'esecuzione della decisione; 2. quest'ultima deve essere stata impugnata con un mezzo ordinario (per il Regno unito e l'Irlanda qualsiasi mezzo di impugnazione è considerato tale) oppure rispetto ad essa risulti ancora pendente il termine per esperire il mezzo stesso; 3. il provvedimento del giudice dello Stato richiesto è: 3A. quello di sospensione del procedimento; oppure: 3B. quello di subordinare l'esecuzione alla costituzione di una garanzia che provvede a determinare; inoltre: 3C. nel solo caso di pendenza del termine per l'impugnazione, quello - innanzi tutto ed impregiudicata l'emissione di altri provvedimenti nel prosieguo - di fissare un termine alla parte per proporre tale impugnazione.

Entrambe le norme (artt. 37 e 46) assolvono alla funzione garantire al destinatario passivo della decisione straniera non ancora passata in giudicato la possibilità di ottenere - pur nell'ambito di un sistema (come comunitarizzato) teso ad agevolare al massimo la circolazione dei titoli decisorii in modo da favorire la posizione di chi abbia visto affermare la sussistenza in essi delle proprie posizioni giuridiche soggettive al fine dell'effettiva soddisfazione dei relativi beni della vita - un provvedimento provvisorio idoneo ad assicurargli il concreto esperimento dei rimedi impugnatori senza correre il rischio che la conclusione (a sé sfavorevole) del procedimento teso all'acquisizione di esecutività o il riconoscimento di quella decisione pregiudichi in via definitiva o difficilmente reversibile i suoi interessi.

Circa il coordinamento fra le due disposizioni, a fronte della considerazione della rispettiva *sedes* - che sembrerebbe indirizzare per l'applicazione della prima alle procedure di riconoscimento (di ogni tipo: dato che la norma è specificamente prevista nella sezione dedicata esclusivamente al riconosci-

²⁵⁸ Per l'esame di una ipotesi di ritenuta esorbitanza v. sent. C. App. Milano, del 5 giugno 1990. in *Foro pad.*, 1991, I, p. 166, laddove si è, condivisibilmente, concluso che, in sede di opposizione a decreto di esecutorietà di sentenza straniera, in base alla Convenzione di Bruxelles, è inammissibile una domanda di condanna per responsabilità ex art. 1338 c.c., in quanto tale procedimento ha come ambito esclusivamente le questioni attinenti alla riconoscibilità della sentenza dedotta.

mento) e della seconda alle procedure di conferimento dell'*exequatur*²⁵⁹ -, si è proposta (già con riferimento al tessuto convenzionale e poi anche con riguardo alla disciplina del regolamento) un'interpretazione che applica la prima norma al solo riconoscimento in via incidentale, mentre al riconoscimento in via principale dovrebbe applicarsi la più articolata disciplina di cui all'art. 46: si è fatto notare²⁶⁰ che questa soluzione dimostra maggiore aderenza allo scopo di impedire che sia definitivamente acquisito lo stesso riconoscimento principale (oltre alla dichiarazione di esecutività) di una decisione di altro Stato membro ancora suscettibile di essere caducata dallo strumento di impugnazione ordinaria proposto o proponendo nello Stato d'origine, laddove una pari esigenza non si avverte per il riconoscimento incidentale.

A sostegno di questa tesi si pone anche il dato testuale costituito dall'adozione da parte dell'art. 37 della locuzione «giudice» - che si attaglia pienamente al solo riconoscimento in via incidentale -, mentre se la disposizione avesse voluto riferirsi anche al riconoscimento in via principale non avrebbe potuto non menzionare anche l'eventuale altra «autorità competente» che, ex art. 39 (in relazione all'art. 33, par. 2), può essere chiamata a conoscere (in luogo dell'organo giurisdizionale) del riconoscimento in via principale nella prima fase sopra esaminata.

Deve specificarsi che il concetto di «mezzo ordinario», per gli effetti considerati dall'art. 46, è stato considerato come autonomo dalla giurisprudenza comunitaria, essendosi, in particolare, chiarito che non si deve aver riguardo all'inquadramento degli strumenti propri di ciascun ordinamento (sia esso quello dello Stato d'origine o quello dello Stato richiesto); si deve invece intendere come mezzo ordinario qualsiasi gravame che possa comportare l'annullamento o la riforma della decisione di cui si chiede il riconoscimento o l'esecuzione e che debba essere proposto nello Stato d'origine entro un termine fissato dalla legge e decorrente dalla pronuncia della decisione stessa²⁶¹.

È da notare che l'art. 46 prende in esame il subprocedimento innescato dall'istanza di sospensione (e di atti succedanei) con riguardo soltanto alla fase di cognizione piena: e ben si spiega detta opzione, dal momento che nella prima fase manca il contraddittorio con la parte che potrebbe avere interesse alla sospensione e, poi, il rilevato carattere di controllo di regolarità puramente estrinseca connotante quella fase (da affidarsi non necessariamente a un giudice) mal si concilierebbe con l'esercizio del potere in questione.

²⁵⁹ In tal senso pare indirizzarsi, fra gli altri, G. CARELLA, *Sentenza civile straniera*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1989, vol. XLI, p. 1310.

²⁶⁰ Particolarmente da O. LOPES PEGNA, *Il nuovo procedimento*, cit. *supra*, nota 227, p. 648-650.

²⁶¹ In tal senso si è espressa la sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 1977 in causa n. 43/77, *Industrial Diamond Supplies*, in *Raccolta*, 1977, p. 2175 ss.

Va aggiunto che, circa la fissazione del termine per impugnare (nel caso sopra indicato *sub 3C.*, l'esercizio del relativo potere non pare poter influenzare la durata legale del termine stabilito nell'ordinamento di origine, ma vale soltanto a determinare la misura temporale che (nell'ambito dello *spatium* normativamente dato) è accordata alla parte destinataria, nella fase a cognizione piena, dell'istanza di riconoscimento in via principale o di dichiarazione di esecutività per attivare il meccanismo impugnatorio nei confronti della decisione nello Stato d'origine al fine di porre il giudice dello Stato richiesto nelle condizioni (per quella parte) più favorevoli rispetto all'esercizio del potere di sospensione.

Allo snodo della somministrazione o meno della sospensione non può annettersi natura decisoria, dovendo invece riconoscersi ad esso carattere ordinatorio. Il ch  lo rende insuscettibile di impugnazione, essendosi piuttosto riconosciuto che esso   solo revocabile da parte del giudice che lo ha emesso, anche qualora sia stato adottato nella sentenza che chiude l'opposizione²⁶². Questa linea si profila consonante con la giurisprudenza comunitaria la quale²⁶³ ha interpretato gli artt. 37, n. 2, e 38, primo comma, della Convenzione di Bruxelles nel senso che la decisione con cui il giudice di uno Stato contraente - davanti al quale   stata proposta opposizione contro l'autorizzazione all'esecuzione della decisione resa in altro Stato contraente - nega la sospensione del procedimento o revoca la sospensione precedentemente disposta non pu  essere impugnata in cassazione o con ricorso analogo limitato ai motivi di diritto e nel senso che il giudice chiamato successivamente a pronunciarsi su tale ricorso per motivi di diritto (ex art. 37, n. 2) non   competente a disporre - o a disporre nuovamente - la sospensione del procedimento²⁶⁴.

A completare tale assetto di tutela della posizione del destinatario passivo della decisione sta anche il principio, mutuato dalla Convenzione e gi  citato (ed espresso dall'art. 43, par. 3) - di improcedibilit  dell'esecuzione (a cui, per quanto concerne il riconoscimento in via principale, corrisponde l'insuscettibilit  di definitiva acquisizione degli effetti dichiarativi e costitutivi scaturenti dal titolo) fino a quando penda il termine per proporre il ricorso avverso il provvedimento di prima fase favorevole all'istante e, poi (in caso di proposi-

²⁶² Arg. ex sent. Cass., Sez. I, del 15 dicembre 1995, n. 12835, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, p. 819.

²⁶³ In tale direzione v. la sentenza della Corte di giustizia dell'11 agosto 1995 in causa n. C-432/93, *Sisro c. Ampersand Software B V*, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 299.

²⁶⁴ Cfr. nello stesso senso gi  la sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 1991 in causa n. C-183/90, *Van Dalfsen c. Van Loon*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 158, anche con riferimento al provvedimento impositivo di garanzia, con la specificazione che l'art. 38, primo comma, della Convenzione va interpretato nel senso che il giudice investito dell'opposizione, nella decisione relativa alla richiesta di sospensione del procedimento prevista da detta disposizione, pu  prendere in considerazione unicamente le eccezioni che l'opponente non aveva potuto proporre davanti al giudice dello Stato di origine.

zione del ricorso), fino a quando non venga adottata la susseguente decisione²⁶⁵.

A fronte di tali presidi per la posizione (*lato sensu*) debitoria, il regolamento ha confermato ed implementato, in via di bilanciamento, le possibilità offerte alla parte istante per porsi al riparo dai possibili rischi per la sua sfera durante il tempo necessario alla definizione del giudizio nello Stato richiesto.

In primo luogo, è stata ribadita la possibilità che il destinatario attivo del titolo proceda, dopo l'emanazione della dichiarazione di esecutività in prima fase ed in pendenza del termine relativo al ricorso di cui all'art. 43, a provvedimenti conservativi «sui beni della parte» esecutanda (art. 47, par. 3).

Sul punto occorre rimandare all'ampia elaborazione dottrinale, oltre che giurisprudenziale, maturata nel regime convenzionale, non senza aver segnalato che l'orientamento maggiormente seguito è quello che, sostanzialmente, ha individuato la misura tipica nei sequestri di natura conservativa - da ritenersi autorizzati dalla stessa emissione del provvedimento esitato dalla prima fase²⁶⁶ -, piuttosto che negli atti di natura direttamente esecutiva conosciuti da altri ordinamenti dell'Unione (in particolare, da quello tedesco, sulla base di apposita previsione normativa).

Si profila, in questa prospettiva, consequenziale che il soggetto dotato dell'*exequatur* di prima fase non debba ulteriormente dimostrare (né il *fumus* e nemmeno) uno specifico *periculum in mora* per poter procedere ad attuare la misura conservativa, data la tipizzazione normativa della fattispecie.

Né la mutata qualità dell'indagine svolta (non necessariamente dal giudice) nella fase unilaterale, in base alla illustrata disciplina regolamentare, pare dover indurre a rimeditazioni nel segno di una maggiore prudenza e, quindi, di un separato riscontro dei requisiti per l'attuazione della misura conservativa: se si perseguisse una siffatta prospettiva, infatti, si segnerebbe comunque un arretramento rispetto alla situazione pregressa e si contrasterebbe la finalità fondamentale della disciplina, tesa all'incentivo della circolazione dei titoli esecutivi giudiziari nello spazio europeo.

²⁶⁵ Di talché coerentemente sent. C. App. Venezia, del 19 gennaio 1988, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, p. 155, ha ritenuto che, nel procedimento di esecuzione della sentenza straniera disciplinato dalla Convenzione di Bruxelles, la formula esecutiva non può essere apposta alla decisione che accorda l'esecuzione prima dello scadere del termine per proporre opposizione previsto dall'art. 36 della Convenzione stessa.

²⁶⁶ Propende per tale linea interpretativa M. DE CRISTOFARO, *Exequatur di sentenze comunitarie e straniere e tutela interinale dell'istante*, in *Giur. it.*, 1998, p. 712-715; con nota di ulteriori richiami; cfr., invece, per l'adesione alla tesi dell'esperibilità del pignoramento sulla scorta dell'*exequatur* impugnato o impugnabile, ma con limitazione degli effetti inerenti all'inizio di esecuzione ai soli profili sostanziali, senza possibilità di compiere gli ulteriori atti espropriativi e con conseguente stato di sospensione necessaria del processo esecutivo, G. CAMPEIS - A. DE PAULI, *Esecuzione di sentenze straniere e provvedimenti conservativi ai sensi della Conv. di Bruxelles del 27 settembre 1968: compatibilità con il sistema processuale italiano*, in *Giust. civ.*, 1987, II, p. 419-420.

In questo quadro sembra non potersi decampare dall'indirizzo a suo tempo fornito dalla giurisprudenza comunitaria²⁶⁷ nell'interpretazione dell'art. 39 della Convenzione di Bruxelles, nel senso che la parte che ha chiesto ed ottenuto l'autorizzazione all'esecuzione può, in pendenza del termine indicato in tale articolo, far procedere direttamente a provvedimenti conservativi sui beni della parte contro cui è chiesta l'esecuzione, senza necessità di ottenere un'autorizzazione specifica e, se l'opposizione viene proposta, può del pari procedervi sino a quando non sia stato statuito su di essa²⁶⁸.

Da tale base la giurisprudenza di merito interna ha - sempre con riferimento al regime convenzionale - tratto il corollario che, nell'ambito del giudizio di cognizione oppositiva al decreto di *exequatur*, non può richiedersi la sospensione di efficacia del decreto opposto nella misura in cui detto decreto implica autorizzazione a compiere provvedimenti conservativi sui beni della parte esecutanda²⁶⁹.

D'altra parte, l'adesione alla tesi della non necessità di un atto ulteriore rispetto all'*exequatur* di prima fase per radicare la legittimazione dell'avente titolo a procedere alla cautela conservativa non esclude la possibilità che ogni eventuale eccesso o errore compiuto dal creditore nell'attuazione la misura conservativa venga riesaminato alla stregua del combinato disposto degli artt. 669 *duodecies* e 677 ss. c.p.c., individuando come giudice del merito per le eventuali contestazioni la Corte d'appello innanzi alla quale sia proposta l'azione avverso la dichiarazione di esecutività.

Del pari, si deve ritenere applicabile la disciplina di cui all'art. 669 *novies* c.p.c. con specifico riguardo all'ipotesi di pronuncia di accoglimento, anche non passata in giudicato, del ricorso avverso l'*exequatur*.

In secondo luogo, l'art. 47, par. 2, ribadisce che la dichiarazione di esecutività implica l'autorizzazione a procedere a provvedimenti cautelari.

L'aggiunta di tale disposizione potrebbe indurre a ritenere che l'ambito della tutela cautelare concessa al destinatario attivo dell'*exequatur* senza necessità di ulteriore provvedimento sia stato esteso oltre la sfera puramente conservativa, poi richiamata al paragrafo successivo con specifico riguardo ai beni della parte esecutanda. Epperò²⁷⁰, sembra operazione ermeneuticamente più congrua ricondurre l'ambito delle iniziative cautelari che il creditore pos-

²⁶⁷ V. la sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 1985 in causa n. 119/84, *Capelloni c. Pelkmans*, in *Foro it.*, 1986, IV, c. 241.

²⁶⁸ Cfr. anche sent. Cass. del 16 novembre 1987, n. 838, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 705; e già sent. C. App. Torino, del 18 aprile 1980, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 164, aveva ritenuto non occorrente una autonoma e distinta pronuncia di autorizzazione alle misure conservative, poiché l'art. 39 della Convenzione riconosce espressamente che la pronuncia che dichiara esecutiva in Italia la decisione straniera implica già l'autorizzazione a procedere.

²⁶⁹ Così ord. C. App. Venezia, del 21 febbraio 1996, in *Giur. it.*, 1998, c. 711 ss.

²⁷⁰ In tal senso condividendosi lo spunto di E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività*, cit. *supra*, nota 169, p. 458-459.

sa assumere sulla pura base dell'*exequatur* - senza alcuna ulteriore mediazione provvedimento - alla sola tutela conservativa: in altri termini, non sarebbe (all'evidenza) sostenibile sulla base degli strumenti del diritto interno l'autonoma iniziativa del destinatario attivo della dichiarazione di esecutività al fine di eseguire direttamente una misura cautelare anticipatoria (ad esempio, del tipo innominato, ex art. 700 c.p.c.) o di arresto (del tipo del sequestro giudiziario), senza il previo ottenimento di specifico provvedimento cautelare del giudice della causa di merito.

Al riguardo ed in terzo luogo, soccorre l'innovazione costituita dal par. 1 dell'art. 47 che, venendo incontro alle indicazioni formulate in tal senso dagli interpreti del regime convenzionale, espressamente disciplina il potere di iniziativa cautelare del titolare della decisione ottenuta in uno Stato membro e che debba essere riconosciuta in conformità del regolamento: a lui è infatti consentito di chiedere provvedimenti provvisori o cautelari secondo la disciplina dello Stato richiesto «senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività ai sensi dell'art. 41».

La sfera di operatività della disposizione è notevolmente più ampia sia sotto il profilo dell'arco temporale preso in esame, poiché il mero ottenimento in uno Stato membro della decisione suscettibile di riconoscimento alla stregua del presente regolamento radica il potere di iniziativa cautelare, e sia sotto il profilo del panorama degli strumenti di tutela, non circoscritto all'ambito conservativo, bensì esteso all'intero ambito cautelare (il Comitato economico e sociale, nel parere reso sulla proposta di regolamento, cita il «sequestro bancario cautelare» come esempio di misura prevista dalla maggior parte degli Stati membri al fine qui perseguito).

Stavolta però incomberà all'interessato di iniziare uno specifico procedimento cautelare, regolato nell'ordinamento italiano dagli artt. 669 *bis* ss. c.p.c. (sicché, fra l'altro, ove egli otterrà un provvedimento cautelare *ante causam*, gli incomberà di iniziare tempestivamente la causa di merito consistente nell'attivazione del procedimento prescritto per l'ottenimento dell'*exequatur*).

Ed, in linea di principio, a lui incomberà di allegare e dimostrare le condizioni legittimanti la somministrazione della cautela volta a volta richiesta e, dunque, il *fumus boni iuris*, innanzi tutto, e poi il secondo requisito (il *periculum in mora* o, quando ne sia il caso, la *causa arresti*), secondo la disciplina interna di rito.

Vero è che il *fumus* dovrebbe essere insito nel fatto di avere - il richiedente - ottenuto la decisione straniera oggetto di potenziale riconoscimento²⁷¹:

²⁷¹ In tale direzione si dirigono pure le riflessioni della relazione accompagnatoria della proposta di regolamento; in dottrine cfr. F. SALERNO, *Giurisdizione*, cit. *supra*, nota 26, p. 279, propende per la sostanziale automaticità del relativo riscontro.

peraltro, anche tale dato, indubbiamente rilevante, non elide l'esigenza che il giudice della cautela debba poter formulare una prognosi favorevole con riguardo alla sussistenza di tutte le condizioni perché il riconoscimento e/o la dichiarazione di esecutività possano poi concretamente seguire (si pensi alla prognosi circa il favorevole esito dei controlli di carattere generale, quale l'appartenenza della decisione all'ambito civile e commerciale, da operarsi anche in prima fase). Sicché, pur costituendo indubbiamente - la decisione emessa nello Stato d'origine - una seria base presuntiva circa la sussistenza del *fumus*, non può escludersi che il giudice interno, al fine del suo riscontro, debba svolgere la relativa prognosi, anche sulla sua base, ma tenendo in conto tutti i fattori rilevanti in relazione alla futura determinazione sul riconoscimento o sull'*exequatur*²⁷².

Piuttosto, l'onere dell'istante in ordine al *fumus* può ritenersi assorbito, almeno in via presuntiva, a partire dal momento in cui egli abbia ottenuto il provvedimento *inaudita altera parte* di prima fase (in tal senso potendo conferirsi ulteriore valenza significativa al disposto del par. 2 dell'art. 47), ferma restando la necessità dell'adeguata prova del secondo requisito legittimante la cautela (come richiesto dall'ordinamento interno).

La novità è senz'altro rilevante, potendo ben darsi che, anche con riguardo a decisione straniera esecutiva (stante la cessata esigenza della sua previa notificazione), il primo atto che attinga la sfera della parte esecutanda sia un provvedimento cautelare e, nel caso in cui sussistano i presupposti di cui all'art. 669 sexies, secondo comma, c.p.c., che esso consista nello stesso decreto interinale di somministrazione della misura richiesta, salva successiva conferma, modifica o revoca; sicché, in tale limitata prospettiva, pur non beneficiando ancora di un vero titolo esecutivo europeo, il creditore, almeno quando sia minacciato da un *periculum in mora* consistente, rinviene nelle nuove disposizioni del regolamento la via per giungere ad un'attuazione immediata di presidi alla sua sfera, anche prima dell'ottenimento dell'*exequatur*.

Il provvedimento conclusivo del procedimento di cognizione è dato, in relazione al rito ordinario da adottarsi, con sentenza. Essa, a seconda di chi abbia iniziato la fase di cognizione piena e del tipo di provvedimento emesso nella fase senza contraddittorio, può statuire l'emissione, la conferma o la revoca dell'*exequatur*.

²⁷² In senso sostanzialmente conforme a questo punto di vista si esprime G. RAITI, *Evoluzione*, cit. *supra*, nota 10, p. 257-258, adducendo ragioni di ordine testuale, laddove la disposizione in esame si profila sottendere una valutazione del giudice della cautela sulla riconoscibilità del titolo straniero, e di ordine sistematico, risultando in certo modo contraddittorio, in relazione al disposto del par. 3 dello stesso art. 47, prefigurare la tutela conservativa automatica soltanto dalla pendenza del termine per la proposizione del ricorso ed ammettere invece l'ottenimento di provvedimenti anticipatori senza alcuna valutazione del *fumus* prima di alcuna dichiarazione di *exequatur*.

Come si è visto, l'art. 48 conferma la possibilità dell'emissione di dichiarazione di esecutività parziale e lo stesso interessato può chiedere una dichiarazione in tal senso, così limitando il tema d'indagine del giudice.

Avverso la sentenza che chiude la fase di cognizione piena è ammessa l'impugnazione prevista dall'art. 44, in relazione all'allegato IV, del regolamento, ossia, per quanto concerne il diritto interno, il ricorso per cassazione.

Non pacifica si profila la risposta all'interrogativo circa la giuridica possibilità di applicare, in pendenza del ricorso per cassazione, il procedimento incidentale di cui all'art. 373 c.p.c. inerente alla sospensione dell'esecuzione, nel concorso dei relativi requisiti; ciò, sul presupposto (anch'esso per la verità non pacifico) che dopo la sentenza emessa dal giudice della cognizione piena e prima del passaggio in giudicato, sussista l'esecutività del relativo titolo (dato dalla decisione straniera, come munita dell'*exequatur*). In un'occasione, la giurisprudenza di merito²⁷³ si è espressa in senso negativo rispetto all'applicazione dell'art. 373 c.p.c., con riguardo al regime convenzionale, sulla scorta della considerazione dell'assenza di disciplina di una tale sospensiva nell'ambito di un procedimento di opposizione ritenuto in sé assorbente e non integrabile quanto alla previsione di rimedi, sia pure interinali, diversi da quelli espressamente contemplati. Parte della dottrina, però, anche quando muove dal presupposto della possibilità di iniziare l'esecuzione dopo la conclusione favorevole del procedimento a cognizione piena attributivo dell'*exequatur*, non nega l'applicabilità del generale rimedio di cui all'art. 373 c.p.c. in caso di ricorso per cassazione e sempre ove ne ricorrano i relativi presupposti²⁷⁴.

Pare utile ricordare che, sia pure in epoca non recente, la giurisprudenza di legittimità interna ha ritenuto, in concreto, inammissibile l'impugnazione per revocazione del decreto della Corte d'appello, dichiarativo (a norma dell'art. 31 della Convenzione di Bruxelles) dell'esecutività in Italia di sentenza francese, essendo stato dedotto un motivo revocatorio che aveva influito sulla sentenza straniera, avendo ritenuto che, per l'ammissibilità del mezzo i vizi oggetto di esso avrebbero dovuto, invece, attenersi direttamente al provvedimento di esecutività della sentenza straniera²⁷⁵.

Sull'attitudine della sentenza emessa dalla Corte d'appello all'esito della fase di cognizione piena a passare in cosa giudicata non possono, quindi, nutrirsi perplessità.

Più delicata si prospetta l'efficacia preclusiva scaturente dalla mancata impugnazione del provvedimento favorevole all'istante conclusiva della fase

²⁷³ V. ord. C. App. L'Aquila, del 28 giugno 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 533.

²⁷⁴ Così M. DE CRISTOFARO, *Exequatur di sentenze comunitarie e straniere*, cit. *supra*, nota 266, p. 712.

²⁷⁵ Così sent. Cass., del 30 maggio 1981, n. 3538, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1020, la quale sulla base di questo rilievo ha ritenuto assorbita la questione della esperibilità della impugnazione per revocazione del decreto di esecutività della sentenza straniera.

a struttura unitale. Il fatto che la delibazione a base della sua emanazione sia ispirata al controllo puramente estrinseco sopra descritto, senza la verifica delle condizioni di non riconoscibilità, coniugato alla parallela attribuzione del potere relativo alla sua emanazione ad organi non necessariamente incardinati nella sfera giurisdizionale, ha indotto qualche interprete ad escludere che il decreto possa connotarsi per una vera attitudine al giudicato assimilabile alla sentenza anche quando sia decorso il termine per l'instaurazione della fase a cognizione piena, sebbene si convenga che il decorso del termine succitato fa insorgere in capo alla parte esecutanda la preclusione a far valere successivamente i motivi di diniego della riconoscibilità non fatti valere nella sede propria²⁷⁶. Per altro verso, ogni tipo di preclusione che si voglia annettere al decreto conclusivo della prima fase con l'attribuzione dell'*exequatur* e non impugnato nei termini merita di essere approfondito, anche sotto il profilo definitorio, tenendo conto della natura dell'autorità che ha titolo ad emanarlo.

È da ricordarsi che la giurisprudenza comunitaria, interpretando l'art. 36 della Convenzione di Bruxelles, si è orientata nel senso che la parte la quale non ha impugnato il provvedimento di *exequatur* ai sensi di tale disposizione, non può far valere nella fase di esecuzione della sentenza straniera un motivo di impugnazione che avrebbe potuto invocare in sede di opposizione al provvedimento di *exequatur*²⁷⁷.

Il regolamento ripropone al capo IV, specificandole (agli artt. 57-58), le condizioni per l'esecutività degli atti pubblici e delle transazioni raggiunte in sede giudiziaria già presente nel regime convenzionale (artt. 50-51).

Gli atti in questione stipulati in uno Stato membro, per essere suscettibili di ricevere il crisma dell'esecutività negli altri Stati membri a cui si applica il regolamento, devono: 1. avere efficacia esecutiva nell'ordinamento di origine; 2. presentare le condizioni di autenticità previste nello Stato in cui sono stati formati (si ricorda che la Convenzione di Bruxelles parla direttamente di atti autentici); 3. concretare atti pubblici, ossia essere perfezionati con l'intervento di una pubblica autorità.

A specificazione di questi requisiti è intervenuta la giurisprudenza comunitaria puntualizzando che il titolo di credito – pur esecutivo secondo il diritto dello Stato d'origine, ma la cui autenticità non sia stata attestata da autorità pubblica o da altra autorità a ciò legittimata da tale Stato – non può

²⁷⁶ In tal senso cfr. S. LA CHINA, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze*, cit. supra, nota 32, p. 422-423, e O. LOPES PEGNA, *Il nuovo procedimento*, cit. supra, nota 227, p. 630; cfr. E. MERLIN, *Riconoscimento ed esecutività*, cit. supra, nota 169, p. 454-455, la quale, come si è visto, sollecita, proprio in relazione alla mutata natura della cognizione sommaria in prima fase, la revisione dell'indirizzo che estende, in regime convenzionale, l'efficacia preclusiva della mancata opposizione anche ai fatti estintivi della pretesa sostanziale sopravvenuti alla decisione straniera.

²⁷⁷ V. la già richiamata sentenza della Corte di giustizia del 4 febbraio 1988 in causa n. 145/86, *Hoffmann c. Krieg*, cit. supra, nota 181.

costituire atto autentico ai sensi dell'art. 50 della Convenzione²⁷⁸. Si è raggiunta questa conclusione sulla base della considerazione che gli atti presi così in esame dalla disciplina uniforme godono, ai fini dell'acquisizione della forza esecutiva nello spazio giudiziario europeo, di un regime di equiparazione alle decisioni (ed, anzi, come si vedrà, di maggior favore rispetto ad esse), per cui è stato conseguente escludere dal loro novero quelli conclusi dai privati senza l'intervento di alcuna pubblica autorità che li abbia autenticati, ove pure l'ordinamento d'origine li inquadri fra i titoli esecutivi.

Di conseguenza, il regolamento, recependo la relativa indicazione, discorre espressamente di atti pubblici.

È da aggiungere²⁷⁹ che l'autenticità conferita all'atto dall'autorità pubblica deve riguardare non soltanto l'aspetto formale e, dunque, la fidejaccia relativa alla sola apposizione della sottoscrizione delle parti stipulanti, bensì anche quella relativa al contenuto, composto dalle dichiarazioni formulate dalle parti e dalle (altre) circostanze avvenute alla presenza dell'autorità stessa (in corrispondenza con la nozione di atto pubblico data, per l'ordinamento interno, dall'art. 2699 c.c., con la forza probatoria configurata dal successivo art. 2700 c.c.).

Il regolamento ha espressamente equiparato agli atti pubblici le convenzioni aventi ad oggetto crediti alimentari concluse davanti ad autorità amministrative o dalle stesse autenticate.

Il rito per la declaratoria di esecutività è individuato (dall'art. 57), *per relationem*, con il richiamo degli artt. 38 e ss.: ciò implica che anche per tali atti vada esperita la prima fase a struttura ed oggetto semplificati già descritta in precedenza.

Infatti, l'adozione della locuzione «istanza» con riguardo all'atto di apertura, ex art. 43, della (sussequente) fase a cognizione piena e (in ogni caso) giudiziale non costituisce indice sintomatico dell'abolizione della prima fase (posto che la stessa locuzione è utilizzata nell'occasione per indicare anche il successivo ricorso, ex art. 44, di natura certamente impugnatoria).

D'altro canto ed *a contrario*, l'elisione della prima fase a struttura unilaterale e semplificata con riguardo a tale settore di operatività del regolamento, con la conseguente la necessità per la parte istante di affrontare subito ed inevitabilmente un giudizio contenzioso, costituirebbe una complicazione rispetto all'assetto stabilito dalle Convenzioni di Bruxelles e Lugano²⁸⁰ difficil-

²⁷⁸ In tale prospettiva si inserisce la sentenza della Corte di giustizia del 17 giugno 1999 in causa n. C-260/97, *Unibank A S c. Christensen*, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 513 (con nota di A. BARONE, *L'atto autentico ai sensi dell'art. 50 della Convenzione di Bruxelles*).

²⁷⁹ Su questo aspetto cfr. le osservazioni di S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit. *supra*, nota 8, p. 239-241.

²⁸⁰ Ed, invero, gli artt. 50 dell'una e dell'altra Convenzione operano un richiamo più lineare e chiaro alla complessiva procedura di *exequatur* che non ingenera alcun dubbio al riguardo.

mente comprensibile.

La produzione a supporto dell'istanza deve comprendere naturalmente l'atto cui si vuole annettere l'efficacia esecutiva ed il corredo costituito dall'attestato formato dall'autorità competente dello Stato d'origine secondo il modello riprodotto dall'allegato VI al regolamento²⁸¹.

Il richiamo delle disposizioni di cui alla sezione 3 del capo III, sia pure «per quanto occorra», induce a ritenere che, sussistendone i presupposti, il giudice o l'autorità altrimenti competente in prima fase possa adottare le prescrizioni integrative o sostitutive di cui all'art. 55, sia pure con tutta la prudenza richiesta dalla diversa natura degli atti che vengono al suo esame.

Va infine segnalato il carattere circoscritto della verifica che sia il giudice di seconda fase, sia quello dell'impugnazione possono compiere per il controllo di propria competenza: essa deve riguardare soltanto l'accertamento sul se l'atto pubblico sia o meno «manifestamente» contrario all'ordine pubblico dello Stato richiesto.

Agli atti pubblici sono assimilate, ai presenti fini, le transazioni giudiziarie, ossia quelle che le parti concludono davanti al giudice nel corso del processo che si caratterizzano, nell'ordinamento dello Stato d'origine, per avere efficacia esecutiva. Circa il procedimento ed il tipo di controllo riservato al giudice nella seconda fase (ed eventualmente nel successivo giudizio di impugnazione) valgono, quindi, per gli accordi raggiunti innanzi al giudice le regole ed i limiti previsti per gli atti pubblici (stragiudiziali). Quanto all'atte-

²⁸¹ Il formulario è articolato come segue:

1.	Stato membro d'origine
2.	Autorità competente che rilascia l'attestato
2.1	Nome
2.2	Indirizzo
2.3	Tel./fax/posta elettronica
3.	Autorità che ha autenticato l'atto
3.1	Autorità intervenuta nella formazione dell'atto pubblico (se del caso)
3.1.1	Nome e titolo dell'autorità
3.1.2	Sede dell'autorità
3.2.	Autorità che ha registrato l'atto pubblico (se del caso)
3.2.1	Tipo di autorità
3.2.2	Sede dell'autorità
4.	Atto pubblico
4.1	Descrizione dell'atto
4.2	Data
4.2.1	alla quale l'atto è stato formato
4.2.2	alla quale è stato registrato
4.3	Numero di riferimento
4.4	Parti in causa
4.4.1	Nome del creditore
4.4.2	Nome del debitore
5.	Testo dell'obbligazione da eseguire allegato al presente attestato
	L'atto pubblico ha efficacia esecutiva nei confronti del debitore dello Stato membro d'origine (art. 57, par. 1, del regolamento)
	Fatto a data
	Firma e/o timbro

stato da accludere all'atto oggetto dell'istanza esso è, tuttavia, da predisporli sul modello di cui all'allegato V al regolamento (quello comune agli atti giudiziari e già ricordato in precedenza).

Si è detto dell'ambito limitato della verifica che occorre compiere nella fase sommaria e di quello, pure circoscritto, che compete al giudice pure in sede di cognizione piena.

Tuttavia, non ci si può dimenticare che (al pari di quanto si è osservato con riguardo alle decisioni) anche per gli atti pubblici e per le transazioni giudiziarie sussiste l'esigenza che, fin dalla prima fase, oltre al riscontro della regolarità e completezza della documentazione acclusa a corredo dell'istanza introduttiva, vengano svolti quei controlli generalissimi già indicati con riferimento alle decisioni, ossia: *a.* che l'atto rientri nel concetto di atto pubblico o di transazione giudiziaria, come sopra puntualizzati; *b.* che l'oggetto dell'atto pubblico o della transazione riguardi materia ricompresa nel campo di applicazione circoscritto dal capo I del regolamento stesso; *c.* ove si ritenga che anche per questi atti sussiste il potere del giudice o dell'autorità competente di ammettere, ex art. 55, la documentazione succedanea all'attestato o di disporre l'esenzione, che l'atto esaminato sia esecutivo secondo l'ordinamento dello Stato d'origine.

Vincenzo Siani*

* Magistrato.

I CORRIDOI PANEUROPEI DEI TRASPORTI: UNA COMBINAZIONE DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DI DIRITTO COMUNITARIO PER "COLLEGARE" IL CONTINENTE¹

Sommario: 1. *L'iniziativa comunitaria* - 2. *Il quadro paneuropeo di soft law* - 3. *I Trattati internazionali in materia di trasporti* - 4. *Accordi e forme di coordinamento a carattere regionale* - 5. *I memoranda of understanding* - 6. *Gli accordi comunitari* - 7. *Le rotte Europa-Asia nell'ottica della globalizzazione* - 8. *Una nuova politica dei trasporti internazionali o un nuovo modello per le relazioni est/ovest?*

1. L'iniziativa comunitaria

Per corridoi paneuropei si intendono quei dieci assi prioritari che attraverseranno l'intero continente da nord a sud e da est a ovest, al fine di garantire il trasporto multimodale, le telecomunicazioni, il trasferimento di flussi di energia ed altro ancora. Nel presente studio, tuttavia, l'attenzione è rivolta principalmente ai trasporti, e dunque all'importanza strategica che questo progetto riveste al fine di creare tra tutti i Paesi del continente europeo una circolazione effettiva di prodotti servizi e persone, circolazione che è già un primo stadio di integrazione.

La concezione dei corridoi intesi come percorsi preferenziali, come direttrici di flussi di merci, di persone, di comunicazioni e di influenze culturali, non è nuova. La storica via della seta o le vie delle spezie, i percorsi attraver-

¹ Il presente lavoro sintetizza parte di una ricerca più ampia coordinata insieme a *EDOARDO CHITI* nell'ambito dell'Istituto superiore universitario di formazione interdisciplinare (Isufi), pubblicata con il titolo *I corridoi paneuropei. Ragioni, fonti, amministrazione* per i tipi della casa editrice Argo di Lecce. Un ringraziamento speciale va a *LAURA LEZZI* per aver sistematizzato la congerie di accordi che legano l'Unione europea ai Paesi dell'Europa centrale e orientale e dell'ex Unione sovietica, di cui al par. 6.

so cui si snodavano i pellegrinaggi medioevali hanno precorso l'odierna idea dei tracciati multimodali che attraversano più Stati: una volta si fondavano sull'autolimitazione dei soggetti internazionali interessati, Stati e potentati, che permettevano il passaggio a mercanti e pellegrini, oggi su accordi internazionali che prevedono il libero scambio se non addirittura la libera circolazione.

In un contesto di crescente globalizzazione, ha acquisito nuovo slancio l'esigenza per gli Stati di avere accesso a linee di comunicazione che inseriscano il Paese nel *network* dei traffici globali, poiché il costo e il tempo del trasporto incidono sul prezzo finale e si rivelano fattori di concorrenza². A rendere un percorso troppo costoso o poco efficiente intervengono la morfologia dei territori attraversati e la qualità delle infrastrutture, ma anche condizioni politiche e giuridiche, come la stabilità e la sicurezza negli Stati e il diritto interno e internazionale che vi si applica, traducendosi in dazi doganali, tempi di attraversamento delle frontiere, maggiore o minore armonizzazione delle specifiche tecniche tra reti di trasporto e permeabilità al transito delle merci e delle persone.

Accordi internazionali bilaterali e multilaterali, cooperazione amministrativa tra Stati e modifiche della normativa interna possono avvantaggiare un percorso a discapito di un altro. Il diritto è dunque elemento essenziale da prendere in considerazione per l'affermazione di un corridoio. Quale che sia il percorso tracciato sulle carte, infatti, nulla impedirà agli operatori economici di percorrere altre rotte più competitive, magari a causa di modifiche del quadro politico, né si può escludere che corridoi immateriali come le rotte aeree possano fare concorrenza alle costose infrastrutture di terra³.

Sebbene i corridoi paneuropei evochino *in primis* l'immagine di nuove infrastrutture che attraversano il continente – treni veloci, autostrade, interporti – queste potrebbero quindi rivelarsi un colossale spreco di denaro se la stabilità politica e il quadro normativo non consentiranno che esse possano essere produttive.

Per osservare sotto la giusta luce il ruolo propulsivo svolto dall'Unione europea bisogna considerarlo nella sua interezza: proposizione e partecipazione alla realizzazione di grandi assi infrastrutturali, ma anche predisposizione del quadro normativo tramite accordi bilaterali e multilaterali e, infine,

² Svitati fattori possono influire sul costo e sul tempo del trasporto, quindi sul prezzo finale del prodotto. L'ex-Yugoslavia era una volta percorsa dai camion che portavano i prodotti europei in Turchia e viceversa. La guerra ha segnato una brusca interruzione dei collegamenti. I traffici commerciali hanno scelto spontaneamente altre rotte, viaggiando per aria e per mare. La rotta jugoslava non è stata ripristinata neanche dopo la guerra, non solo per i danni causati dal conflitto quanto a causa dei rapporti poco amichevoli tra i Paesi dell'area che ad essa sono seguiti, rendendo le frontiere poco permeabili e scoraggiando i collegamenti, ad ulteriore dimostrazione del fatto che le circostanze che determinano l'itinerario di un corridoio sono economiche, politiche e giuridiche.

³ Le previsioni di Boeing e Airbus coincidono nello stimare che i volumi di merci trasportate da aerei cargo raddoppieranno tra il 2000 e il 2020.

supporto alla stabilità politica perché essi possano trovare applicazione. Nelle pagine che seguono si affronteranno dunque i principali passaggi giuridici attraverso cui i corridoi paneuropei sono stati creati, si sono predisposti strumenti atti a permetterne il funzionamento e a dare ad essi un contenuto di diritto.

Strettamente funzionali alla stessa esistenza dei corridoi sono le prime tre categorie di fonti cui si farà riferimento: le dichiarazioni delle conferenze paneuropee dei ministri dei trasporti, i Trattati di natura tecnica in materia di infrastrutture e di trasporti e i *memoranda* che istituiscono, per ciascun corridoio un comitato di gestione. Sono funzionali principalmente alla stabilità e alla creazione di un clima di cooperazione, invece, le organizzazioni internazionali a carattere regionale e le iniziative di cooperazione più o meno *soft* che caratterizzano le differenti aree interessate. Infine, a nostro avviso, è il diritto comunitario a dare contenuto alla nozione di corridoio attraverso i molteplici accordi bilaterali conclusi con gli Stati interessati ai tracciati, che, pur variando d'intensità, favoriscono la circolazione delle merci e dei servizi e la cooperazione in materia di trasporti.

La realizzazione e la gestione di questi percorsi è affidata a soggetti diversi le cui sfere di competenza e di intervento si intersecano, quali la Conferenza europea dei ministri dei trasporti (CEMT), il G24⁴, la Commissione economica per l'Europa delle Nazioni unite (UN-ECE) e svariate organizzazioni regionali.

È altrettanto vario il quadro delle fonti di finanziamento dei singoli progetti infrastrutturali che concorrono a comporre ciascun corridoio: la categoria dei donatori comprende Stati terzi, anche esterni all'area europea, e organizzazioni internazionali. Tra queste figurano le organizzazioni internazionali economiche e finanziarie (FMI, Banca mondiale, Banca europea di ricostruzione e sviluppo) e, ancora una volta, l'Unione europea, che sostiene tali iniziative sia attraverso propri programmi⁵ che attraverso la Banca europea degli investimenti (BEI)⁶.

⁴ In occasione del vertice G-7 di Parigi nel luglio 1989, fu istituito un *forum* speciale, il Gruppo dei 24 (G-24), incaricato di studiare i modi ed i mezzi per fornire assistenza tecnica e finanziaria volta a facilitare la transizione degli Stati dell'Europa centrale ed orientale verso un'economia di mercato. Il coordinamento dell'assistenza fornita dai donatori del G-24, costituito dagli allora 12 Stati membri della CEE, dai 6 Stati EFTA e da Australia, Canada, Giappone, Nuova Zelanda, Turchia ed USA – tutti membri dell'OCSE – fu affidato alla Commissione europea. In questo quadro, la Comunità istituì con regolamento n. 3906/89/Cee un programma di assistenza tecnica e finanziaria a favore di Polonia ed Ungheria (PHARE), successivamente esteso a favore di altri 11 Stati dell'Europa centrale ed orientale e dei Balcani.

⁵ Vedi *infra*, par. 6.

⁶ Nei 13 Paesi dell'Europa centrale e orientale a cui si indirizza la sua attività di prestito la BEI rappresenta la principale singola fonte di finanziamento a lungo termine dell'area. Dal 1990 ad oggi i mutui per i trasporti hanno rappresentato più della metà dell'attività di prestito totale verso questi Paesi e la sua attività si è esplicata lungo i tracciati dei dieci corridoi paneuropei. Vedi W. CERNOIA

2. Il quadro paneuropeo di *soft law*

I testi fondamentali per la ricostruzione della natura giuridica e dei connotati tipici dei corridoi paneuropei sono le dichiarazioni prodotte dalle Conferenze paneuropee dei Ministri dei Trasporti⁷.

La prima di queste, tenutasi a Praga nell'ottobre 1991, ha inaugurato un metodo di lavoro: su iniziativa del Parlamento e della Commissione delle Comunità europee - in collaborazione con la Presidenza di turno, la Conferenza europea dei Ministri dei Trasporti (CEMT⁸), la Conferenza europea dell'aviazione civile e la Commissione economica per l'Europa delle Nazioni unite (UN-ECE)- sono stati convocati tutti i soggetti che interagiscono nel settore dei trasporti. I rappresentanti dei Governi e dei Parlamenti europei, delle Comunità, delle organizzazioni internazionali, governative e non, si sono riuniti a Praga per tre giorni di discussioni con l'intento di dare un seguito alla Carta di Parigi per una nuova Europa, firmata l'anno precedente in sede di CSCE⁹, e di portare a sintesi differenti processi di coordinamento delle politiche dei trasporti che trovavano luogo in diverse sedi internazionali¹⁰.

All'origine di questo processo vi è - in sede comunitaria - un *memorandum* presentato dal Governo olandese e discusso nei Consigli europei di Dublino (giugno 1990) e Roma (dicembre 1990), intitolato «Una politica dei trasporti per l'Europa».

L'obiettivo previsto dalla Dichiarazione di Praga è la realizzazione di un sistema paneuropeo dei trasporti che rispetti i principi dell'economia di mercato e della *fair competition*, coerente con gli obiettivi di politica sociale, ambientale, energetica, dotato dei requisiti di sicurezza e, infine, privo di

- M. CINGOLANI, *Prestiti BEI per lo sviluppo dei trasporti in Europa centrale e orientale: il corridoio V*, in *Est/Ovest*, n. 6/1999.

⁷ Reperibili sul sito www1.oecd.org/cem/topics/paneurop/index.htm.

⁸ La Conferenza europea dei Ministri dei Trasporti (CEMT), fondata il 17 ottobre 1953, comprende i Ministri di 42 Paesi europei: Albania, Austria, Azerbaijan, Bielorussia, Belgio, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croazia, repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Repubblica Federale di Yugoslavia, FYR Macedonia, Georgia, Germania, Grecia, Ungheria, Islanda, Irlanda, Italia, Lettonia, Liechtenstein, Lituania, Lussemburgo, Malta, Moldavia, Olanda, Norvegia, Polonia, Portogallo, Romania, Russia, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia, Ucraina, Regno Unito. Ci sono sei Paesi associati (Australia, Canada, Giappone, Nuova Zelanda, Repubblica di Corea e Stati Uniti) e due osservatori (Armenia e Marocco). Vedi in proposito A. RATHERY, *La politique des transports au sein de l'OCDE. Le rôle de la CEMT*, in *L'Europe des transports. Régulation, Déregulation Impact du passage à l'euro*, XII Congrès de l'Union des Avocats Européens, Marseille 8-9 octobre 1998, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 13 ss.

⁹ Firmata il 21 novembre 1990, in occasione del Summit della Conferenza per la sicurezza e la cooperazione in Europa, riportata in <http://www.osce.org/docs/english/1990-1999/summits/paris90e.htm>.

¹⁰ Oltre alle organizzazioni che hanno collaborato alla organizzazione della Conferenza di Praga, il riferimento è alla Commissione centrale per la navigazione sul Reno, alla Commissione del Danubio, alla Conferenza europea dell'aviazione civile, a Eurocontrol, all'Organizzazione internazionale dell'aviazione civile, all'Organizzazione internazionale marittima, alla Conferenza delle Nazioni unite per il commercio e lo sviluppo e ad altre ancora.

restrizioni. La pianificazione pan-europea di un *network* infrastrutturale rappresenta il superamento di concezioni puramente nazionali. Essa consiste sia nella creazione di nuove linee che nella modernizzazione e connessione di quelle esistenti, sulla base di *standard* comuni. La politica dei trasporti di terra deve coniugarsi con la liberalizzazione del trasporto aereo e un efficace controllo dello stesso, con il mantenimento della libertà di navigazione, con adeguate garanzie per la sicurezza, con eque condizioni di lavoro e un ridotto impatto ambientale.

Il tenore di questa "lista dei desideri" consente di riconoscere nell'atto quel diritto morbido – o *soft law* – che si esprime attraverso atti dal tono raccomandatorio o declaratorio. È, d'altronde, l'esito naturale di una conferenza aperta che non è certamente soggetto di diritto internazionale né si qualifica come tavolo di negoziazione di un accordo multilaterale tra soggetti di diritto internazionale, ma che – tuttavia – per l'elevato livello di rappresentatività dei suoi partecipanti e grazie alla modalità deliberativa per *consensus*¹¹, non genera atti del tutto privi di effetti giuridici¹².

Il carattere di atto di indirizzo affiora in maniera più evidente allorché la Conferenza di Praga considera il modo in cui la cooperazione paneuropea "dovrebbe" essere messa in pratica: coordinando le misure urgenti che devono essere adottate dai soggetti interessati (Stati *in primis*) per migliorare la situazione degli assi infrastrutturale più importanti, facendo ricorso a tutti gli strumenti finanziari esistenti. Come espressamente puntualizzato, la discussione deve proseguire – «pragmaticamente» organizzata dalla Comunità europea e dalle organizzazioni interessate – «senza creare nuove istituzioni»¹³, assemblando e valutando al livello appropriato le politiche esistenti nonché il funzionamento e lo sviluppo degli accordi ed identificando i punti di criticità della rete dei trasporti e gli assi strategici.

La dichiarazione viene inviata a una lunga lista di soggetti internazionali coinvolti a vario titolo nel processo così delineato per assicurarle un seguito. Vi si preannuncia, in chiusura, la convocazione di una seconda conferenza.

La Conferenza di Praga merita di essere ricordata per il varo di un'iniziativa che non ha ancora contorni definiti: l'impiego del condizionale e la genericità delle raccomandazioni prive di destinatari precisamente identificabili rende effettivamente difficile un *follow up* concreto. È, tuttavia, l'avvio di un

¹¹ È così detta quella modalità di deliberazione, che ricorre nella prassi di molte organizzazioni internazionali, per la quale un atto si intende adottato in assenza di obiezioni espresse.

¹² Ci sembra si configuri in questo caso un'ipotesi di ciò che M. PANEBIANCO definisce «*soft law* euro-continentale», sebbene l'espressione sia coniata per il diritto dell'OSCE. Caratteri essenziali delle norme sono per questo autore la non obbligatorietà, l'adozione per *consensus* e il carattere di *self regulation*. Vedi M. PANEBIANCO - A. DI STASI, *L'Euro-G8. La nuova Unione europea nel Gruppo degli Otto*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 21.

¹³ Così nel testo, parte B, punto 2.

processo che consentirà di giungere alla seconda conferenza con un livello maggiore di preparazione¹⁴.

Il processo che, dalla dichiarazione di Praga, porta alla successiva conferenza di Creta è di progressiva precisazione degli obiettivi, degli strumenti e delle responsabilità. Quanto al metodo, la novità più interessante della Conferenza di Creta del 1994 è la creazione di un «Comitato d'orientamento» composto di rappresentanti del Parlamento europeo, della Commissione, della Conferenza europea dei trasporti della Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite, nonché di altre organizzazioni competenti per il settore. Il suo compito è coordinare i lavori delle conferenze intermedie e preparare la terza conferenza paneuropea¹⁵.

L'attività di indirizzo svolta dalle prime due Conferenze paneuropee sortisce effetti concreti. Sebbene le dichiarazioni finali siano intese di natura politica non direttamente produttive di effetti giuridici, è innegabile la loro attitudine a definire una strategia, messa successivamente in atto da soggetti che agiscono ciascuno con i propri strumenti e nell'ambito delle proprie competenze. Ciò è dimostrato dal preambolo della dichiarazione adottata dalla terza conferenza paneuropea dei trasporti (Helsinki, giugno 1997) che elenca i progressi compiuti nelle varie sedi in direzione di una politica paneuropea dei trasporti.

L'Unione europea si è adeguata, per la propria parte, attraverso la conclusione di accordi e la predisposizione di programmi di assistenza finanziaria¹⁶; la Commissione economica per l'Europa dell'ONU ha predisposto accordi vincolanti di carattere tecnico¹⁷; la Conferenza europea dei Ministri dei trasporti ha adottato svariate risoluzioni. È sottolineato, al punto F, il contributo di organizzazioni e conferenze regionali e settoriali, che proliferano nei secondi anni Novanta nell'Europa centrale e orientale¹⁸.

La dichiarazione di Helsinki porta a compimento il processo di precisazione di obiettivi, principi e strumenti. Il ruolo delle conferenze paneuropee si esaurisce con essa: la strategia è ormai compiutamente definita e non manca più che la realizzazione.

¹⁴ Intervengono, nel frattempo – tutti stipulati dalla Comunità –, l'accordo sullo Spazio economico europeo con i Paesi EFTA; gli accordi di transito con Austria, Svizzera e Slovenia; numerosi accordi di cooperazione o associazione con Paesi dell'Europa centrale e orientale, accordi di carattere tecnico in materia di trasporti nelle organizzazioni più specificamente competenti e persino delle conferenze dei trasporti decentrate per macroregioni: le regioni del Mar Baltico, del Mar di Barents, dell'Europa Centrale, dell'Europa Sud-orientale, del Mediterraneo.

¹⁵ Ne dà notizia il Rapporto della Commissione trasporti e turismo del PE sul seguito della Conferenza di Helsinki su una politica paneuropea dei Trasporti, A4-0057/99, nella motivazione della proposta di risoluzione in materia.

¹⁶ Vedi *infra*, par. 6.

¹⁷ Vedi il paragrafo successivo.

¹⁸ Vedi *infra*, par. 4.

Ai corridoi, divenuti dieci, si sono aggiunte quattro zone che, essendo aree di navigazione, non possono tradursi in un tracciato preciso, ma richiedono un'infrastrutturazione diffusa¹⁹.

La Conferenza europea dei Ministri dei trasporti continua a seguire il processo di attuazione delle statuizioni di Helsinki, in particolare nei Paesi membri non comunitari, undici in tutto. La pianificazione e la verifica dei progetti relativi ai corridoi è in gran parte compiuta dal gruppo dei ventiquattro, composto di Paesi dell'Unione e di altri quindici Paesi OCSE, istituito presso la Commissione europea. Per il finanziamento dei progetti, in parte con fondi PHARE e TACIS, gli Stati interessati a ciascun corridoio devono firmare tra loro un *memorandum of understanding*²⁰.

Nel maggio 2000 la CEMT si riunisce di nuovo a Praga, per fare il punto della situazione. In quella sede si constatano dei progressi sotto quattro punti di vista: nella graduale liberalizzazione degli accessi al mercato, nell'armonizzazione legislativa, nell'attraversamento delle frontiere e nell'introduzione di sistemi di verifica ambientale. In tale sede si verifica anche il buon funzionamento della cooperazione tra Unione europea, Commissione economica per l'Europa dell'ONU e CEMT, alla base di molti progressi. Oggi la CEMT, esaurita un'importante fase progettuale, rimane la principale sede di raccordo paneuropea dell'attività di una molteplicità di organizzazioni internazionali che interagiscono nel campo dei trasporti –OCSE²¹ e Unione europea *in primis* – con le quali ha solidi rapporti di cooperazione.

3. I Trattati internazionali in materia di trasporti

Una politica dei trasporti paneuropea richiede, quale necessario complemento, l'adozione di parametri comuni di carattere tecnico, che rendano concretamente possibile l'interconnessione tra le reti nazionali ovvero l'interoperabilità. A fare da moltiplicatore delle singole reti di trasporto è poi l'intermo-

¹⁹ Le quattro zone di trasporto pan-europee sono la regione artica dell'Europa, il bacino del Mar Nero, il bacino del Mediterraneo e la zona adriatica/ionica.

²⁰ Vedi A. VINCI GIACCHI, *Il disegno di una rete transeuropea di trasporto*, in *Est Ovest* n. 6/1999.

²¹ Nella Dichiarazione *Future Direction Of ECMT*, CEMT/CM(2003)12/Final, adottata a Bruxelles il 30 aprile 2003 si legge infatti: «The Ministers agree to create a joint ECMT-OECD Transport Research Centre, in which members of the two organisations will have full and equal rights. The purpose of this Centre, which is to be established by the beginning of 2004 if possible, will be to merge the ECMT's research activities and the OECD's Road Transport Research Programme and provide a much wider international forum devoted to research and related discussions on surface transport with a new intermodal perspective. Ministers look for synergies and economies of scale, within the existing budgetary contributions of the ECMT and the OECD Member countries. Reports and other products of the Research Centre's activities will be submitted to the Transport Ministers of ECMT and Associate Countries in an enlarged Council of the ECMT. The work and operation of the Centre will be reviewed regularly to optimise its effectiveness».

dalità ovvero la possibilità del trasporto combinato, che consenta alle merci di avvalersi in uno stesso viaggio di più modalità di trasporto, ovvero, di volta in volta, di quella più efficiente e che più si addice alle specificità del territorio attraversato²². Questa a sua volta richiede un'armonizzazione tecnica sufficiente a consentire al medesimo *container* di essere trasferito da un mezzo di trasporto all'altro e, naturalmente, dei terminali in cui sia possibile il passaggio da una modalità di trasporto all'altra. Se a ciò si aggiunge la necessità di creare *standard* comuni anche per la sicurezza, la tutela del consumatore e la salvaguardia dell'ambiente, si realizza agevolmente come i due obiettivi dell'interoperabilità e dell'intermodalità richiedano una quantità di norme di armonizzazione e di specifiche tecniche uniformi.

Questa armonizzazione avviene in parte per l'adesione, più o meno spontanea, a *standard* internazionali -la c.d. «normalizzazione»- e, in larga misura, attraverso la sottoscrizione e la ratifica di Trattati multilaterali. Gli accordi sono, infatti, lo strumento più tipico per l'introduzione di norme vincolanti nei Paesi interessati.

La sede in cui molte disposizioni uniformi sono state oggetto di negoziato è la Commissione economica per l'Europa delle Nazioni unite, che ha prodotto dagli anni Cinquanta ad oggi cinquantacinque accordi di armonizzazione legislativa e tecnica relativi ai trasporti. Particolarmente rilevanti, ai fini della realizzazione delle grandi linee paneuropee di comunicazione sono le convenzioni in materia di infrastrutture: l'Accordo europeo sulle principali arterie di traffico su strada (AGR) del 15 novembre 1975; l'Accordo europeo sulle principali linee ferroviarie internazionali (AGC) del 31 maggio 1985; l'Accordo europeo sulle linee internazionali importanti per il trasporto combinato e installazioni connesse (AGTC) del 1° febbraio 1991 e l'annesso Protocollo sul Trasporto combinato nelle acque interne del 17 gennaio del 1997; l'Accordo europeo sulle principali vie navigabili interne di importanza internazionale (AGN) del 19 gennaio 1996. Sono parti contraenti di questi accordi la quasi totalità dei Paesi europei, compresi quelli dell'Europa orientale, la Turchia e sempre più Stati dell'ex Unione sovietica.

Hanno costituito oggetto di accordi anche il traffico su strada, i segni e segnali convenzionali, la manutenzione dei veicoli, le condizioni di lavoro sugli stessi, la tassazione, i contratti di trasporto, il trasporto di merci pericolose, l'attraversamento delle frontiere e altro ancora²³. L'UN-ECE concepisce

²² L'intermodalità è oggetto di specifico approfondimento attraverso il progetto Intermoda della Comunità nell'ambito dell'attività di ricerca e sviluppo, programma «*Promoting Competitive and Sustainable Growth*», Key action «*Sustainable Mobility and Intermodality*». Il progetto ha l'obiettivo di creare un sistema integrato di trasporto tra Unione europea e Paesi dell'Europa centrale e orientale e contribuire ad una politica comune dei trasporti, vedi il sito <http://www.intermoda.org>.

²³ Sul sito <http://www.unece.org/trans/conventn/legalinst.html> sono reperibili tutti gli accordi negoziati in seno all'UN-ECE.

la Comunità come il motore dell'economia europea e, di fatto, propone all'intero continente gli *standard* tecnici e legislativi frutto dell'elaborazione comunitaria. L'Unione europea, dal canto suo, considera norme e *standard* dell'UN-ECE come elementi costitutivi dell'*acquis* comunitario, di cui pretende l'applicazione da parte dei Paesi di prossima adesione²⁴.

Norme in materia di trasporto aereo e marittimo sono, invece, state elaborate nell'ambito di organizzazioni specializzate in tali settori²⁵.

4. Accordi e forme di coordinamento a carattere regionale

Sulla base dei documenti politici di indirizzo – che tracciano la strategia da seguire per la realizzazione della rete infrastrutturale paneuropea – e sul terreno preparato dall'armonizzazione tecnica e, in misura minore, legislativa, si innestano delle realtà differenziate da un'area all'altra, non solo dal punto di vista del sistema dei trasporti, ma soprattutto della realtà politica, sociale ed economica. I singoli corridoi si trovano ad attraversare aree disomogenee tra loro, alcune già coese per ragioni storiche prima che politiche, altre attraversate da profonde divisioni.

Le prime hanno indubbiamente una maggiore capacità di auto-organizzazione, le seconde, come l'area balcanica, hanno beneficiato del supporto esterno al fine di realizzare non solo la rete infrastrutturale quanto, soprattutto,

²⁴ C. COSGROVE-SACKS, *The Role of the Economic Commission for Europe in The Enlargement of the European Union*, New York- London, Routledge, 1999, p. 56 ss.

²⁵ Per quanto riguarda il trasporto aereo, una di queste è la Conferenza europea dell'aviazione civile (ECAC), organizzazione intergovernativa che elabora risoluzioni e raccomandazioni rivolte ai 38 Stati membri e ha promosso anche importanti accordi. L'ECAC è attiva nella gestione della circolazione aerea e si interessa di materie quali la responsabilità dei trasportatori aerei, la protezione dell'ambiente, la sicurezza. Questa si avvale altresì delle Autorità congiunte dell'aviazione (JAA), organismo ad essa associato che riunisce le autorità di regolamentazione e di controllo dell'aviazione a livello nazionale, particolarmente attiva nel campo della sicurezza. Tali norme si sommano, naturalmente, agli *standard* internazionali, alle pratiche raccomandate e alle procedure fissate, a livello planetario, dall'Organizzazione internazionale dell'aviazione civile (Vedi ICAO Treaty collection, sul sito http://www.icao.int/cgi/goto_leb.pl?icao/en/leb/treaty.html) Più penetrante il ruolo di Eurocontrol, programma di miglioramento della gestione del traffico aereo in Europa, attraverso lo sviluppo di progetti nei settori delle comunicazioni, delle operazioni aeroportuali, della gestione del traffico aereo, della sorveglianza, della navigazione, delle risorse umane, della gestione dei dati. Citiamo per completezza anche l'Agenzia europea per la sicurezza aerea, istituita con regolamento n. 1592/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio adottato il 15 luglio 2002 (*Guce* n. L 240 del 7 settembre 2002), operativa dal settembre 2003. Ne discenderà una nuova regolamentazione comunitaria in materia di sicurezza e protezione ambientale nell'aviazione civile.

Funzione analoga a quella svolta dalle summenzionate organizzazioni nel campo del traffico aereo è quella esercitata, per la navigazione, dall'Organizzazione internazionale marittima (IMO). Al primo posto tra gli obiettivi che essa persegue figurano la sicurezza e, più recentemente, la protezione dell'ambiente; dalla sua creazione ha promosso l'adozione di circa quaranta Convenzioni multilaterali su questi temi. A livello regionale si segnalano l'Agenzia di cooperazione per l'Europa del mare (ACEM) e l'Agenzia europea per la sicurezza marittima, entrambe create in sede comunitaria, sebbene la prima sia aperta agli operatori economici non solo dei Paesi membri, ma anche degli Stati candidati.

to, le precondizioni per una reale cooperazione tra gli Stati: la pace e la stabilità. Questo spiega le profonde differenze tra aree, oggetto di differenti forme di cooperazione regionale. È impossibile inquadrare in un'unica categoria queste forme di aggregazione, alcune infatti sono qualificabili come vere e proprie organizzazioni internazionali, sebbene differiscano tra loro per struttura e competenze²⁶, altre poggiano su atti di carattere non vincolante – definiti da alcuni autori intese di natura politica e da altri atti di *soft law*²⁷ – ma ciò non toglie che possano essere in grado di dar vita ad efficaci forme di coordinamento tra Stati o addirittura ad iniziative comuni o congiunte.

È utile precisare che i tavoli di coordinamento e le organizzazioni regionali non nascono necessariamente per la realizzazione dei corridoi. Al contrario, in molti casi rappresentano forme di cooperazione pluritematiche. Tuttavia, la necessità degli Stati di cooperare per realizzare una politica dei trasporti coordinata rappresenta uno dei fattori di coesione. In secondo luogo, la creazione di efficienti linee di comunicazione è considerata una condizione essenziale per la cooperazione economica, la crescita e lo sviluppo, cui queste forme organizzative sono generalmente finalizzate.

Non sempre l'intervento comunitario ha avuto un effetto diretto sulla creazione di queste forme di collaborazione. Sicuramente questo è vero per l'area balcanica, che più delle altre ha richiesto un intervento esterno perché si innescasse un processo di cooperazione tra Stati che uscivano dalla guerra

²⁶ Ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati (1969) è organizzazione internazionale un'organizzazione «tra governi». Come puntualizza S. MARCHISIO vi sono alcuni requisiti indispensabili perché si possa parlare di organizzazioni internazionali: «sono associazioni di Stati che hanno a fondamento un accordo internazionale, in cui è consegnata la volontà dei soggetti partecipanti di realizzare fini comuni attraverso un'attività unitaria. Tale accordo si pone nello stesso tempo quale presupposto storico-normativo per l'effettiva instaurazione dell'organizzazione internazionale come ente indipendente sul piano dei rapporti internazionali, dotato di ordinamento e struttura stabili e permanenti», in *L'ONU. Il diritto delle Nazioni unite*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 21. Tale definizione presenta forti analogie con quella fornita da R. MONACO nel suo *Manuale di Diritto internazionale pubblico*, Torino, Utet, 1971, p. 313, per cui un'organizzazione internazionale è «un'unione di più soggetti di diritto internazionale, costituita su base paritaria, dotata di un proprio ordinamento e di organi e di istituti suoi propri, mirante a conseguire, conformemente al suo atto istitutivo, finalità comuni ai membri che la compongono».

²⁷ Discussa è la natura giuridica delle aggregazioni tra Stati originate da atti di *soft law*. Intese politiche sono definiti gli atti che danno vita alla Conferenza (poi Organizzazione) per la sicurezza e la cooperazione in Europa da B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1997, p. 72; *soft law* sono definiti gli stessi atti da M. PANEBIANCO in M. PANEBIANCO - A. DI STASI, *L'Euro-G8, cit. supra*, nota 12, *ibid.* Quest'ultimo autore teorizza l'esistenza di una tripartizione, tra organizzazioni supranazionali, internazionali e metanazionali; quest'ultima categoria sarebbe quella delle conferenze istituzionalizzate ovvero riunioni periodiche di organi nazionali omologhi, organizzazioni di fatto prive di autonomia e di personalità, ovvero pseudo-organizzazioni. Vedi M. PANEBIANCO - G. MARTINO, *Elementi di diritto dell'Organizzazione internazionale*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 3. Per S. MARCHISIO l'OSCE rappresenta un'ipotesi di organizzazione internazionale consolidatasi in assenza di un patto di unione, ma ciononostante dotata di apparato organico il cui funzionamento si basa su comportamenti concludenti degli Stati partecipanti, *ibid.* All'iniziativa centro europea (INCE), di cui si dirà nel testo, potrebbero riferirsi le stesse divergenze dottrinarie. G. BAIocchi la definisce un'organizzazione internazionale "*latu senso*", ma sprovvista di soggettività internazionale in *Lo status giuridico dell'INCE*, in *Rivista di Studi politici internazionali*, 2001, p. 79 ss.

che li aveva visti l'uno contro l'altro. In ogni caso, questo proliferare di forme di cooperazione è frutto, quanto meno indirettamente, di un clima di collaborazione alla creazione del quale la Comunità europea ha dato tutto l'apporto possibile.

Ogni regione riflette, nelle forme di cooperazione che vi insistono, le proprie specificità. L'area più prossima alla Comunità, da un punto di vista geopolitico, è costituita dai Paesi in via di adesione: Bulgaria, Cipro, Polonia e Repubbliche Ceca e Slovacca; le Repubbliche baltiche, Romania, Slovenia, Ungheria.

Su quest'area si è concentrata l'attenzione della Comunità, che ha promosso un processo di identificazione dei bisogni in materia di infrastrutture di trasporto (*Transport infrastructure needs assessment* o «TINA»). Alla base dello studio erano i dieci corridoi identificati dalle Conferenze paneuropee, i cui tracciati interni ai Paesi candidati diverranno dopo l'adesione reti transeuropee²⁸.

La gran parte degli Stati interessati da questo processo partecipa all'Iniziativa centro europea (INCE), nata come cooperazione quadrilaterale tra Italia, Austria, Ungheria e Jugoslavia nel 1989²⁹. Questa riunisce oggi diciassette paesi centro-europei. All'origine di tale modalità di cooperazione, che si fonda essenzialmente su riunioni periodiche dei ministri omologhi, è l'esigenza di promuovere il dialogo, la cooperazione e l'integrazione politica ed economica degli Stati che vi partecipano. Tra i gruppi di lavoro in cui si articola l'attività dell'INCE, vi è un gruppo «Trasporti», che concentra la propria attenzione proprio sui corridoi paneuropei, in particolar modo quelli interni all'area: il quinto e l'ottavo³⁰. Il suo contributo alla realizzazione dei corridoi che attraversano l'area si esplica in primo luogo nella fase progettuale, grazie alla cooperazione della Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo

²⁸ Per l'attuazione del processo TINA (*Transport Infrastructure Needs Assessment*) la Commissione europea ha istituito un gruppo di funzionari degli Stati membri e di 11 degli attuali Stati in attesa di adesione (restano esclusi Malta e Turchia). Il Gruppo ha lavorato in tre sottogruppi, geograficamente orientati: del Mar Baltico, dell'Europa centrale e dell'Europa centro-meridionale. Come unità di supporto tecnico nel 1997 è stato istituito a Vienna, con i fondi PHARE, il Segretariato TINA. Nel definire la rete TINA si dovevano rispettare determinati requisiti, tra cui i criteri indicati negli orientamenti per le Reti transeuropee e gli *standard* tecnici delle raccomandazioni del *Working Party 5* dell'UN-ECE. È previsto un aggiornamento della rete TINA entro il 2015, vedi le informazioni riportate sul sito www.tinavienna.at.

²⁹ Le origini dell'Iniziativa centro-europea, già denominata quadrangolare, pentagonale ed esagonale, sono oggetto di approfondimento in G. BAIOCCHI, *Origini ed evoluzione istituzionale dell'INCE*, in *Rivista di Studi politici internazionali*, 2000, p. 239 ss. Vedi anche le informazioni riportate in <http://www.ceinet.org/>.

³⁰ La creazione di reti integrate per il trasporto statale e ferroviario rientra tra i campi di competenza di questa forma di cooperazione sin dai tempi della quadrangolare, poiché figura nell'allegato alla dichiarazione con cui è stata creata nel novembre 1989. Successivamente, il programma di lavoro della pentagonale per gli anni 1990-1992 contemplava gli assi stradali e ferroviari cui dare priorità nella fase progettuale. Vedi G. BAIOCCHI, *Origini ed evoluzione*, loc. cit., p. 240-243.

(BERS)³¹. L'INCE mantiene una stretta collaborazione con l'Unione europea, la Banca europea di ricostruzione e sviluppo, l'OSCE, l'OCSE, l'UN-ECE ed il Patto di Stabilità per l'Europa sud orientale.

Numerose forme di cooperazione trovano luogo nell'area balcanica, considerata – per ragioni storiche e geopolitiche – particolarmente sensibile. Non si tratta di vere e proprie organizzazioni internazionali, ma di modalità di sostegno esterno che hanno lo scopo di promuovere, oltre alla pace e la stabilità dell'area, la ricostruzione, mediante finanziamenti internazionali, e il ripristino di forme di dialogo e cooperazione tra i Paesi vicini³².

La più importante tra queste è il Patto di Stabilità per l'Europa sud orientale, promosso dall'Unione europea. Modellato sulla Conferenza per la sicurezza e la cooperazione in Europa (divenuta nel 1995 OSCE), con cui mantiene un legame organico³³, istituisce un sistema di tavoli regionali e gruppi di lavoro sotto la supervisione di uno *Special coordinator*. Non si tratta dunque di un'organizzazione internazionale ma di una forma di dialogo procedimentalizzata tra i Paesi dell'area, una serie di organizzazioni internazionali e di Paesi terzi in veste di donatori.

Uno dei "tavoli di lavoro" del Patto è dedicato alla ricostruzione economica, lo sviluppo e la cooperazione. In questa sede la Commissione europea, la Banca europea degli investimenti (BEI) e la Banca europea di ricostruzione e sviluppo (BERS) hanno congiuntamente presentato un piano di sviluppo delle infrastrutture regionali e sono state reperite, annualmente, ingenti somme per la realizzazione di *tranche* di progetti in esso contenute³⁴.

Nello stesso quadro del Patto di Stabilità è stato realizzato, dall'Agenzia francese per lo sviluppo, uno studio sulle infrastrutture regionali di trasporto dell'area balcanica (Tirs), allargato a Romania e Bulgaria, presentato nel gennaio 2002³⁵. Fra i committenti i principali soggetti coinvolti nello sviluppo dell'area: la Commissione europea, la Banca europea degli investimenti, la

³¹ L'INCE agisce in stretta collaborazione con la BERS, dispone infatti di un segretariato progetti e di un fondo fiduciario, entrambi presso la BERS. Il fondo, gestito dal segretariato, è controllato dai coordinatori nazionali dell'INCE. La vasta gamma di attività di sostegno politico, istituzionale e finanziario dell'INCE ai corridoi paneuropei è documentata da V. CALOGERO - S. MARTINI, *La Bers e i corridoi di trasporto Pan-europei: il contributo dell'INCE*, in *Est/Ovest*, n. 6/1999.

³² Sull'argomento A. RAVETTO, *Le Pacte de Stabilité en Europe, une "première" action diplomatique commune qui manque d'envergure*, in P. DAILLIER - P. KOVACS (sous la direction de), *Perspectives d'intégration des Pays d'Europe centrale et orientale aux institutions de l'Europe occidentale*, Actes du colloque de Miskolc (Hongrie), 4-5 octobre 1996, Montchretien, 1997, p. 55 ss. ed il sito <http://www.stabilitypact.org>.

³³ Lo *Special coordinator* del Patto è nominato proprio in sede OSCE.

³⁴ Vedi anche il Rapporto della Commissione Transport and Energy infrastructure in South East Europe (Albania, Bosnia-Herzegovina, Croatia, Federal Republic of Yugoslavia, Former Yugoslav Republic of Macedonia), Bruxelles, 15 ottobre 2001, reperibile sul sito http://www.europa.eu.int/comm/energy_transport/library/tren_se_en.pdf.

³⁵ Reperibile sul sito <http://www.tirsproject.org/>.

Cemt, nonché il governo francese che si è assunto l'onere dello studio³⁶. Quest'ultimo evidenzia la necessità di partire dall'infrastrutturazione per promuovere lo sviluppo; a tal fine i corridoi tracciati in sede paneuropea si rivelano imprescindibili.

Su mandato del Patto di stabilità (art. 41 della Dichiarazione di Colonia³⁷), è creato un Ufficio per la ricostruzione e lo sviluppo nell'Europa sud orientale (SEERECON) gestito congiuntamente dalla Banca mondiale e dalla Commissione per conto dell'Unione europea. Il suo compito specifico è quello di coordinare l'attività dei donatori: amministra e canalizza il sostegno internazionale e convoca e coordina le necessarie conferenze dei donatori. È sul sito web di questo ufficio che potranno essere reperite molte informazioni pratiche riguardo ai progetti finanziati e in corso di realizzazione sul tracciato dei corridoi³⁸.

È accolta nella cornice del Patto di Stabilità (art.40) anche l'iniziativa lanciata nel 1997 dall'Italia per una Conferenza sullo sviluppo e la sicurezza dell'Adriatico e dello Ionio. Con la Conferenza di Ancona del maggio 2000 è istituita l'Iniziativa adriatico-ionica (IAI)³⁹. Questa non dispone di organi permanenti, ma si concretizza in riunioni periodiche di Ministri degli esteri dei Paesi partecipanti (Albania, Bosnia-Erzegovina, Croazia, Grecia, Italia, Slovenia e – dal novembre 2000 – Yugoslavia); le assise sono preparate da riunioni periodiche di un comitato di alti funzionari cui partecipano i coordinatori nazionali dell'iniziativa. Le attività si articolano in sei tavole rotonde, una delle quali dedicata ai trasporti e alla cooperazione marittima, che rivolge particolare attenzione ai corridoi paneuropei V e VIII.

Sempre sull'area balcanica insiste l'Iniziativa di cooperazione per l'Europa sud-orientale (SECI), complementare alle altre forme di aggregazione. Questa ha origine dall'accordo tra Unione europea e Stati Uniti per promuovere la stabilità e lo sviluppo dell'area dopo la pacificazione⁴⁰. Come il Patto

³⁶ Lo studio rappresenta la prima tappa di un progetto condotto, sotto la supervisione del CEMT da uno *Steering group* di cui fanno parte la Commissione, la BEI ed il Ministero francese dei Trasporti.

³⁷ Atto di nascita e documento fondante del Patto di Stabilità, consultabile sul sito http://www.stabilitypact.org/stabilitypactcgi/catalog/cat_descr.cgi?prod_id=409.

³⁸ Informazioni più dettagliate sono reperibili sul sito <http://www.seerecon.org/>.

³⁹ Obiettivi, funzionamento e regole di procedura sono state previste in occasione della Conferenza di Ancona, che ha fondato l'iniziativa e possono essere reperite sul sito del Ministero degli esteri italiano, all'indirizzo http://www.esteri.it/archivi/arch_eventi/schede/18/confancona.htm. Nel corso della Conferenza (19 maggio 2000) sono stati firmati 16 tra accordi bilaterali e trilaterali in tema di sicurezza della navigazione, ambiente, collaborazione in caso di incidenti.

⁴⁰ Hanno partecipato alla sessione inaugurale nel dicembre 1996, sottoscrivendo gli obiettivi della SECI, Albania, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Repubblica di Macedonia, Grecia, Ungheria, Moldavia, Romania, Turchia, Croazia e Slovenia. Anch'essa, come il Patto di stabilità, vanta uno stretto collegamento con l'OSCE, il cui Presidente in carica si incarica della designazione di una "figura di alto livello", un coordinatore incaricato di facilitarne le attività. L'assistenza tecnica alle sue attività è prestata dall'UN-ECE.

di stabilità, anch'essa è diretta da un coordinatore ed è caratterizzata da una struttura altrettanto leggera. Il motore dell'organizzazione è l'*Agenda committee*, composta di coordinatori nazionali. Questa organizza incontri, conferenze, lancia progetti comuni e convoca gruppi di lavoro *ad hoc*. Uno dei progetti, gestito da un *project group*, interessa le infrastrutture di trasporto e più precisamente il loro sviluppo attraverso le principali rotte internazionali; vi partecipano gli Stati interessati dai tracciati, gli Stati uniti, l'Unione europea attraverso la Commissione, la Banca mondiale, l'UN-ECE. Tra i singoli progetti che questo gruppo si incarica di vagliare e proporre per il finanziamento internazionale figurano in buona parte, non a caso, infrastrutture comprese nel tracciato dei corridoi paneuropei⁴¹.

Relativamente all'area baltica si segnalano il Consiglio degli Stati del Mar Baltico (CBSS) tra Danimarca, Estonia, Finlandia, Germania, Lettonia, Lituania, Polonia, Russia e Svezia – cui partecipa anche la Commissione europea – e la cooperazione baltica tra Estonia, Lettonia e Lituania. Ambedue le iniziative rivestono carattere di cooperazione intergovernativa realizzata mediante l'incontro periodico tra autorità omologhe dei Paesi partecipanti, sebbene la seconda, più strutturata e a più ampio spettro (dall'integrazione economica alla sicurezza e difesa) configuri dei legami più stretti. La CBSS risale al 1992, i trasporti rientrano tra i suoi campi di interesse, principalmente economici. In tale ambito, una conferenza dei Ministri dei trasporti si riunisce periodicamente per occuparsi di varie questioni, tra cui i tracciati interstatali e le infrastrutture⁴². La cooperazione tra Estonia, Lettonia e Lituania si concretizza invece – dai primi anni Novanta – in un Consiglio dei Ministri baltico (che riunisce ministri omologhi), un'Assemblea baltica (composta di delegati dei tre parlamenti) e un vertice dei Capi di Governo; in tali sedi possono essere adottate per *consensus* decisioni che sostituiscono in tutto e per tutto quelle nazionali⁴³. Con riguardo alla stessa area va segnalata un'iniziativa denominata *Vision & Strategies around the Baltic 2010*, programma intergovernativo di undici Paesi dell'area per la pianificazione spaziale e lo sviluppo, tra i cui settori di interesse figurano i trasporti transnazionali all'in-

⁴¹ Ulteriori informazioni sul sito <http://www.unece.org/seci/>.

⁴² A titolo di esempio, vedi la Dichiarazione adottata dalla quarta Conferenza CBSS dei Ministri dei trasporti (Gdansk, 27-28 September 2001) la quale prevede, a proposito di corridoi: «1 Continuation of a further intensive co-operation in the field of extension and upgrading of transport corridors situated in the Baltic region and linking the region with other ones in Europe, established as a result of Pan-European Transport Conferences in Crete and in Helsinki, 2. To evaluate new initiatives to update the Pan-European Corridors, for example by incorporating new transport corridors such as the corridor linking the Baltic Sea region with the Black Sea region, and the corridor linking Scandinavia through Szczecin with Central Europe ("Odra corridor"), as well as improving other important connections for the region, to ensure interconnection between future TEN and Pan-European Network», il testo integrale è reperibile sul sito <http://www.cbss.st/Docs/ministerial/21/Transport%20Min.Sep%2001.Declaration.htm>.

⁴³ Per approfondimenti si rinvia al sito <http://www.bcmvs.net/bcm/>.

terno dell'area e i collegamenti con il resto d'Europa⁴⁴, ed il processo *Baltic 21* per lo sviluppo sostenibile⁴⁵. In tutte queste sedi l'esistenza di un progetto comune di corridoi paneuropei è data per acquisita e si approfondiscono aspetti più specifici e geograficamente circoscritti ricollegabili ad essa.

Una realtà più eterogenea è quella della Cooperazione economica del Mar Nero (BSEC), che riunisce Albania, Armenia, Azerbaijan, Bulgaria, Georgia, Grecia, Moldavia, Romania, Russia, Turchia e Ucraina al fine di promuovere una cooperazione più stretta tra gli Stati dell'area⁴⁶. Questa organizzazione internazionale ha quale organo principale il Consiglio dei Ministri degli esteri dei Paesi membri, presieduto a rotazione semestrale da ciascuno di essi, che delibera con una maggioranza dei due terzi dei membri. Il Consiglio è supportato da un segretariato permanente caratterizzato da indipendenza, con sede in Istanbul, sotto la guida di un segretario generale. Nell'agenda economica della BSEC figura – naturalmente – un capitolo trasporti. Sebbene non vi sia un esplicito riferimento ai corridoi paneuropei, questo è leggibile tra le righe nell'espressa volontà di sviluppare i trasporti internazionali nell'area collegandoli alle reti di trasporto europee ed asiatiche. Tra i punti da sviluppare, ancora una volta, e non è un caso, l'intermodalità, la sicurezza, l'attrazione di investimenti privati, l'introduzione di nuove tecnologie, l'armonizzazione legislativa nel settore dei trasporti e dell'attraversamento delle frontiere.

Al contrario, espressamente modellato sulla necessità di portare a compimento il progetto dei corridoi in un'area che si pone quale cerniera con il continente asiatico, è il programma TRACECA (*transport corridors Europe Caucasus Asia*). Quest'ultimo si origina, infatti, da un programma di assistenza tecnica finanziato dall'Unione europea e rivolto a cinque repubbliche centro asiatiche e tre caucasiche allo scopo di sviluppare un corridoio che dall'Europa giunga, attraverso il Mar Nero, il Caucaso ed il Caspio, sino all'Asia centrale⁴⁷. Il programma si iscrive nella strategia globale dell'Unione nei confronti di questi Paesi e ancora una volta si fonda sulla concezione che vede gli assi di trasporto strumentali rispetto a obiettivi ben più ambiziosi: l'indipendenza economica e politica dei Paesi beneficiari che si troveranno così collegati alle rotte del commercio internazionale e potranno trarne delle occasioni di sviluppo; l'attrazione di investimenti internazionali pubblici e privati; un nuovo stimolo alla cooperazione internazionale nell'ambito dell'area. Sono già numerosi sinora i progetti di investimento per la riqualificazione delle infrastrutture finanziati, nonché i progetti di assistenza tecnica. Que-

⁴⁴ Vedi <http://www.vasab.org>.

⁴⁵ Vedi <http://www.ee/baltic21>.

⁴⁶ Vedi <http://www.bsec.gov.tr>.

⁴⁷ Vedi <http://www.traceca.org>.

sti ultimi non vanno sottovalutati poiché hanno permesso di attrarre finanziamenti dalle banche internazionali di sviluppo (BERS, Banca mondiale e Banca di Sviluppo asiatica).

Le ultime due iniziative menzionate dimostrano la volontà di sviluppare una rete infrastrutturale che non sia solo l'ossatura di una ritrovata dimensione paneuropea, ma funga altresì da cerniera per un più fitto dialogo con il continente asiatico, ritrovando antiche connessioni. Il continente asiatico ha raccolto, come si illustrerà in seguito, questo invito a realizzare una rete di collegamenti integrata⁴⁸

Non va dimenticata, infine, la dimensione mediterranea, anch'essa oggetto di interesse nei piani europei di infrastrutturazione diffusa. I Paesi del sud del mediterraneo sono tutti legati all'Unione europea da rapporti preferenziali che si concretizzano in accordi di associazione. Nel 1995 con la Conferenza di Barcellona si è tentato il salto dalla dimensione bilaterale – che legava ciascuno di questi Stati all'Unione – alla multilaterale, attraverso la creazione di un foro di discussione e consultazione comune⁴⁹. L'iniziativa è stata supportata dal fondo MEDA, finanziato e gestito dalla Comunità, a sostegno di progetti nei Paesi interessati. Sull'area mediterranea insistono altre due iniziative di cooperazione: il Foro del Mediterraneo occidentale denominato «5+5», lanciato nel 1991⁵⁰, ed il Foro mediterraneo, lanciato nel 1994⁵¹. Entrambe le iniziative danno luogo a gruppi di lavoro tematici e ad incontri periodici a livello ministeriale e ambedue si interessano di trasporti.

5. *I memoranda of understanding*

Tra le fonti di diritto che regolano i corridoi paneuropei dei trasporti, i *memoranda* rappresentano senz'altro quella dal carattere più operativo ma dalla natura più incerta.

Si tratta, per ciascun corridoio, di impegni sottoscritti dai Ministri dei trasporti degli Stati interessati e, per la Comunità europea, dal Commissario competente, in cui i firmatari si impegnano a cooperare al fine di studiare, promuovere e realizzare gli assi intermodali in questione.

A titolo esemplificativo, è possibile esaminare il *memorandum of understanding* sullo sviluppo del *network* dei trasporti che connette Croazia, Un-

⁴⁸ Vedi *infra*, par. 7.

⁴⁹ Fanno parte del processo di Barcellona tutti i Paesi comunitari, Algeria, Cipro, Egitto, Israele, Giordania, Libano, Malta, Marocco, Palestina, Siria, Tunisia, Turchia.

⁵⁰ Vi partecipano Algeria, Francia, Italia, Libia, Mauritania, Malta, Marocco, Portogallo, Spagna, Tunisia.

⁵¹ Comprende Algeria, Egitto, Francia, Grecia, Italia, Malta, Marocco, Portogallo, Spagna, Tunisia, Turchia.

gheria, Italia, Slovacchia, Slovenia e Ucraina, firmato a Trieste nel 1996, ed il *memorandum of understanding* sullo sviluppo del corridoio paneuropeo dei Trasporti VIII, firmato a Bari nel 2002, vale a dire i *memoranda* relativi ai due corridoi «italiani»⁵². Poiché a ciascun *memorandum* partecipa, come firmatario, il Ministro del Paese comunitario a partire dal quale si snoda il tracciato del corridoio, il ruolo dell'Italia risulta di primaria importanza nel promuovere la realizzazione dei corridoi V (che da Venezia e Trieste arriva a Kiev)⁵³ e VIII (che congiunge i porti di Bari e Brindisi al Mar Nero attraverso l'Albania, la Macedonia e la Bulgaria).

I due documenti sono molto simili tra loro e presentano forti analogie con tutti gli altri *memoranda of understanding* su cui si fonda la cooperazione interstatale relativa ai corridoi⁵⁴.

Ad un preambolo che richiama tutte le forme di cooperazione osservate in precedenza, che costituiscono il *background* dell'impegno, seguono, nei due documenti, una serie di articoli, alcuni dal carattere direttamente dispositivo (in entrambi gli artt. 1, 3, 4, 8 dedicati rispettivamente agli obiettivi, alla regolamentazione delle attività di analisi e ricerca, allo scambio di informazioni e alla creazione di un comitato di gestione), altri descrittivo (l'art. 2, che in entrambi descrive il tracciato del corridoio in questione), altri ancora programmatico (gli artt. 5, 6, 7, in cui le parti si impegnano a studiare le norme tecniche necessarie all'interoperabilità in vista dell'armonizzazione, ad incoraggiare misure per rendere più agevole l'attraversamento delle frontiere, a favorire il coinvolgimento del settore privato), dai quali si ricava come non vi sia stata una chiara opzione a favore di un impegno vincolante o, al contrario, di un'intesa di natura politica. La stessa denominazione di *memorandum*

⁵² Sullo stato di avanzamento dei corridoi italiani si rinvia agli ottimi volumi T. FAVARETTO - S. GOBET (a cura di), *L'Italia, l'Europa centro-orientale e i Balcani. Corridoi pan-europei di trasporto e prospettive di cooperazione*, Bari, Laterza, 2001, p. 235; C. JEAN - T. FAVARETTO (a cura di), *Reti infrastrutturali nei Balcani, Superamento tra integrazione regionale ed europea*, Milano, Franco Angeli, 2002, p. 271 e, dedicato specificamente al Corridoio VIII, F. BOTTA - M. CAPRIATI (a cura di), *Transizione nei Balcani e reti transadriatiche. Il valore della prossimità*, Bari, Cacucci, 2003. Si veda altresì la guida realizzata nel marzo 2002 dal Ministero delle attività produttive P. QUERCIA (a cura di), *L'internazionalizzazione delle imprese italiane nell'Europa sud-orientale e balcanica*, disponibile sul sito http://www.mincomes.it/balcani/cap1_1.pdf.

⁵³ Il corridoio V, come definito nel MoU contempla una linea principale di circa 1.700 Km (Venezia-Trieste-Lubiana-Budapest-Lvov-Kiev) e tre ramificazioni: Rieka-Zagabria-Budapest; Bratislava-Zilina-Uzgorod; Ploce-Sarajevo-Budapest. A seguito della richiesta avanzata dalla Bielorussia non è escluso che, mediante un protocollo aggiuntivo, si colleghi successivamente Kiev a Minsk. Il corridoio VIII conta invece circa 1.100 Km su strada tra Durazzo e Varna e presenta invece gravi discontinuità sulla linea ferroviaria, al confine tra Albania e Macedonia e Macedonia e Bulgaria. Esso riguarda, in realtà, anche la Grecia e la Turchia: la prima perché esso corre parallelo alla via Egnatia in Grecia, una delle reti transeuropee previste dal regolamento n. 2236/95; la Turchia perché intercetta il corridoio IV nei tratti Sofia-Plovdiv e Plovdiv-Istanbul. Vedi A. VINCI GIACCHI, *Il disegno di una rete transeuropea di trasporto*, in *Est Ovest*, n. 6/1999.

⁵⁴ Esistono, tuttavia, alcune differenze minori, che possono assumere un rilievo significativo in atti di natura incerta, difficilmente classificabili in maniera univoca nella categoria delle intese di natura politica piuttosto che in quella degli accordi in forma semplificata.

of understanding, d'altronde, si presta ad indicare tanto l'intesa di natura politica, quanto l'atto di mero indirizzo.

Numerosi elementi ci indurrebbero a propendere per la natura mista di tale documento: accordo in forma semplificata nella sua parte dispositiva; atto di *soft law* in quella programmatica. I firmatari, tutti Ministri dei trasporti, cui si aggiunge il Commissario europeo competente per la stessa materia, agiscono, unanimemente, nell'esercizio delle rispettive funzioni e non certo a titolo personale. Sono abilitati a rappresentare i governi nel settore di cui si tratta e ad impegnarne la volontà. L'impegno non comporta direttamente oneri alle finanze e la sua attuazione ricade sugli stessi ministeri rappresentati. Eventuali spese dovrebbero essere deliberate, dunque, in ciascun paese secondo le rispettive procedure, a seguito dell'attivarsi, come meri promotori, dei Ministri firmatari. La prassi seguita dai Governi italiani, d'altronde, è proprio quella di mantenere nelle mani dell'esecutivo intese di natura eminentemente tecnica⁵⁵.

Elementi che militano in favore del carattere obbligatorio di alcune disposizioni sono la creazione di uno *Steering Committee* o Comitato di gestione, di cui si prestabilisce la composizione, il mandato e la regola di voto (art. 8), nonché le disposizioni sulla tempistica di implementazione e sulla durata dell'accordo (artt. 9-11).

A rendere incerta la qualificazione complessiva degli atti, tuttavia, intervengono alcune piccole differenze tra i due, in primo luogo la clausola, contenuta tra le disposizioni finali del solo atto relativo al corridoio VIII, secondo la quale la cooperazione poggia su base volontaria e non contiene obbligazioni rette dal diritto internazionale. Ciò sembrerebbe escludere che l'atto in questione possa essere qualificabile come accordo. Tuttavia, tale la previsione risulta eccessiva posto che l'atto, in quanto adottato consensualmente tra gli Stati firmatari, avrebbe, quantomeno, natura di *soft law*⁵⁶, e dunque sarebbe atto a produrre il c.d. effetto di liceità⁵⁷. L'analogo documento che regola la realizzazione del corridoio V non presenta la stessa previsione, ma, al contrario, si chiude con una disposizione finale relativa ai tempi dell'en-

⁵⁵ La competenza dell'esecutivo a concludere accordi in forma semplificata sarebbe desumibile secondo A. CASSESE e B. CONFORTI *a contrario* dalla previsione dell'art. 80 della nostra Costituzione, che elenca le categorie di accordi che devono necessariamente essere autorizzati dal Parlamento; per R. MONACO e S. MARCHISIO sarebbe il portato di una consuetudine costituzionale, mentre, per M. GIULIANO sarebbe implicita nella delega conferita ai singoli Ministri. Le differenti tesi sono riportate da B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit. *supra*, nota 27, p. 74.

⁵⁶ Vedi sull'argomento R. R. BAXTER, *International Law in Her Infinite Variety*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1980, p. 549; M. PANEBIANCO, *Il G7 e il diritto della comunicazione internazionale globale (ius communicationis totius orbis)*, in M. PANEBIANCO - A. LAMBERTI - A. DI STASI (a cura di), *Il G7 e il nuovo ordine internazionale*, Roma-Salerno, Ledip-Elea Press, 1994, p. 448-449.

⁵⁷ Ovvero a rendere lecito, tra i firmatari un comportamento che, per dare attuazione alla nuova intesa, contravvenisse a precedenti impegni tra le stesse parti.

trata in vigore, locuzione generalmente riferibile a un atto di carattere vincolante⁵⁸.

Nonostante l'incertezza riguardo alla natura giuridica che discende dal tenore e dalle caratteristiche di questo e di altri *memoranda* – alcuni dei quali chiusi dalla stessa disposizione finale⁵⁹ del *memorandum* sul corridoio VIII –, questi debbono essere annoverati, per la parte in cui dispongono, tra le fonti su cui poggia la realizzazione dei corridoi paneuropei dei trasporti. Infatti, le disposizioni di carattere esecutivo configurano una cooperazione che richiede l'attivarsi delle autorità amministrative degli Stati partecipanti rappresentate dai rispettivi ministri dei trasporti. Non pare dubbio, dunque, che tali atti siano in grado di dare vita alle forme di cooperazione previste e di creare degli organi *ad hoc* come il summenzionato comitato di gestione.

Le conseguenze della clausola finale andranno valutate, in caso di patologia dei rapporti, al fine di verificarne gli effetti sul piano del diritto internazionale, sebbene gli impegni assunti siano comunque definibili quali obbligazioni di mezzi piuttosto che di risultato, e, dunque, sarebbe quantomeno arduo configurare una responsabilità dello Stato inadempiente.

6. Gli accordi comunitari

Nell'ambito delle fonti di diritto internazionale che danno vita ai corridoi paneuropei, merita particolare approfondimento la categoria degli accordi conclusi dalla Comunità con i Paesi interessati ai tracciati⁶⁰. Tale valutazione non discende da una diversa natura giuridica di tali Trattati rispetto ad altri accordi cui precedentemente si è fatto riferimento, tutti ugualmente retti dal

⁵⁸ Tra le formulazioni contenute in altri *memoranda* che sembrano importarne il carattere vincolante ricordiamo la previsione di modalità di adesione, come nel *Memorandum of Understanding* adottato in occasione del *Meeting of the Ministers of Transport for the development of the Corridor VII, 1-3 September, Bourgas*, l'art. 9, in cui, addirittura si prevede il deposito presso il Governo bulgaro di due versioni linguistiche, in russo e in inglese «*equally binding*». La possibilità di aderirvi è prevista anche nel *Memorandum of Understanding on the Facilitation of International Road Transport of Goods in the SECI Region, Athens, 28 April 1999*, nell'art. 14 tra le disposizioni finali. Infine vi sono *memoranda* che prevedono il giorno della propria entrata in vigore, come il primo qui citato, in cui si prevede che esso cada nel primo giorno del terzo mese dalla firma di sei Parti o ancora il *Memorandum of Understanding on the development of the Pan-European Transport Corridor VII, Rotterdam, 6 September 2001*, in cui è prevista l'entrata in vigore immediata dal giorno della firma.

⁵⁹ Un'analoga previsione è contenuta nel *Memorandum of Understanding on the Facilitation of International Road Transport of Goods in the SECI Region*, loc. cit., all'art. 14, nonché nel *Memorandum of Understanding on the development of the Pan-European Transport Corridor VII*, loc. cit., all'art. 10. Si tratta degli stessi documenti in cui è possibile rinvenire conferme del carattere obbligatorio nella fissazione del termine di entrata in vigore o in altre disposizioni cui si fa riferimento nelle note precedenti.

⁶⁰ Sull'argomento *amplius* L. LEZZI, par. 6 del cap. II del volume E. CHITI - S. CAFARO (a cura di), *I corridoi paneuropei. Ragioni, fonti, amministrazione*, Lecce, Argo, 2003.

diritto internazionale, ma dalla necessità di mettere a fuoco una categoria omogenea di accordi che sono parte integrante del diritto comunitario⁶¹. La complementarietà tra il quadro infrastrutturale – rappresentato dai dieci corridoi paneuropei – e questi accordi, che mirano a realizzare delle libertà di circolazione con ciascuno dei Paesi terzi interessati, appare infatti così evidente da rappresentare un'ulteriore dimostrazione della unità concettuale dell'assetto paneuropeo promosso dalla Comunità.

I trasporti sono un settore privilegiato di interesse comune, su cui l'Unione costruisce sia la politica di allargamento, sia quella di prossimità. La necessità di costruire solidi rapporti di buon vicinato d'altronde, è esigenza prioritaria evidenziata anche nella parte prima – dedicata ai principi – del «Progetto di Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa»⁶². In attuazione della strategia paneuropea delle reti di trasporto, progressivamente messa a punto nell'ambito della politica comune dei trasporti e delle Conferenze paneuropee dei ministri dei trasporti, tutti gli accordi stipulati a partire dagli anni Novanta tra la Comunità e i Paesi vicini prevedono il ravvicinamento delle norme e della politica dei trasporti e, in combinazione con i documenti di programmazione delle varie fonti di finanziamento, l'assistenza tecnica e finanziaria nella pianificazione e realizzazione delle infrastrutture.

Per realizzare una *partnership* su scala europea per le reti di trasporto la Comunità impiega accordi che istituiscono un quadro regolamentare e istituzionale su base bilaterale con i Paesi vicini, raggruppabili sulla base di una diversa intensità a seconda che siano conclusi con gli Stati dell'Europa centrale e orientale, con gli Stati dell'Europa sud-orientale e con i nuovi Stati indipendenti⁶³.

L'attitudine della Comunità nei confronti dei Paesi dell'Europa centrale ed orientale è stata caratterizzata, in un primo periodo, dalla conclusione di accordi sugli scambi e sulla cooperazione economica e commerciale⁶⁴. Con-

⁶¹ Vedi in proposito I. MACLEOD - I. D. HENDRY - S. HYETT, *The external relations of the European Community*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 122 ss.

⁶² Il par. 1 dell'art. I-56 del Progetto di Trattato recita infatti: «L'Unione sviluppa con gli Stati limitrofi relazioni privilegiate al fine di creare uno spazio di prosperità e buon vicinato fondato sui valori dell'Unione e caratterizzato da relazioni strette e pacifiche basate sulla cooperazione».

⁶³ Si veda la Comunicazione della Commissione COM(97)172 del 23 aprile 1997, *Collegamento della rete infrastrutturale di trasporto dell'Unione con i paesi vicini. Verso una politica paneuropea delle reti di trasporto in cooperazione*. In questo documento il meccanismo di *partnership* viene considerato sotto tre punti di vista: i costi di investimento e finanziamento; il quadro regolamentare e istituzionale; un piano di azione per avviare la *partnership*. Sotto il profilo regolamentare e organizzativo, la Commissione, oltre a utilizzare in modo più coerente gli accordi esistenti, si propone di avvalersi degli organismi già operanti, come la Conferenza europea dei ministri dei trasporti, il gruppo trasporti del G-24, i comitati direttivi dei vari corridoi e zone creati nell'ambito dei protocolli d'intesa tra i Paesi interessati.

⁶⁴ La Comunità ha firmato accordi sugli scambi e sulla cooperazione economica e commerciale con l'Ungheria nel 1988 (in *Guce* n. L 327 del 30 novembre 1988); con la Polonia nel 1989 (in *Guce* n. L 339 del 22 novembre 1989); con la Cecoslovacchia, con la Bulgaria e con la Romania nel 1990 (i primi due in *Guce* n. L 291 del 23 ottobre 1990, il terzo in *Guce* n. L 79 del 26 marzo

temporaneamente, essa ha iniziato a fornire assistenza tecnica e finanziaria attraverso il programma PHARE⁶⁵. La seconda fase si è concretizzata negli accordi europei di associazione⁶⁶. Tali accordi, a seguito del Consiglio europeo di Copenaghen⁶⁷ e dell'adozione di Agenda 2000⁶⁸, sono stati integrati da una strategia di preadesione, caratterizzata da partenariati per l'adesione e dall'aiuto di preadesione⁶⁹.

L'ampia cooperazione tra la Comunità e i Paesi dell'Europa centrale e orientale, avviata con gli accordi europei e successivamente consolidata nel processo di adesione, contribuisce all'attuazione del progetto di una politica paneuropea dei trasporti. Gli accordi europei impongono espressamente il ravvicinamento della legislazione del Paese associato alla normativa comunitaria nel settore dei trasporti⁷⁰ ed impegnano le parti a cooperare per la ristrutturazione e l'ammodernamento delle infrastrutture, il miglioramento della circolazione di passeggeri e di merci e dell'accesso al mercato dei trasporti, la facilitazione del transito di vettori comunitari e il raggiungimento di *standard*

1991); con i tre Stati baltici nel 1992 (tutti in *Guce* n. L 403 del 31 dicembre 1992); un accordo di cooperazione con la Slovenia nel 1993 (in *Guce* n. L 189 del 29 luglio 1993).

⁶⁵ Istituito con regolamento n. 3906/89, *cit. supra*, nota 4.

⁶⁶ Si veda l'accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e l'Ungheria, dall'altra (in *Guce* n. L 347 del 31 dicembre 1993); l'accordo europeo di associazione con la Polonia in *Guce* n. L 348, del 31 dicembre 1993, come il precedente in vigore il 1° febbraio 1994; gli accordi europei di associazione con Romania, Bulgaria, Repubblica slovacca e Repubblica Ceca (rispettivamente in *Guce* nn. L 357, 358, 359, 360, tutte del 31 dicembre 1994 e tutti in vigore dal 1° febbraio 1995); gli accordi europei di associazione con Lettonia, Lituania, Estonia (in *Guce* n. L 26 del 2 febbraio 1998, in *Guce* n. L 51 del 20 febbraio 1998 e in *Guce* n. L 68 del 9 marzo 1998, in vigore dal 1° febbraio 1998); l'accordo europeo di associazione con la Slovenia (in *Guce* n. L 51 del 26 febbraio 1999, in vigore dal 1° febbraio 1999).

⁶⁷ Tenutosi nei giorni 21-22 giugno 1993. Questo Consiglio europeo recepi formalmente la prospettiva di allargamento dell'Unione ai Paesi associati dell'Europa centrale e orientale e definì i criteri che i Paesi candidati avrebbero dovuto rispettare prima dell'adesione. Numerosi documenti della Commissione e Consigli europei successivi a quello di Copenaghen hanno precisato ulteriormente la strategia di preadesione. In particolare, il Consiglio europeo di Essen del dicembre 1994 ha definito gli elementi essenziali della strategia, costituiti dagli accordi di associazione, dal Libro Bianco della Commissione, relativo alla preparazione degli Stati associati dell'Europa centrale e orientale alla loro integrazione nel mercato interno dell'Unione (Doc. Com (1995)163, in *Guce* n. C 141 del 13 maggio 1995); dal dialogo strutturato tra gli Stati associati e le istituzioni dell'Unione; dal programma Phare, come principale strumento finanziario di sostegno alla strategia di preadesione.

⁶⁸ Il documento noto come Agenda 2000, presentato dalla Commissione al Parlamento europeo il 16 luglio 1997 raccoglie una serie di proposte per rafforzare la strategia di preadesione dei Paesi, oltre a contenere i pareri della Commissione sulle domande di adesione. Il quadro complessivo dei meccanismi necessari al processo di allargamento è stato definito dal Consiglio europeo di Lussemburgo, nel dicembre 1997.

⁶⁹ Si veda il regolamento n. 622/98 del 16 marzo 1998 (in *Guce* n. L 85 del 20 marzo 1998), relativo all'assistenza in favore dei Paesi candidati all'adesione all'Unione europea, nell'ambito della strategia di preadesione, e in particolare all'istituzione di partenariati per l'adesione. Il partenariato per l'adesione assume la forma di una decisione della Commissione, adottata previa consultazione con il Paese candidato e sulla base dei principi, delle priorità, degli obiettivi intermedi e delle condizioni decisi dal Consiglio e successivamente aggiornabili. L'esame dell'attuazione dei partenariati è svolto dagli organi dell'accordo europeo e dal Consiglio dell'Unione, che decide sullo svolgimento e sull'estensione dei negoziati di adesione in base alle relazioni periodiche della Commissione.

⁷⁰ Titolo V, capitolo III degli accordi europei.

operativi comparabili a quelli comunitari⁷¹. Il settore dei trasporti beneficia anche delle norme degli accordi europei sul diritto di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi. In particolare, le disposizioni sulla libertà di stabilimento⁷² si applicano ai trasporti marittimi internazionali e non, invece, ai servizi di trasporto aereo, di navigazione interna e di cabotaggio, per i quali, tuttavia, il Consiglio di associazione può formulare raccomandazioni al fine di migliorare le condizioni di stabilimento e di attività⁷³. Con riferimento alla disciplina della libera prestazione di servizi, le misure concrete di liberalizzazione riguardano i soli trasporti marittimi internazionali, per i quali i contraenti si impegnano ad applicare efficacemente il principio di libero accesso al mercato e al traffico su base commerciale, ad abolire le misure unilaterali e gli ostacoli amministrativi, tecnici e di altro genere che abbiano effetti discriminatori sulla libera prestazione dei servizi di trasporto e a non introdurre nei successivi accordi bilaterali con i Paesi terzi clausole di ripartizione del carico⁷⁴. In attuazione degli accordi europei, la Comunità ha stipulato vari accordi sui trasporti con gli Stati associati⁷⁵.

⁷¹ In particolare, la cooperazione comprende programmi di formazione economica, giuridica e tecnica; assistenza tecnica, consulenze e scambi di informazione; disponibilità di risorse per sviluppare le infrastrutture di trasporto. Inoltre, gli accordi europei specificano i settori prioritari della cooperazione, con riferimento ai diversi modi di trasporto. Si veda l'art. 81 negli accordi con l'Ungheria e la Polonia; l'art. 82 negli accordi con la Repubblica Ceca, la Slovacchia e la Bulgaria; l'art. 83 negli accordi con la Romania, l'Estonia e la Slovenia; l'art. 84 negli accordi con la Lettonia e la Lituania. La formulazione di questi articoli varia leggermente da un accordo all'altro, soprattutto con riferimento ai settori prioritari della cooperazione, che riflettono maggiormente le specificità del Paese associato.

⁷² Il trattamento previsto dagli accordi europei per il diritto di stabilimento prevede la concessione reciproca delle parti di un trattamento non meno favorevole rispetto a quello accordato alle proprie imprese.

⁷³ Si veda il titolo IV, capitolo II, degli accordi. Con particolare riferimento ai settori di trasporto esclusi dall'applicazione della disciplina dello stabilimento si veda l'art. 51 negli accordi con l'Ungheria e la Polonia; l'art. 52 negli accordi con la Repubblica Ceca, la Slovacchia, la Romania e la Bulgaria; l'art. 44 nell'accordo con l'Estonia; l'art. 45 nell'accordo con la Lettonia e la Lituania; l'art. 46 nell'accordo con la Slovenia.

⁷⁴ Il principio di libero accesso al mercato marittimo internazionale si applica anche ai traffici regolati dal codice di condotta Unctad, che ripartisce il traffico di linea trasportato nell'ambito di una conferenza marittima in funzione della nazionalità delle compagnie marittime, sulla base del cosiddetto criterio 40:40:20, cioè garantendo, su ciascun traffico bilaterale, alle compagnie di ciascuno degli Stati capiscalo il 40% del volume di traffico generato dall'interscambio commerciale tra i due Stati, mentre il restante 20% del traffico è lasciato alle imprese di navigazione degli Stati terzi. Per maggiori dettagli sul codice di condotta Unctad sulle conferenze marittime si veda F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 350 ss.

⁷⁵ Nel settore delle infrastrutture di trasporto terrestre si segnalano: l'accordo in forma di scambio di lettere tra la Comunità e la Bulgaria (in *Guce* n. L 358 del 31 dicembre 1994) e tra la Comunità e la Romania (in *Guce* n. L 357 del 31 dicembre 1994); gli accordi in forma di scambio di lettere, che sostituiscono gli scambi di lettere firmati a Bruxelles il 16 dicembre 1991, tra la Comunità e la Cecoslovacchia e tra la Comunità e l'Ungheria (in *Guce* n. L 407 del 31 dicembre 1992). Per quanto riguarda il transito nel settore dei trasporti terrestri ricordiamo: l'accordo in forma di scambio di lettere tra la Comunità e la Bulgaria (in *Guce* n. L 358 del 31 dicembre 1994) e tra la Comunità e la Romania (in *Guce* n. L 357 del 31 dicembre 1994); gli accordi in forma di scambio di lettere, che modificano gli scambi di lettere firmati a Bruxelles il 16 dicembre 1991, tra la Comunità e la Cecoslovacchia e tra la Comunità e l'Ungheria (in *Guce* n. L 407 del 31 dicembre

Inoltre, i partenariati per l'adesione concentrano le priorità di intervento sull'allineamento della legislazione all'*acquis* e sulla mobilitazione degli investimenti necessari per l'estensione delle reti transeuropee⁷⁶.

L'assistenza tecnica e finanziaria della Comunità a favore dei dieci Paesi dell'Europa centrale e orientale nel settore dei trasporti è stata fornita nel quadro del regolamento PHARE e, dal 2000, del regolamento ISPA⁷⁷. Gli aiuti sono destinati principalmente a finanziare le infrastrutture di trasporto costituenti progetti di interesse comune – cioè la rete di trasporto considerata nell'analisi TINA – o che consentono ai Paesi beneficiari di conformarsi agli obiettivi dei partenariati per l'adesione⁷⁸.

Diverse sono le relazioni comunitarie con i Paesi balcanici, che risentono dei sanguinosi conflitti che hanno caratterizzato l'area negli anni Novanta⁷⁹.

1992). Relativamente all'accesso al mercato nel settore dei trasporti terrestri rilevano: il protocollo aggiuntivo all'accordo tra la Comunità e la Slovenia nel settore dei trasporti (in *Guce* n. L 351 del 23 dicembre 1997); l'accordo tra la Comunità e la Slovenia nel settore dei trasporti (in *Guce* n. L 189 del 29 luglio 1993). Relativamente ai trasporti combinati, nel settore dei trasporti terrestri segnaliamo: l'accordo tra la Comunità e la Romania che istituisce talune condizioni relative al trasporto delle merci su strada e alla promozione del trasporto combinato (in *Guce* n. L 142 del 31 maggio 2002); gli accordi che istituiscono talune condizioni relative al trasporto delle merci su strada e alla promozione del trasporto combinato fra la Comunità e l'Ungheria e fra la Comunità e la Bulgaria (in *Guce* n. L 108 del 18 aprile 2001). Nel settore dei trasporti marittimi, anche con riferimento alla regolamentazione della concorrenza, si vedano: l'accordo in forma di scambio di lettere tra la Comunità europea e la Lettonia (in *Guce* n. L 26 del 2 febbraio 1998), gli analoghi accordi con la Lituania (in *Guce* n. L 51 del 20 febbraio 1998) e con l'Estonia (in *Guce* n. L 68 del 9 marzo 1998).

⁷⁶ Si vedano le decisioni del Consiglio del 30 marzo 1998 relative ai principi, alle priorità, agli obiettivi intermedi e alle condizioni specificati nei partenariati per l'adesione di Bulgaria, Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Slovenia e Ungheria (in *Guce* n. L 121 del 23 aprile 1998) e i successivi aggiornamenti con decisioni del 6 dicembre 1999 (in *Guce* n. L 335 del 28 dicembre 1999) e del 28 gennaio 2002 (in *Guce* n. L 44 del 14 febbraio 2002).

⁷⁷ Per l'aumento dell'aiuto di preadesione si vedano le conclusioni del Consiglio europeo di Berlino del marzo 1999. Inoltre, il programma PHARE, secondo il regolamento n. 1266/99 del 21 giugno 1999 (in *Guce* n. L 161 del 26 giugno 1999) e secondo le linee guida del programma per gli anni 2000-2006, cessa di essere un generico strumento di cooperazione e assistenza e viene riorientato sulle priorità legate all'adesione. Come complemento al programma PHARE, sono stati istituiti due nuovi strumenti finanziari di preadesione: ISPA, per gli interventi nel settore delle infrastrutture di trasporto ed ambientali, e SAPARD, per gli aiuti all'agricoltura ed allo sviluppo rurale (rispettivamente i regolamenti n. 1267/99 e n. 1268/99 del 21 giugno 1999, entrambi in *Guce* n. L 161 del 26 giugno 1999).

⁷⁸ Il periodo di programmazione ISPA attualmente in corso riguarda gli anni dal 2000 al 2006. La selezione e l'approvazione dei progetti si basano sui programmi nazionali in materia di trasporti inseriti nel programma nazionale relativo all'adozione dell'*acquis*. Secondo il regolamento ISPA sono finanziabili progetti, fasi di un progetto tecnicamente e finanziariamente autonome, gruppi di progetti e l'assistenza tecnica. Il finanziamento può assumere la forma di aiuti diretti a fondo perduto, di aiuti rimborsabili o di qualsiasi altra forma di aiuti. Il tasso di contributo può arrivare generalmente al 75% delle spese pubbliche. Per ulteriori informazioni si veda il regolamento Ispa, *loc. cit.*

⁷⁹ Nel febbraio 1996, il Consiglio dell'Unione ha adottato una strategia detta di «approccio regionale», quadro per lo sviluppo di relazioni con i cinque Paesi della regione con cui non erano stati avviati negoziati per la stipula di un accordo di associazione (Bosnia-Erzegovina, la Croazia e la Repubblica Federale di Jugoslavia, obbligate al rispetto degli accordi di pace, nonché la ex Repubblica jugoslava di Macedonia - FYROM - e l'Albania). L'obiettivo principale dell'approccio regionale è l'attuazione degli accordi di pace di Erdut e di Parigi e la creazione di un'area di stabilità politica e di prosperità economica. Il fallimento dei negoziati di Rambouillet e l'intervento

Ne è discesa l'esigenza di rafforzare l'approccio regionale nei confronti dell'Europa sud-orientale, attraverso la creazione di un processo di stabilizzazione e di associazione (SAP), atto ad assicurare una nuova dimensione alle relazioni con gli Stati dell'area, offrendo loro una prospettiva di adesione⁸⁰. Tra gli strumenti di attuazione di questo processo rientrano gli accordi di stabilizzazione e di associazione (SAA), che sostituiscono gli accordi di cooperazione previsti dall'approccio regionale. Si tratta di un nuovo tipo di accordi, proposti dall'Unione, concepiti su misura per ogni Paese che partecipa al processo di stabilizzazione e di associazione sulla base di un calendario di negoziazione differenziato, a seconda della capacità di soddisfare le condizioni stabilite e del contributo allo sviluppo della cooperazione regionale⁸¹.

Sinora sono stati firmati due accordi di stabilizzazione e di associazione tra le Comunità e gli Stati membri, da un lato, e, rispettivamente, la ex Repubblica jugoslava di Macedonia e la Croazia, dall'altro, non ancora entrati in vigore. Con questi Stati, inoltre, la Comunità ha firmato due accordi interinali, che consentono l'entrata in vigore provvisoria delle disposizioni dei rispettivi accordi in materia di relazioni commerciali⁸². La conclusione di questi accordi di nuova generazione apre una prospettiva di integrazione nell'Unione, avviando un periodo transitorio al termine del quale si completerà l'associazione⁸³. L'Unione promuove inoltre l'integrazione orizzontale a com-

della Nato in Kosovo nella primavera del 1999 hanno sottolineato l'inefficacia delle azioni della comunità internazionale nel realizzare il processo di pacificazione dei Balcani.

⁸⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione del 26 maggio 1999, Com(99)235, e le conclusioni del Consiglio «Affari generali» del 21 giugno 1999. Per l'esplicito riconoscimento agli Stati dei Balcani occidentali - espressione con cui l'Ue fa riferimento alle repubbliche della ex Jugoslavia, esclusa la Slovenia, e all'Albania - dello *status* di candidati potenziali all'adesione si vedano le conclusioni del Consiglio europeo di Santa Maria da Feira, del 19 e 20 giugno 2000.

⁸¹ In particolare, quando il Paese rispetta le condizioni stabilite nelle conclusioni del Consiglio «Affari generali» del 29 aprile 1997, la Commissione presenta una relazione di fattibilità sull'apertura dei negoziati; il Consiglio riceve il rapporto e, se positivo, invita la Commissione a predisporre un progetto di direttive di negoziato; dopo un esame tecnico il Consiglio adotta le direttive, dando avvio al processo di negoziato per la conclusione del SAA.

⁸² Il SAA con la ex Repubblica jugoslava di Macedonia è stato firmato il 9 aprile 2001, quello con la Repubblica di Croazia il 29 ottobre 2001. Negli stessi giorni sono stati firmati gli accordi interinali con la ex Repubblica jugoslava di Macedonia (in *Guce* n. L 124 del 4 maggio 2001) e con la Croazia (in *Guce* n. L 330 del 14 dicembre 2001), entrati in vigore rispettivamente il 1° giugno 2001 e il 1° gennaio 2002. Parallelamente agli accordi interinali, continueranno ad essere applicate le concessioni commerciali più favorevoli del regolamento n. 2007/2000 (in *Guce* n. L 240 del 23 settembre 2000). Con riferimento all'avanzamento nel SAP degli altri Stati: il 31 gennaio 2003 è stato avviato il processo di negoziato per la conclusione del Saa con l'Albania; la Bosnia-Erzegovina ha in gran parte completato l'attuazione dei diciotto passaggi essenziali definiti in un *vademecum* Ue nel 2000 e si attende, come prossima tappa, la relazione della Commissione sulla fattibilità dei negoziati per la conclusione del Saa; la conclusione di una relazione sulla fattibilità dei negoziati con la Serbia e il Montenegro dipenderà dal superamento dell'attuale clima di incertezza costituzionale e giuridica.

⁸³ Il periodo transitorio per la completa attuazione degli accordi decorre dall'entrata in vigore del SAA ed ha la durata massima di sei anni per la Croazia, di dieci anni per la ex Repubblica jugoslava di Macedonia (artt. 5 e 15 dei due SAA). Nel periodo transitorio previsto da ciascuno dei due accordi viene gradualmente instaurata, su base reciproca ma asimmetrica, un'area di libera circolazione tra la Comunità e il Paese contraente. La Comunità ha già ampiamente realizzato una

pletamento di quella verticale più o meno compiutamente realizzata con ciascuno di essi, al fine di indurli a superare antagonismi e particolarismi che si sono rivelati in passato destabilizzanti⁸⁴.

Previsioni specifiche sono riferite ai trasporti. Le disposizioni sullo stabilimento non si applicano ai servizi di trasporto aereo, fluviale e di cabotaggio marittimo, per i quali, tuttavia, il Consiglio di stabilizzazione e di associazione può formulare raccomandazioni volte a migliorare le condizioni di stabilimento e di attività⁸⁵. La disciplina sulla prestazione di servizi prevede misure concrete di liberalizzazione per i trasporti marittimi internazionali⁸⁶, mentre per i trasporti aerei rinvia a successivi accordi per le condizioni di reciproco accesso al mercato. In materia di trasporti terrestri l'accordo con la ex Repubblica jugoslava di Macedonia rinvia a un accordo preesistente, mentre l'accordo con la Croazia rinvia a un protocollo allegato⁸⁷. Inoltre, i due accordi di stabilizzazione e di associazione impegnano le parti a instaurare una stretta cooperazione in vari settori, tra cui la politica dei trasporti, rivolgendo particolare attenzione alle misure atte a promuovere la cooperazione regionale⁸⁸. Tra gli scopi di tale cooperazione rientrano: la ristrutturazione e l'ammodernamento dei sistemi di trasporto e delle infrastrutture; il miglioramento della circolazione di passeggeri e di merci; l'accesso al mercato dei trasporti; il

liberalizzazione asimmetrica degli scambi e, a partire dal dicembre 2000, è in vigore un sistema di preferenze tariffarie commerciali concesso in via unilaterale ai Paesi del processo di stabilizzazione per catalizzare lo sviluppo di accordi bilaterali tra i sette Paesi della regione, nel rispetto del *memorandum* d'intesa firmato nel giugno 2001, nel quadro del Patto di stabilità. Si vedano le conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo 2000. Per la concessione dalla Comunità del sistema di preferenze tariffarie commerciali autonomo, come parte del SAP, si veda il regolamento n. 2007/2000, *cit. supra*, nota 82 e successive modifiche. In generale, il regolamento estende le preferenze commerciali già in vigore, introducendo la liberalizzazione degli scambi per il 95% delle esportazioni degli Stati del SAP verso l'Unione, in assenza di restrizioni quantitative e di dazi doganali. Si tratta di misure di carattere eccezionale, di durata limitata a cinque anni. Il *memorandum* di intesa è stato firmato a Bruxelles il 27 giugno 2001 dai cinque Stati beneficiari del SAP, dalla Bulgaria e dalla Romania, ai quali si è associata con una dichiarazione di intenti la Moldavia. Il 18 febbraio 2003 è stata completata la stipula della rete di 21 accordi di libero scambio tra gli Stati dell'Europa sud-orientale. Per ulteriori dettagli si veda il sito www.seerecon.org.

⁸⁴ Sullo stato degli accordi di libero scambio nell'area balcanica a fine aprile 2002 vedi C. JEAN - T. FAVARETTO (a cura di), *Reti infrastrutturali nei balcani. Superamento del dilemma tra integrazione regionale ed europea*, Milano, Franco Angeli, 2002, p. 228.

⁸⁵ Cfr. art. 50 del SAA con la ex Repubblica jugoslava di Macedonia e art. 51 del SAA con la Croazia.

⁸⁶ Le disposizioni dei SAA in materia di trasporto marittimo internazionale impegnano le parti ad applicare il principio del libero accesso al mercato e al traffico su base commerciale, abolendo le misure restrittive ed evitando di introdurre nei successivi accordi bilaterali con i Paesi terzi clausole di ripartizione del carico. Il principio di libero accesso al mercato marittimo internazionale si applica anche ai traffici regolati dal codice di condotta Unctad, *cit. supra*, nota 74.

⁸⁷ L'accordo nel settore dei trasporti tra la CE e la ex Repubblica jugoslava di Macedonia, firmato il 29 giugno 1997 ed entrato in vigore il 28 novembre successivo (in *Guce* n. L 348 del 18 dicembre 1997), e l'analogo protocollo 6 del SAA con la Croazia prevedono la liberalizzazione del traffico stradale di transito attraverso lo Stato balcanico firmatario e la Comunità, la promozione del trasporto ferroviario e combinato, lo sviluppo delle infrastrutture multimodali di trasporto.

⁸⁸ Cfr. art. 80 del SAA con la ex Repubblica jugoslava di Macedonia e art. 81 del SAA con la Croazia.

raggiungimento di *standard* operativi comparabili a quelli comunitari ed un'accresciuta tutela dell'ambiente nei sistemi di trasporto. Gli accordi, inoltre, specificano i settori prioritari di cooperazione, tra cui lo sviluppo delle infrastrutture di interesse comune e dei collegamenti transeuropei⁸⁹.

Attraverso il programma CARDS l'Unione fornisce assistenza tecnica e finanziaria ai Paesi balcanici, per aiutarli nel processo di stabilizzazione, sia prima che dopo la firma di un accordo SAA⁹⁰. Tra i progetti finanziati dal programma rientra il *Regional Balkans Infrastructure Study* (REBIS), che rappresenta il seguito e l'approfondimento del *Transport Infrastructure Regional Study* (TIRS), realizzato nel quadro del Patto di stabilità⁹¹. Questi due studi tecnici, partendo dalle sezioni dei corridoi che attraversano l'Europa sud-orientale, hanno consolidato il quadro strategico della politica comunitaria dei trasporti nell'area⁹².

⁸⁹ L'indicazione dei settori prioritari di cooperazione comprende, oltre allo sviluppo delle infrastrutture, la gestione delle ferrovie e degli aeroporti, anche attraverso un'adeguata cooperazione tra le competenti autorità nazionali; il trasporto stradale, compresi i pedaggi e gli altri oneri, gli aspetti sociali e quelli ambientali; il trasporto combinato strada-ferrovia; l'armonizzazione delle statistiche relative al trasporto internazionale; l'ammodernamento delle attrezzature tecniche di trasporto per conformarsi alle norme comunitarie e l'assistenza per ottenere finanziamenti a tal fine; la promozione di programmi tecnologici e di ricerca comuni; l'adozione di politiche di trasporti coordinate e compatibili con quelle comunitarie (art. 98 del SAA con la ex Repubblica jugoslava di Macedonia e art. 100 del SAA con la Croazia).

⁹⁰ Il programma CARDS (*Community Assistance for Reconstruction, Development and Stabilisation*), istituito con regolamento n. 2666/2000 del 5 dicembre 2000 (in *Guce* n. L 306 del 7 dicembre 2000), unifica il quadro giuridico relativo all'assistenza precedentemente erogata tramite il programma OBNOVA (cfr. regolamento n. 1628/96 del 25 luglio 1996, relativo all'aiuto alla Bosnia Erzegovina, alla Croazia, alla Repubblica federale di Jugoslavia e alla ex Repubblica jugoslava di Macedonia, in *Guce* n. L 204 del 14 agosto 1996, p. 1, e successive modifiche) e il programma PHARE, esteso a favore dell'Albania, della Croazia, della ex Repubblica jugoslava di Macedonia e della Bosnia Erzegovina (si vedano rispettivamente i regolamenti n. 3800/91 in *Guce* n. L 357 del 28 dicembre 1991; n. 1366/95 in *Guce* n. L 123 del 17 giugno 1995; n. 463/96 in *Guce* n. L 65 del 15 marzo 1996 e n. 753/96 in *Guce* n. L 103 del 26 aprile 1996). L'adozione del programma CARDS risponde all'esigenza di razionalizzazione e di efficacia dei precedenti programmi di sostegno della regione e alla necessità di sviluppare e riorientare l'assistenza finanziaria per adeguarla agli obiettivi del SAP.

⁹¹ La relazione finale TIRS presenta un quadro completo del settore dei trasporti nell'Europa sud-orientale, identificando e classificando in categorie di priorità e grado di preparazione i progetti di infrastruttura necessari a completare la rete di trasporto. Il progetto REBIS, avviato nel giugno 2002 e concluso un anno dopo, assiste i Paesi beneficiari (cioè Albania, Bosnia Erzegovina, Croazia, Repubblica ex jugoslava di Macedonia, Serbia, Montenegro e Kosovo) nella definizione di strategie coerenti per lo sviluppo delle infrastrutture di trasporto; il documento è reperibile in www.seerecon.org/Calendar/2003/Events/0626hlm/index.html.

⁹² Si veda in proposito il documento della Commissione *Transport and energy infrastructure in South Eastern Europe*, del 15 maggio 2001, reperibile sul sito www.europa.eu.int/comm/europe-aid/projects/cards/pdf/energy.pdf. Al fine di realizzare una rete multimodale così complessa, sul modello dei meccanismi già istituiti per attuare i corridoi paneuropei, la Comunità ritiene necessaria la firma di un *memorandum of understanding*; l'istituzione di meccanismi di monitoraggio, nella forma di uno *Steering Committee* e di un segretario; un supporto tecnico comune che assicuri la raccolta, l'analisi e l'utilizzo dei dati rilevanti. Vedi il documento della Commissione *Implementing the West Balkans transport infrastructure core network*, in www.seerecon.org/Calendar/2003/Events/0626hlm/index.html e la relazione finale REBIS, *loc. cit.*

Un terzo approccio caratterizza i rapporti della Comunità con i nuovi Stati indipendenti della ex Unione Sovietica che si concretizza in misure unilaterali di assistenza tecnica nonché in accordi bilaterali di partenariato e di cooperazione (PCA), di durata decennale e rinnovabili⁹³. La maggior parte di questi accordi contiene una clausola evolutiva, che permette di ampliare i titoli dell'accordo, fino a instaurare tra le parti una zona di libero scambio, come espressamente previsto negli accordi con la Bielorussia, la Moldavia, la Federazione Russa e l'Ucraina, confinanti con l'Unione dopo il prossimo allargamento⁹⁴.

Con riferimento ai servizi di trasporto, gli accordi stabiliscono una disciplina distinta da quella generale relativa allo stabilimento e alla prestazione di servizi transfrontalieri. In particolare, misure concrete di liberalizzazione riguardano le attività di trasporto marittimo internazionale⁹⁵; con riferimento alle altre modalità di trasporto, invece, al fine di garantire uno sviluppo coerente con le esigenze commerciali delle parti, le condizioni di reciproco accesso al mercato nonché la fornitura di servizi sono rinviati a specifici accordi.

La materia dei trasporti, inoltre, ricade nell'ambito dei titoli sulla cooperazione legislativa, che impegna la Comunità a fornire l'assistenza tecnica necessaria al ravvicinamento legislativo, e sulla cooperazione economica⁹⁶.

⁹³ In *Guce* n. L 49 del 19 febbraio 1998 l'accordo di partenariato e di cooperazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e l'Ucraina, dall'altra (in vigore dal 1° marzo 1998); *Guce* n. L 327 del 28 novembre 1997 per l'accordo con la Federazione russa (in vigore dal 1° dicembre 1997); *Guce* n. L 181 del 24 giugno 1998 per l'accordo con la Moldavia (in vigore dal 1° luglio 1998); *Guce* n. L 196 del 28 luglio 1999 per l'accordo sia con il Kazakistan sia con il Kirghizistan (entrambi in vigore dal 1° luglio 1999); *Guce* n. L 239 del 9 settembre 1999 per l'accordo con l'Armenia, *Guce* n. L 246 del 17 settembre 1999 per l'accordo con l'Azerbaijan, *Guce* n. L 205 del 4 agosto 1999 per l'accordo con la Georgia, *Guce* n. L 229 del 31 agosto 1999 per l'accordo con l'Uzbekistan (tutti in vigore dal 1° luglio 1999). L'accordo di partenariato e di cooperazione con la Bielorussia, firmato il 6 marzo 1995, e quello con il Turkmenistan, firmato il 24 maggio 1997, non sono ancora entrati in vigore. Inoltre, con il Turkmenistan non è stato siglato alcun accordo interinale in materia commerciale, mentre quello firmato con la Bielorussia il 25 marzo 1996 non è ancora entrato in vigore, a causa dei notevoli ostacoli allo sviluppo della democrazia e dei diritti umani sorti in Bielorussia dal 1997.

⁹⁴ Per la clausola evolutiva si veda il titolo I, relativo ai principi generali, dei PCA con i quattro Paesi citati e, formulata in termini diversi, dei PCA con la Georgia, l'Azerbaijan e l'Armenia.

⁹⁵ Le parti si impegnano ad applicare il principio del libero accesso al mercato e al traffico commerciale, abolendo le misure restrittive ed evitando di introdurre nei successivi accordi bilaterali con i Paesi terzi clausole di ripartizione del carico. Il principio di libero accesso al mercato marittimo internazionale si applica anche ai traffici regolati dal codice di condotta Unctad. Le disposizioni di molti PCA prevedono, inoltre, che le navi gestite da cittadini o compagnie dell'altra parte beneficeranno del trattamento nazionale quanto all'accesso ai porti, all'uso delle infrastrutture e dei servizi marittimi ausiliari, per i relativi diritti e oneri, per le agevolazioni doganali e per l'assegnazione di ormeggi e di infrastrutture per il carico e lo scarico. Il libero accesso alle idrovie degli Stati contraenti per la prestazione di servizi internazionali di trasporto mare-fiume da parte dei loro cittadini e società è previsto solo in combinazione con il trasporto marittimo internazionale. Cfr. l'art. 31 nell'accordo con l'Uzbekistan; l'art. 32 negli accordi con l'Armenia, l'Azerbaijan, la Georgia e il Kazakistan; l'art. 33 nell'accordo con il Kirghizistan, l'art. 38 nell'accordo con la Moldavia; l'art. 39 negli accordi con la Russia e l'Ucraina; l'art. 40 nell'accordo con la Bielorussia.

⁹⁶ Per il ravvicinamento legislativo in materia di trasporti si veda il titolo V degli accordi con il Kazakistan, il Kirghizistan, l'Armenia, l'Azerbaijan, la Georgia e l'Uzbekistan (rispettivamente agli artt. 43, 44, 43, 43, 43 e 42) e il titolo VI degli accordi con l'Ucraina, la Russia, la Moldavia e la Bielorussia (rispettivamente agli artt. 51, 55, 50 e 52). Per la cooperazione economica in materia di

Quest'ultima è finalizzata, tra l'altro, alla ristrutturazione e all'ammodernamento dei sistemi e delle reti di trasporto, compresi i grandi assi di interesse comune e i collegamenti transeuropei. Attraverso il programma TACIS, la Comunità fornisce assistenza tecnica e finanziaria agli Stati firmatari degli accordi di partenariato e di cooperazione, basandosi sui principi e sugli obiettivi definiti in tali accordi⁹⁷. Il settore dei trasporti è sostenuto in questo quadro anche attraverso programmi nazionali e multinazionali⁹⁸. Le infrastrutture ereditate dall'era sovietica sono sovradimensionate rispetto alle esigenze attuali, pertanto gli interventi di assistenza TACIS più consistenti sono finalizzati a mantenere in efficienza le infrastrutture già esistenti. Il modo di trasporto prevalente in questi Paesi è quello ferroviario, che assorbe oltre l'80% del trasporto terrestre – contro il 20% assorbito nell'Unione europea –; per migliorare la flessibilità del sistema, TACIS promuove progetti di trasporto multimodale, con il sostegno della crescita del trasporto su strada; il frazionamento di grandi imprese di trasporto; il trasferimento del *know-how* gestionale ai Paesi *partner*; la riforma del quadro giuridico e istituzionale⁹⁹.

La cooperazione e il dialogo favoriti dal Programma TRACECA hanno indotto i Paesi coinvolti a stipulare una moltitudine – anche caotica – di accordi, bilaterali e multilaterali, per l'integrazione dei sistemi nazionali di trasporto¹⁰⁰.

trasporti si veda il titolo VI degli accordi con il Kazakistan, il Kirgizistan, l'Armenia, l'Azerbaijan, la Georgia e l'Uzbekistan (rispettivamente agli artt. 55, 56, 56, 57, 58 e 55) e il titolo VII degli accordi con l'Ucraina, la Russia, la Moldavia e la Bielorussia (rispettivamente agli artt. 64, 70, 62 e 64).

⁹⁷ Cfr. il regolamento n. 99/2000, già menzionato, e in particolare gli artt. 2, 3, par. 5, e 16. Tuttavia, l'inosservanza dei comuni valori alla base del programma TACIS e dei PCA – fondamentalmente il rispetto dei principi democratici, dei diritti umani e dei principi dell'economia di mercato – può avere conseguenze diverse. Infatti, nel primo caso si tratta di misure unilaterali di assistenza, la cui interruzione o sospensione sono riconducibili all'esercizio di un potere discrezionale delle istituzioni comunitarie; invece, i PCA sono accordi internazionali della Comunità, la cui sospensione è sottoposta a condizioni più stringenti, connesse al diritto internazionale dei Trattati e alle clausole dell'accordo, che possono attuare una politica di condizionalità a determinati criteri economici, politici o sociali più o meno forte. Per la politica di condizionalità ai diritti umani nelle relazioni esterne dell'Unione – incluse quelle che si fondano sui PCA – si veda M. G. GARBAGNATI, *Diritti umani e competenze esterne dell'Unione*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 245 ss.

⁹⁸ L'assistenza TACIS si applica nel quadro di programmi nazionali, multinazionali e di altro tipo. Tra i programmi multinazionali assumono particolare rilevanza nel settore dei trasporti il programma di cooperazione regionale, che fornisce sostegno alla cooperazione tra i NSI, ed il programma di cooperazione transfrontaliera, che fornisce sostegno ai NSI che confinano con l'Unione o con i Paesi candidati all'adesione. Nell'ambito del programma di cooperazione regionale rientra la creazione di reti (tra cui il programma TRACECA). Nell'ambito del programma di cooperazione transfrontaliera figurano l'ambiente ed i valichi di frontiera. Cfr. Commissione, *Relazione annuale 2001 sulla politica di sviluppo della CE e sull'esecuzione dell'assistenza esterna*, sul sito internet www.europa.eu.int/comm/europeaid/reports/index-en.htm, p. 77 ss.

⁹⁹ Cfr. Commissione, *Relazione annuale 2001*, loc. cit., p. 83.

¹⁰⁰ In occasione di una conferenza tenuta a Baku nel settembre 1998, i capi delle delegazioni di dodici Paesi hanno sottoscritto un accordo quadro multilaterale sui trasporti internazionali per lo sviluppo del corridoio TRACECA. I Paesi firmatari del *Basic Multilateral Agreement on International Transport for Development of the Europe – the Caucasus – Asia Corridor* e degli allegati tecnici sono Armenia, Azerbaijan, Bulgaria, Georgia, Kazakistan, Kirghizistan, Moldavia, Roma-

7. Le rotte Europa-Asia nell'ottica della globalizzazione

Lo sviluppo di un piano infrastrutturale pan-europeo negli anni Novanta si svolge in parallelo con la crescente attenzione dedicata alle stesse questioni nel continente asiatico. Tramontato l'equilibrio bipolare, l'Europa scopre la dimensione continentale e la strategicità delle rotte di trasporto via terra che collegano la Comunità alle frontiere con l'Asia; allo stesso modo l'Asia dedica un'attenzione crescente alle possibilità di collegamento viario e ferroviario con l'Europa. Tali collegamenti consentirebbero, in condizioni di efficienza, di ridurre significativamente i costi e i tempi di trasporto rispetto alle rotte marittime che congiungono l'estremo oriente a Suez e al Mar Rosso e soprattutto includerebbero in una rete di collegamenti Paesi che oggi ne sono pressoché tagliati fuori. Considerazioni di necessità oltre che di convenienza muovono le repubbliche centro asiatiche, prive di accesso al mare e non più integrate come una volta nel sistema economico e infrastrutturale sovietico. D'altronde, i disegni infrastrutturali dell'Unione europea vedrebbero limitate le proprie potenzialità se i corridoi europei non si collegassero alle rotte asiatiche. Ragionando in termini di globalizzazione, ciascuno dei due sistemi di trasporto sarebbe incompiuto senza l'altro.

È stata in primo luogo la Commissione economica delle Nazioni Unite per l'Asia ed il Pacifico (UN-ESCAP) a cogliere queste nuove possibilità e a dar loro adeguata risonanza. In una prima celebre risoluzione, la n. 48/11 dell'aprile 1992, questo organismo, riconoscendo come l'armonizzazione delle specifiche tecniche sia prerequisito per sviluppare i trasporti, il commercio e il turismo sulle rotte internazionali e dunque per lo sviluppo *tout court*, inventariava una serie di accordi multilaterali già esistenti e ne raccomandava l'adesione a tutti gli Stati membri¹⁰¹. Nella stessa occasione esso faceva proprio il progetto ALTID (*Asian Land Transport Infrastructure Development*) che identificava delle linee infrastrutturali di sviluppo, in particolare il *network* dell'autostrada asiatica e la ferrovia trans-asiatica, di cui si segnalano quattro rotte prioritarie Europa-Asia¹⁰².

nia, Tajikistan, Turchia, Ucraina e Uzbekistan. Le disposizioni regolano il trasporto internazionale di merci e di passeggeri tra le parti e il trasporto in transito tra i territori delle parti. Sempre con il sostegno di Tacis sono stati costituiti gli organismi previsti dall'accordo, tra cui la Commissione congiunta intergovernativa (IGJC) e il Segretariato TRACECA, con il compito di gestire e promuovere l'attuazione dell'accordo base e degli allegati tecnici, ma anche di costituire un *forum* di consultazione regionale per i problemi del commercio e del trasporto. Per ulteriori dettagli, si rinvia al testo dell'accordo e alle numerose informazioni disponibili sul sito internet www.traceca.org.

¹⁰¹ Il testo completo della risoluzione ESCAP 48/11 (739th meeting, 23 April 1992), è disponibile sul sito www.unescap.org/tctd/lt/reso48_11.htm.

¹⁰² Sono in particolare la ferrovia settentrionale transasiatica (Europa-Russia-Cina – penisola coreana); la meridionale transasiatica (Europa-Iran- Asia meridionale e Sud-est asiatico), la nuova ferrovia della seta (Europa-Turchia-Iran-Asia centrale-Cina) ed il corridoio TRACECA, di cui si è già detto. Il progetto ALTID è posto in essere progressivamente dai 31 Paesi aderenti sulla base di piani d'azione biennali; vi partecipano altresì numerose organizzazioni internazionali asiatiche e

Nel maggio 1995, la Commissione ESCAP, con la Risoluzione n. 51/8, ha proposto un Piano d'azione per lo sviluppo delle infrastrutture in Asia, adottato successivamente dalla Conferenza ministeriale sulle infrastrutture tenutasi a Nuova Dehli nell'ottobre 1996¹⁰³.

Dalla lettura di questi documenti si trae la sensazione che nel continente asiatico, ben più grande ed eterogeneo di quello europeo, progetti così ambiziosi siano di più difficile realizzazione e fermi in larga misura alla fase del censimento dei bisogni e degli studi di fattibilità¹⁰⁴. Tuttavia, proprio l'eterogeneità dei Paesi interessati – per dimensioni e stadio di sviluppo – e la presenza di forme di aggregazione regionali fanno sì che rotte o parti di rotte possano essere ad uno stato avanzato di definizione e avere tempi di realizzazione più spediti¹⁰⁵.

L'assoluta complementarità tra linee di trasporto asiatiche ed europee non poteva che dar luogo ad una forma di coordinamento o raccordo, avvenuta ufficialmente con un incontro a livello di rappresentanti dei Governi e dei Parlamenti europei ed asiatici a San Pietroburgo, nel maggio 1998¹⁰⁶. La Di-

regionali, nonché Francia, Germania, Giappone e Repubblica di Corea in veste di donatori. Per approfondimenti si veda il sito <http://www.unescap.org/tctd/lt/altid.htm>.

¹⁰³ Il Piano, noto come Piano d'azione di Nuova Dehli, si articola in fasi; la successiva Conferenza ministeriale sulle infrastrutture di Seul (novembre 2001) ha concluso la prima fase ed inaugurato la seconda, destinata a chiudersi nel 2006. La Dichiarazione adottata in occasione di tale conferenza puntualizza le priorità e gli obiettivi del piano di infrastrutturazione asiatico. Particolarmente interessante la lettura in parallelo con le dichiarazioni delle Conferenze paneuropee dei ministri dei trasporti, più puntuali forse, ma in fondo meno ambiziose per la minore distanza tra situazione di partenza e obiettivi. Il testo completo in <http://www.unescap.org/tctd/gt/ndd.htm>.

¹⁰⁴ Si vedano lo studio di fattibilità e lo studio per lo sviluppo del trasporto merci attraverso il corridoio settentrionale della ferrovia transasiatica sul sito <http://www.unescap.org/tctd/tar/ncorridor.htm>, nonché lo studio per lo sviluppo della ferrovia transasiatica attraverso il corridoio meridionale sul sito <http://www.unescap.org/tctd/pubs/tarstoc.htm>.

¹⁰⁵ Ne è un esempio l'accordo concluso tra India, Iran, Oman e Russia per il corridoio internazionale di trasporto Nord-Sud, concluso il 22 gennaio 2002 a Nuova Dehli, che disciplina il transito e il trasporto di beni e passeggeri via terra e via mare, dalla Russia attraverso il Caspio all'Iran e di nuovo per mare sino ai porti di India e Oman. Dal maggio 2002 questo accordo è in vigore e ha dato vita ad un *North-South ITC Coordinating Council*. Si segnala, inoltre, il progetto di assistenza tecnica RETA alle Repubbliche centro asiatiche (Kazakistan, Tajikistan, Kirgikistan, Uzbekistan e Cina popolare), tutte partecipanti all'*Asian Development Bank* che ne è finanziatrice. Questo si è tradotto, nel 1999 in uno studio di settore sui trasporti a cui hanno fatto seguito diversi incontri intergovernativi con l'obiettivo di dare un seguito ai disegni di sviluppo infrastrutturale che interessa gli Stati membri dell'*Asian Development Bank*. Lo studio di settore è stato prodotto nel gennaio 2000 e discusso nel luglio 2000 in quattro *workshop* nazionali e nel settembre 2000 a livello regionale nel *workshop* di Almaty a livello ministeriale, con l'obiettivo di sviluppare una serie di progetti comuni cui assegnare priorità per i trasporti attraverso l'Asia centrale. Ancora tra le iniziative di carattere regionale figurano il progetto di cooperazione denominato *Silk Road Development Program* - con il sostegno del Programma di Sviluppo delle Nazioni Unite (UNDP) - che copre trasporti e politica commerciale e il Progetto speciale delle Nazioni unite per le economie dell'Asia centrale (SPECA) dedicato ai trasporti e al traffico internazionale attraverso le frontiere, per non parlare del già menzionato corridoio TRACECA, sostenuto dall'Unione europea attraverso il fondo TACIS.

¹⁰⁶ È l'*International Euro-Asian Conference on Transport*, tenutasi nei giorni 12-13 maggio 1998.

chiarazione finale dell'incontro¹⁰⁷ richiama tutte le iniziative continentali, regionali e subregionali, pone l'accento sui collegamenti euro asiatici, evidenziando le tratte che, in questo quadro assumono rilievo strategico – come i corridoi II, VII, VIII, l'area del Mar Nero, la ferrovia Trans-siberiana e il corridoio TRACECA¹⁰⁸ – evidenzia l'importanza delle Convenzioni internazionali relative ai trasporti concluse nell'ambito della Commissione economica delle Nazioni unite per Europa (UN-ECE) ma anche delle risoluzioni della Commissione gemella per l'Asia e il Pacifico (UN-ESCAP) e della Conferenza europea dei Ministri dei trasporti, nonché degli accordi di associazione e cooperazione conclusi dall'Unione europea. Raccomanda infine un preciso approccio al fine di sviluppare un sistema di trasporti integrato euro-asiatico.

Gli indirizzi di questo approccio sono così sintetizzabili: *i.* massimo utilizzo delle linee esistenti, nonché mantenimento dei grandi disegni continentali, ovvero i 10 corridoi per l'Europa e le priorità identificate dal progetto ALTID per l'Asia; *ii.* coordinamento dei due fori paneuropeo e panasiatico; *iii.* sviluppo dell'efficienza operativa delle linee internazionali sulle stesse basi già osservate per i corridoi; *iv.* approccio integrato aria/terra/acqua, rispetto dell'ambiente; *v.* rispetto di tutti gli accordi internazionali esistenti e del diritto comunitario; *vi.* rispetto dei principi della libera concorrenza e dell'economia di mercato.

I due fori continentali UN-ECE e UN-ESCAP si impegnano al coordinamento, alla cooperazione nello studio e nella ricerca, all'elaborazione di comuni *standard* statistici e prendono in considerazione la possibilità di elaborare un programma congiunto di sviluppo dei trasporti; infine, invitano all'assistenza tecnica e finanziaria le organizzazioni finanziarie internazionali – in particolare la Banca mondiale e le Banche regionali di sviluppo – come anche i Paesi donatori ed il settore privato. Si prospettano altresì nuovi incontri a cadenza periodica.

¹⁰⁷ La Dichiarazione finale della prima, come della seconda conferenza euro-asiatica, è reperibile sul sito <http://www.unece.org/trans/cd.html>.

¹⁰⁸ G. MANCINI scrive al riguardo «i Corridoi euroasiatici di terra, che costituiscono il prolungamento dei corridoi paneuropei all'Asia, dando [*rectius*: danno (*n.d.r.*)] alla penisola balcanica un ruolo di assoluta centralità soprattutto per quanto riguarda il trasporto delle risorse energetiche dall'Asia centrale in Europa: il corridoio transiberiano, che congiunge i corridoi paneuropei 2, 3 e 9 alla Cina, alla penisola coreana e al Giappone, attraverso Russia e Kazakistan/Mongolia; il TRACECA (Transport Corridor Europe-Caucasus-Asia), che congiunge i corridoi paneuropei 4, 7, 8, 9 all'Asia centrale attraverso il Caucaso e la zona del Caspio, ripercorrendo alcuni tratti dell'antica via della Seta; il corridoio meridionale, che congiunge il corridoio paneuropeo 4 all'Asia centrale attraverso la Turchia e l'Iran; il corridoio Nord-Sud, che congiunge il corridoio paneuropeo 9 al golfo Persico, attraverso la Russia e l'Asia centrale; infine, un corridoio che deve ancora essere formalizzato, per unire il corridoio paneuropeo 4 alla Cina, questo caso attraverso l'Iran e l'Asia centrale». Evidenzia l'assoluta centralità che i Paesi balcanici si troveranno ad assumere, grazie alle nuove rotte est-ovest. In *Emporion* n. 21 del 4 dicembre 2002, rivista di geopolitica *on line* all'indirizzo <http://www.emporion-online.it>.

L'impegno è stato mantenuto con l'appuntamento successivo, nella stessa città, due anni dopo¹⁰⁹. Si è assistito, come già per le conferenze pan-europee dei ministri dei Trasporti, ad una precisazione degli obiettivi e dei termini della cooperazione, che identifica quattro corridoi euro asiatici, tutti connessi a corridoi europei¹¹⁰. Sono dettate inoltre le linee guida per la realizzazione degli stessi, che non è il caso di ripetere, vista la traslazione del modello già sviluppato nell'Europa continentale. Sulla natura giuridica dei due documenti valgono le osservazioni già svolte per le Dichiarazioni di Praga, Creta ed Helsinki.

Anche le dichiarazioni euro-asiatiche si traducono in accordi tra i Paesi interessati ai tracciati o in *addenda* ai *memoranda* relativi ai corridoi europei ora «prolungati» o «connessi» alle rotte asiatiche¹¹¹.

A seguito della Dichiarazione finale della seconda conferenza euro-asiatica è istituito un segretariato permanente denominato *Euro-Asian Transport Union* (EATU) con sede a Mosca¹¹²; la sua attività consiste nel preparare incontri periodici, nel coordinare le attività dei Governi e del settore privato per garantire loro un seguito, nell'attività di attrazione degli investimenti e di consulenza, nel favorire lo studio e la ricerca su queste tematiche. Questo organismo ha preparato la terza Conferenza euro-asiatica sui trasporti tenutasi nel settembre 2003¹¹³.

Dunque, dopo uno sviluppo parallelo e per certi versi analogo, europeo ed asiatico, della politica dei trasporti su scala continentale, i processi che viaggiavano su binari distinti si incontrano in un momento di riflessione congiunta. L'influenza europea si manifesta nel trasferimento dell'esperienza acquisita, ovvero in una nozione di corridoio che denota uno stadio più avanzato di maturazione, intermodale ed interoperabile, supportato dagli accordi multilaterali di armonizzazione tecnica e dagli accordi bilaterali dell'Unione

¹⁰⁹ Vedi la Dichiarazione della *Second International Euro-Asian Conference on Transport*, San Pietroburgo, 12-13 settembre 2000.

¹¹⁰ Questi sono: *i.* il corridoio trans-siberiano, che dai corridoi europei 2, 3 e 9 congiunge Federazione Russa e Giappone, con deviazioni dalla Russia verso la Cina, la Corea e la Mongolia; *ii.* il corridoio Traceca, che dai corridoi 4, 7, 8 e 9 attraverso il Mar Nero, il Caucaso, il Mar Caspio, giunge all'Asia centrale; *iii.* il corridoio meridionale, che congiunge l'Europa sud-orientale con la Turchia e l'Iran e qui si biforca: un ramo attraversa l'Asia centrale e arriva in Cina, l'altro percorre l'Asia meridionale, il Sud-est asiatico e giunge in Cina meridionale; *iv.* il corridoio Nord-Sud, che dall'Europa settentrionale (corridoio 9) attraversa la Russia e si dirama in tre direzioni: *a.* Caucaso-Golfo persico; *b.* Asia centrale-Golfo persico e *c.* attraverso il Caspio-Iran-Golfo persico.

¹¹¹ Si veda, a titolo di esempio, il *Memorandum of understanding* adottato dal *Meeting of the Ministers of Transport for the Development of the Corridor VIII-Asia transcontinental link*, adottato a Bourgas (Bulgaria) il 2 settembre 1997. Oltre ai Paesi del Corridoio VIII, è sottoscritto dai Ministri di Georgia, Turchia, Turkmenistan, Uzbekistan e Azerbaidjan.

¹¹² Si tratta in realtà di un ente di natura privatistica senza scopo di lucro, cui partecipano a pieno titolo società private attive nel settore dei trasporti.

¹¹³ Sempre a S. Pietroburgo, nei giorni 11-12 settembre 2003, sito ufficiale <http://www.eatu.org/conf/eng/index.php>.

europea per l'armonizzazione giuridica (abbattimento dei dazi e delle restrizioni, libertà di circolazione). La visione europea si riflette inoltre nel richiamo insistente ai principi dell'economia di mercato che nel campo dei trasporti significa accesso ai servizi da parte degli utenti senza alcuna discriminazione; efficienza ed effettività nei tempi di transito; competitività nei costi e copertura degli stessi attraverso le tariffe; accesso al mercato dei prestatori di servizi e dunque liberalizzazione; concorrenza effettiva.

Le modalità giuridiche del percorso di realizzazione dei nuovi corridoi euro-asiatici rimangono le stesse già osservate per i corridoi pan-europei: atti di indirizzo con carattere di *soft law*, attuati attraverso singoli *memoranda* e, sullo sfondo, l'armonizzazione tecnica realizzata a mezzo di accordi multilaterali e l'armonizzazione giuridica che poggia ancora, principalmente, su basi bilaterali.

8. Una nuova politica dei trasporti internazionali o un nuovo modello per le relazioni est/ovest?

Attraverso i corridoi, l'Unione proietta all'esterno la propria visione in materia di politica dei trasporti. Questi, infatti, prolungano i tracciati delle reti transeuropee fino ai confini del continente e le collegano alle rotte asiatiche. Le reti transeuropee sul territorio comunitario, la rete TINA sui Paesi di prossima adesione, i corridoi paneuropei che attraversano i Paesi vicini fino ai confini con l'Asia, le quattro aree di trasporto paneuropee e i collegamenti euro-asiatici compongono un unico disegno comunitario di infrastrutturazione diffusa e di politica dei trasporti integrata¹¹⁴. Vi è, sotteso a tale visione, il vagheggiamento di un modello di sviluppo in cui non esistano relazioni di dominanza e concentrazioni di sviluppo che si pongano quale centro gravitazionale. Al contrario, l'obiettivo è ribaltare l'attuale modello centro-periferia, per sostituirlo con un nuovo schema policentrico che rimuova le diseconomie della perifericità territoriale, abbassi la pressione ambientale e la tensione sociale, aiuti a stabilizzare le strutture democratiche¹¹⁵. Il modello prescelto

¹¹⁴ Quanto all'obiettivo della Comunità di interconnettere le proprie reti di trasporto con quelle dei Paesi vicini dell'Est e del Mediterraneo, si rinvia alla posizione comune Ce n. 22/95 (in *Guce* n. C 331 dell'8 dicembre 1995) e alla Comunicazione della Commissione Com(1997)172 del 23 aprile 1997. A dimostrazione del fatto che le reti transeuropee (intra-comunitarie) e i corridoi paneuropei fanno parte di un unico complessivo disegno, frutto della progettualità comunitaria, vedi da ultimo il Libro Bianco *European transport policy for 2010: time to decide*, Com (2001)0370. Nell'ottica di una strategia di sviluppo continentale si segnala altresì la cooperazione nell'ambito del Consiglio di Europa: la Conferenza dei ministri europei dell'assetto del territorio (CEMAT), tenuta ad Hannover nel settembre 2000, ha approvato un documento, contenente i principi guida dell'assetto territoriale dell'Europa intera.

¹¹⁵ Esistono diversi studi sulla rappresentazione del territorio europeo in base alla concentrazione delle attività economiche. Famoso è quello della "banana", secondo cui le attività economi-

come auspicabile scenario di evoluzione dello spazio continentale è quello di rete¹¹⁶, in questo quadro le infrastrutture di trasporto svolgono un ruolo chiave, come riconoscono tutti i documenti comunitari di programmazione territoriale tra cui lo Schema di sviluppo dello spazio europeo¹¹⁷. In attuazione di tale schema, la Comunità ha istituito il programma ESPON, con l'obiettivo, tra l'altro, di definire una metodologia per valutare l'impatto territoriale della politica dei trasporti e dei grandi progetti di infrastrutture e rivederne le modalità di applicazione¹¹⁸. Le infrastrutture di trasporto si pongono dunque

che in Europa si concentrano lungo un arco che va da Londra a Milano. Studi successivi, svolti anche dalla Commissione nell'ambito dei documenti *Europa 2000* e *Europa 2000+* (v. nota 117), mostrano una struttura del territorio europeo più articolata rispetto al modello della "banana": non ci sarebbero un centro e una periferia, ma un sistema di molteplici reti di città e regioni. Per maggiori dettagli, si veda P. BONAVERO - E. DANSERO, *La costruzione dello spazio unificato europeo*, in *L'Europa delle regioni e delle reti*, 1998, Torino, Utet, *passim*.

¹¹⁶ Concetto antico che ha guadagnato oggi nuovo vigore (NOMISMA, *Le reti per lo sviluppo, lo sviluppo delle reti. Rapporto Nomisma sulla politica industriale*, Roma, Carocci, 2003, p. 9 ss.) Quella della rete è una metafora utilizzata in un numero sempre crescente di discipline; in ambito geografico, le reti servono a concentrare e a ridistribuire persone, beni e informazioni, a stabilire relazioni di dominanza e di solidarietà, vedi R. BRUNET, *L'Europa delle reti*, in *L'Europa delle regioni e delle reti*, loc. cit., p. 238 ss. Vedasi altresì A. PREDIERI, *Le reti transeuropee nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, p. 287 ss. Nonché, per l'impiego della nozione di rete in varie discipline, E. CHITI, *Le agenzie europee*, Padova, Cedam, 2002, p. 409 ss. Con riferimento ai corridoi paneuropei, va sottolineato che in occasione della Conferenza di Helsinki è stato ampliato il disegno originale, troppo schematico, dei corridoi, passando da una proposta che privilegiava la costruzione di alcune linee di base ad uno schema di rete, con l'obiettivo di connettere ai corridoi anche le zone che gravitano economicamente intorno ad esso. Questa diversa prospettiva ha comportato l'inserimento dei porti nei corridoi e l'inclusione nel disegno globale delle *branches*, cioè di quei collegamenti che hanno significato trasportistico per la *main line*. Cfr. A. VINCI GIACCHI, *Il disegno di una rete transeuropea di trasporto*, nella rivista dell'ISDEE (Istituto di studi e documentazione sull'Europa comunitaria e l'Europa orientale) *Est-Ovest*, Trieste, n. 6 del 1999, Studi e ricerche/Dossier. Sull'argomento vedi *amplius* L. LEZZI, par. 7 del cap. II del volume *I corridoi paneuropei*, cit. *supra*, nota 1.

¹¹⁷ Il primo documento organico contenente i principi e gli orientamenti per una politica territoriale comunitaria è il rapporto *Europa 2000*, Com(90)544, elaborato nel 1991 dalla DG XVI della Commissione europea. Nel 1994 la Commissione ha pubblicato *Europa 2000+*, COM(94)354, che aggiorna il precedente rapporto alla luce del nuovo quadro di riferimento istituzionale comunitario (in particolare, l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, la pubblicazione nel 1993 del Libro Bianco *Crescita, competitività, occupazione* e l'avvio di una nuova fase di programmazione dei Fondi strutturali e delle politiche di coesione in generale) e delle nuove prospettive di ampliamento dell'Unione (con riferimento sia all'adesione dei Paesi scandinavi e dell'Austria, sia all'accelerazione del processo di integrazione con gli Stati dell'Europa centrale e orientale, sia alle sfide di intensificazione delle relazioni ancora più ad est e a sud, con i Paesi del Mediterraneo). L'estensione politica di *Europa 2000+* è lo *Schema di sviluppo dello spazio europeo* (SSSE), approvato nel maggio 1999 da un Consiglio informale dei ministri preposti al governo del territorio. Questo documento di programmazione indica una strategia comune di sviluppo territoriale dell'Ue ed è di grande interesse per il suo approccio, che individua le azioni comunitarie con un impatto diretto sull'organizzazione del territorio e sull'ambiente, tra cui le reti transeuropee. Si veda P. BONAVERO - E. DANSERO, cit. *supra*, nota 115, p. 1-35; per i contenuti e la natura giuridica dello SSSE si veda anche S. AMOROSINO, *Gli indirizzi dell'Unione europea per l'organizzazione del territorio comune e le funzioni statali e regionali - locali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 383-392.

¹¹⁸ Attraverso i fondi destinati dalla Commissione alla costituzione di reti nell'ambito di INTERREG III (art. 53 della Comunicazione approvata dalla Commissione il 28 aprile 2000, in *Guce* n. C 143 del 23 maggio 2000) il programma ESPON ha creato una rete europea di osservatori sulla programmazione territoriale, allo scopo di migliorare la conoscenza, la ricerca e l'informazione sullo sviluppo territoriale, avviando un percorso per l'applicazione dei principi dello SSSE e preparando l'allargamento del territorio dell'Unione. I lavori del programma ESPON, da realizzare

come strumenti prioritari di gestione del territorio, a servizio dello sviluppo.

Il quadro si compone, tuttavia, di luci e ombre. Tra le luci va sicuramente evidenziata l'originale concezione di un processo di sviluppo che mobilita su un disegno comunitario le risorse della più varia provenienza e una molteplicità di soggetti internazionali. È da apprezzare il pragmatismo che caratterizza questo modello: esso si fonda su una definizione condivisa delle rotte e lascia a Stati, organizzazioni internazionali e istituzioni finanziarie l'onere della realizzazione, ciascuno per la parte di proprio interesse o competenza. Nessuno dei soggetti coinvolti, infatti, avrebbe mai potuto porsi un obiettivo così ambizioso, neanche l'Unione europea, né un trattato multilaterale avrebbe mai potuto imporne la realizzazione, infine sarebbe stato quanto meno improbabile reperire fonti di finanziamento interessate al disegno complessivo, piuttosto che a singole parti di esso. Quella che può apparire, dal punto di vista del diritto, una costruzione barocca e poco efficace, era probabilmente la via più percorribile, se non l'unica.

Tra le ombre corre l'obbligo di sottolineare come molte componenti della strategia infrastrutturale europea risultino ancora solo teoriche¹¹⁹: l'attuazione dei progetti prioritari nell'ambito delle reti transeuropee procede a rilento e solo il 20% del lavoro programmato è stato finora completato¹²⁰; nella rete TINA sono ancora da definire alcune priorità di infrastrutturazione e scelte localizzative e, più in generale, l'attuale livello di realizzazione dei corridoi è molto basso e sono in larga misura incerti la specifica infrastruttura e i processi di pianificazione e di attuazione dei vari progetti.

entro il 2006, mirano a istituire un osservatorio permanente e ad essere la base di una seconda versione dello SSSE. Tra i progetti di ricerca ESPON relativi ai trasporti vi sono le azioni 1.2.1, *Transport networks, basic supply*, e 2.1.1, *EU infrastructure policy*. Per maggiori informazioni si veda il sito internet www.espon.lu.

¹¹⁹ In particolare, sebbene a Helsinki il percorso dei corridoi sia stato fissato con una certa precisione, mancano ancora alcune decisioni specifiche sul loro prolungamento e sulle cosiddette linee di apporto e di distribuzione che si collegano ai corridoi.

¹²⁰ Per affrontare il problema del finanziamento delle reti transeuropee di trasporto (TEN-T) mediante l'apposita linea di bilancio, nel programma indicativo pluriennale approvato il 19 settembre 2001, la Commissione concentra fino al 75% del bilancio complessivo TEN-T del periodo 2002-06 su priorità specifiche, che comprendono i progetti di Essen, il programma Galileo e progetti relativi alle strozzature della rete ferroviaria, ai collegamenti transfrontalieri con i Paesi candidati e ai sistemi di trasporto intelligente per strade e trasporto aereo (ITS). Inoltre, poiché i maggiori ritardi nell'attuazione della TEN-T riguardano i progetti transfrontalieri e ferroviari, la Commissione ha proposto una modifica del regolamento n. 2236/95 (già modificato con regolamento n. 1655/99), che aumenta dal 10% al 20% il tasso massimo di sostegno comunitario del bilancio TEN a favore di progetti transfrontalieri ferroviari attraverso barriere naturali o a favore di altre categorie di progetti alle frontiere dei Paesi candidati all'adesione (cfr. proposta di regolamento Com(2002)54 del 4 febbraio 2002). Inoltre, la Comunità dispone di tre altri strumenti di bilancio per finanziare le grandi infrastrutture di trasporto: il Fondo europeo di sviluppo regionale, il Fondo di coesione e lo strumento strutturale di preadesione ISPA. Tuttavia, tali finanziamenti sono insufficienti e, come risulta dal Libro Bianco Com(2001)370, la Comunità è alla ricerca di soluzioni innovative, basate sull'impiego dei redditi derivanti dall'uso dell'infrastruttura e sulla promozione della *partnership* pubblico-privata. Per una prima considerazione dei nuovi possibili meccanismi di gestione e di finanziamento si veda la Comunicazione della Commissione Com(2003)132 del 23 aprile 2003.

Molto lavoro resta dunque da fare, perché un disegno così ambizioso si traduca in realtà¹²¹, poiché il metodo prescelto – che coniuga strumenti normativi differenti, soggetti le cui responsabilità si intersecano e fonti di finanziamento indipendenti l'una dall'altra – rende pressoché impossibile una previsione attendibile circa i tempi di realizzazione.

L'unica supervisione sul processo in atto è il monitoraggio esercitato dalla Commissione sui comitati di gestione istituiti dai *memoranda* per ciascun corridoio¹²². Tuttavia, essa consiste in un mero scambio di informazioni senza che siano ravvisabili specifici poteri di controllo da parte della Commissione.

Nessuna stima potrà, a nostro avviso, garantire con assoluta certezza che i corridoi, una volta realizzati con ingenti investimenti, saranno davvero rotte preferenziali per gli operatori economici e dunque si tradurranno effettivamente in volano di sviluppo. Le incognite di natura politica – atte a influire sulla stabilità e sull'assetto normativo – non sono eliminabili. L'Unione europea sembra aver accettato il rischio, ciò che si spiega in termini non solo economici quanto principalmente geopolitici.

Il ruolo che essa ha esercitato come ispiratrice di questo disegno e il costante investimento di risorse per portarlo avanti si spiega con la necessità di ripensare i rapporti Est-Ovest a partire dagli anni Novanta. Le ridotte comunicazioni nell'arco del cinquantennio precedente sia tra i due blocchi che tra gli stessi Paesi COMECON – in quanto aderenti ad un sistema di economia pianificata in cui i flussi erano pilotati – hanno reso difficoltosi i trasferimenti commerciali e se ne è avuta dimostrazione quando le frontiere sono divenute improvvisamente permeabili. Vi sono tuttora sistemi ferroviari nazionali non in comunicazione tra loro¹²³ e "anelli mancanti" nelle reti stradali che accrescono il costo e i tempi del trasporto. La soluzione di questa difficoltà nei trasporti, dunque, si dimostrava un concreto sostegno

¹²¹ Il problema è sentito in modo specifico per l'attuazione dei corridoi paneuropei, si veda il parere del Comitato economico e sociale del primo marzo 2000, sul tema *Realizzazione del dialogo sociale strutturato in merito ai corridoi di trasporto paneuropei*.

¹²² Tuttavia, a tale proposito A. SERIO scrive: «Tale comitato potrebbe essere considerato una organizzazione adespota, volta a mantenere il raccordo tra i soggetti coinvolti ed a comporre le istanze presenti ai diversi livelli, nazionali ed internazionali. In realtà, esso non solo opera in funzione comunitaria, essendo volto al raggiungimento di obiettivi comunitari, seppure attraverso meccanismi internazionali, ma è addirittura in una posizione di subordinazione rispetto alla Commissione europea, potendosi configurare un rapporto di controllo, nel quale un'autorità sopraordinata verifica la conformità della condotta e di un atto dell'autorità subordinata a regole preesistenti e, al termine di tale verifica, adotta una misura. Si tratta, in particolare, di un controllo di conformazione, poiché mira ad assicurare la conformità della condotta concreta dell'amministrazione pubblica allo schema normativo. Accanto a questo, però, esiste un diverso tipo di controllo, denominabile di integrazione», ne *I corridoi paneuropei. cit. supra*, nota 1, cap. 3, par. 3; l'Autrice rinvia in nota a S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, VI ed., 2000, p. 176-177.

¹²³ Un esempio è fornito dal tracciato ferroviario del corridoio VIII: è del tutto assente il collegamento ferroviario tra l'Albania e la Macedonia e tra quest'ultima e la Bulgaria.

alle economie in transizione, se non addirittura una leva per innescare un autonomo processo di crescita e sviluppo¹²⁴.

Altre priorità dell'Unione erano: sostenere la creazione e il rafforzamento delle istituzioni democratiche e dello stato di diritto; favorire la transizione all'economia di mercato; ricostruire relazioni amichevoli e di cooperazione con i Paesi vicini, quando non, addirittura, di integrazione in vista della loro adesione.

La tematica dei corridoi non è dunque solo proiezione esterna della politica comunitaria dei trasporti, per quanto ne sia fortemente ispirata, ma anche uno strumento importante nell'ambito delle relazioni esterne della Comunità, configurandosi come uno degli aspetti più innovativi della sua *Ostpolitik*. Si potrebbe addirittura sostenere che tale disegno infrastrutturale sia frutto di un'ispirazione funzionalista, operando un riferimento consapevolmente concettuale al modello che si colloca alle radici della costruzione comunitaria¹²⁵. Attraverso progetti concreti e funzionalmente circoscritti come i corridoi, infatti, è possibile che si costruisca nel tempo una solidarietà di fatto e che si realizzi – mediante lo scambio di merci e persone ma anche di flussi di conoscenze – una progressiva integrazione.

Una tale congerie di strumenti giuridici di *hard* e *soft law* che scaturiscono da fonti internazionali differenti e l'apporto di tante e diverse risorse è dunque l'esito di una tenace regia comunitaria che configura una modalità atipica di gestione delle relazioni esterne e, al tempo stesso, di aiuto allo sviluppo. Al cuore del progetto si colloca la Comunità europea sia attraverso la proiezione esterna della propria politica dei trasporti che per mezzo dell'estensione, attraverso una pluralità di accordi, delle libertà di circolazione al di là delle proprie frontiere. Essa si rivela dunque, ancora una volta, un importante laboratorio di soluzioni innovative a servizio del diritto internazionale¹²⁶.

Susanna Cafaro*

¹²⁴ Sul rapporto diretto tra infrastrutture e sviluppo economico si veda il cap. VI del volume, C. JEAN -T. FAVARETTO (a cura di), *Reti infrastrutturali nei Balcani. Superamento tra integrazione regionale ed europea*, Milano, Franco Angeli, 2002.

¹²⁵ Lo stesso modello che, com'è noto, Jean Monnet pose a fondamento della Comunità europea del carbone e dell'acciaio. Vedi *ex multis* P. MENGOLZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2003, p. 1 ss.

¹²⁶ Anche laddove un ruolo di primo piano è lasciato ad altre organizzazioni internazionali, il ruolo dell'Unione come ispiratrice e come laboratorio di elaborazione normativa rimane rilevante. I regolamenti della Comunità, così come i suoi indirizzi politici hanno assunto negli anni un peso rilevante nel condizionare le posizioni della CEMT, sicché oggi essa svolge un ruolo per così dire, di passerella verso l'Unione europea per i Paesi che aspirano a farne parte, permettendo la progressiva creazione di un quadro giuridico uniforme in materia di trasporti. Vedi A. RATHERY, *La politique des transports au sein de l'OCDE*, cit. supra, nota 8, p. 23-26. L'influenza della normativa comunitaria sui Trattati promossi dall'UN-ECE è evidenziata da C. COSGROVE-SACKS, *The Role of the Economic Commission for Europe*, in *The Enlargement of the European Union*, cit. supra, nota 24, p. 56 ss.

* Ricercatore di Diritto internazionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Lecce.

Figura 1: Corridoi paneuropei dei trasporti



GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

PUÒ UNO STATO MEMBRO LIMITARE IL DIRITTO DI SOGGIORNO DI UN LAVORATORE MIGRANTE AD UNA PARTE DEL TERRITORIO NAZIONALE?*

Corte di giustizia

Sentenza del 26 novembre 2002 in causa C-100/01

Ministre de l'Intérieur c. Aitor Oteiza Olazabal

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 47 TCE (ora art. 39 CE) - Diritto di circolazione e soggiorno - Libera circolazione dei lavoratori - Lavoratore migrante - Limiti parziali del divieto di circolazione di un cittadino di altro Stato membro - Requisito di ammissibilità.

Né l'art. 48 del Trattato (divenuto, in seguito a modifica, art. 39 CE) né le disposizioni di diritto derivato che danno attuazione alla libertà di circolazione dei lavoratori ostano a che uno Stato membro pronunci, nei confronti di un lavoratore migrante cittadino di un altro Stato membro, provvedimenti di polizia amministrativa che limitano il diritto di soggiorno di tale lavoratore a una parte del territorio nazionale a condizione che

- lo giustifichino motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza basati sul suo comportamento individuale,

- in assenza di una siffatta possibilità, tali motivi possano condurre, in ragione della loro gravità, solo a un provvedimento di divieto di soggiorno o di espulsione da tutto il territorio nazionale,

- il comportamento che lo Stato membro riguardato vuole reprimere dia luogo, quando è opera di propri cittadini, a provvedimenti repressivi o ad altri provvedimenti concreti ed effettivi volti a combatterlo.

* In *Raccolta*, 2002, I, p. 10981. In argomento v. *infra*, p. 755 ss., il commento di *LUCA TRIFONE*.

(*Omissis*) **In diritto**

La controversia di cui alla causa a qua

11. Dalla decisione di rinvio, come pure dagli atti, risulta che il signor Oteiza Olazabal, cittadino spagnolo di origine basca, lasciava la Spagna nel luglio 1986 per far ingresso in Francia, dove chiedeva lo stato di rifugiato, che gli veniva rifiutato.

12. Il 23 aprile 1988 il signor Oteiza Olazabal veniva fermato nel territorio francese nell'ambito di un'inchiesta sul rapimento di un imprenditore di Bilbao (Spagna), rivendicato dall'ETA. L'8 luglio 1991 veniva condannato dal Tribunal de grande instance de Paris (Francia), giudicante in sede penale, a diciotto mesi di reclusione, di cui otto con sospensione della pena, e a quattro anni di divieto di soggiorno per associazione a delinquere con fini terroristici.

13. Facendo valere la sua qualifica di cittadino comunitario, il signor Oteiza Olazabal chiedeva il rilascio di un documento per residenti. Le autorità amministrative francesi respingevano la domanda concedendogli autorizzazioni provvisorie di soggiorno. D'altronde, lo stesso è stato oggetto di un provvedimento di sorveglianza speciale, conformemente all'art. 2 del decreto n. 46-448, che implica il divieto di risiedere in nove dipartimenti. Tale provvedimento ha cessato di essere in vigore nel luglio 1995.

14. Nel 1996 il signor Oteiza Olazabal, che fino ad allora risiedeva nel dipartimento Hauts-de-Seine (regione Ile-de-France), decideva di stabilirsi nel dipartimento Pyrénées-Atlantiques (regione Aquitania), limitrofo alla Spagna, e più precisamente nella Comunità autonoma del Paese Basco.

15. Alla luce delle informazioni dei servizi di polizia che avvisavano che il signor Oteiza Olazabal continuava a intrattenere rapporti con l'ETA, il Ministre de l'Intérieur, con decreto 21 marzo 1996, adottato in forza dell'art. 2 del decreto n. 46-448, decideva di vietargli di risiedere in 31 dipartimenti allo scopo di allontanarlo dalla frontiera spagnola. Con decreto 25 giugno 1996 il prefetto di Hauts-de-Seine gli vietava di lasciare tale dipartimento senza autorizzazione.

16. Il signor Oteiza Olazabal adiva il Tribunal administratif de Paris con una domanda di annullamento di questi due decreti, che il tribunale accoglieva con sentenza del 7 luglio 1997. Tale sentenza veniva confermata dalla Cour administrative d'appel de Paris con decreto 18 febbraio 1999.

17. Questi giudici hanno considerato che gli artt. 6, 8 A e 48 del Trattato nonché la direttiva 64/221, come interpretati dalla Corte nella sentenza 28 ottobre 1975 in causa n. 36/75, *Rutili* (*Raccolta*, p. 1219), ostavano a che tali provvedimenti fossero adottati nei confronti del signor Oteiza Olazabal.

18. Il Ministre de l'Intérieur impugnava la sentenza della Cour administrative d'appel dinanzi al Conseil d'État.

19. Il Conseil d'État ha dapprima considerato che l'art. 8 A del Trattato, se è vero che riconosce ad ogni cittadino dell'Unione il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, lo fa sotto la riserva delle limitazioni e delle condizioni previste dal Trattato e dalle disposizioni adottate per la sua applicazione. Parimenti, il divieto di qualsiasi discriminazione in ragione della nazionalità sarebbe previsto dall'art. 6 del Trattato solo nell'ambito di applicazione del Trattato e senza pregiudizio delle disposizioni specifiche in esso previste. Del resto, l'art. 48 del Trattato, pur enunciando all'art. 1 che la libera circolazione dei lavoratori all'interno

della Comunità è assicurata, e pur precisando al n. 3 che tale libertà comporta il diritto di rispondere a offerte di lavoro effettive e di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri, fa espressamente salva l'ipotesi di limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

20. Il Conseil d'État ha quindi rilevato che, secondo la giurisprudenza della Corte, la riserva inserita nell'art. 48, n. 3, del Trattato consente agli Stati membri di adottare, nei confronti dei cittadini di altri Stati membri, per motivi di ordine pubblico, provvedimenti di divieto di ingresso nel loro territorio nazionale o di espulsione dallo stesso che non potrebbero applicare nei confronti dei loro propri cittadini.

21. Infine, ha constatato che il principio di proporzionalità esige che i provvedimenti adottati al fine di preservare l'ordine pubblico siano idonei a realizzare l'obiettivo prefisso e non eccedano quanto necessario a tal fine. A tale titolo, ha sottolineato che un provvedimento che restringe la validità territoriale di un titolo di soggiorno era meno severo che una decisione di espulsione.

22. Interrogandosi alla luce di tali considerazioni circa la validità, con riferimento al diritto comunitario, di un provvedimento che limita il diritto di soggiorno di un cittadino di un altro Stato membro a una parte del territorio nazionale, il Conseil d'État ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se le disposizioni degli artt. 6, 8 A e 48 del Trattato CE (divenuti, rispettivamente, artt. 12 CE, 18 CE e 39 CE), il principio di proporzionalità applicabile alle situazioni disciplinate dal diritto comunitario, nonché le norme di diritto derivato adottate al fine di garantire l'attuazione del Trattato - e segnatamente la direttiva del Consiglio 25 febbraio 1964, n. 64/221/Cee - ostino a che uno Stato membro possa adottare, nei confronti di un cittadino di un altro Stato membro, rientrando nell'ambito di applicazione del Trattato, un provvedimento di polizia amministrativa che, sotto il controllo del giudice di legittimità, limiti il soggiorno di tale cittadino comunitario ad una parte del territorio nazionale, allorché esigenze di ordine pubblico si oppongono al soggiorno di questa persona nel resto del territorio, ovvero se, in tale ipotesi, l'unica misura restrittiva del diritto di soggiorno che possa essere legittimamente emessa nei confronti di tale cittadino comunitario consista in una misura di interdizione assoluta dal territorio, adottata in conformità del diritto nazionale».

Sulla questione pregiudiziale

23. *In limine* vanno dapprima individuate le disposizioni del Trattato applicabili a una fattispecie come quella di cui alla causa *a qua*. A questo proposito, dalle osservazioni sottoposte alla Corte risulta che il signor Oteiza Olazabal ha esercitato, durante tutto il periodo rilevante ai fini della causa *a qua*, un'attività di lavoratore subordinato in Francia.

24. Alla luce di tali circostanze va rilevato che la causa rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 48 del Trattato.

25. Non si rende pertanto necessario interpretare l'art. 6 del Trattato. Infatti, tale disposizione, la quale sancisce il principio generale del divieto di discriminazione fondato sulla cittadinanza, tende ad applicarsi autonomamente solo nelle situazioni disciplinate dal diritto comunitario per le quali il Trattato non stabilisce norme speci-

fiche di non discriminazione (v., segnatamente, sentenza 25 giugno 1997 in causa n. C-131/96, *Mora Romero*, in *Raccolta*, I, p. 3659, punto 10).

26. Si deve parimenti rilevare che l'art. 8 A del Trattato, il quale enuncia in chiave generale il diritto, per ogni cittadino dell'Unione, di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, trova specifica riconferma nell'art. 48 del Trattato per quanto riguarda la libera circolazione dei lavoratori. Orbene, nella misura in cui la causa *a qua* rientra in quest'ultima disposizione, non si rende necessario pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 8 A del Trattato (v., per quanto riguarda la libertà di stabilimento, sentenza 29 febbraio 1996 in causa n. C-193/94, *Skanavi e Chrysanthakopoulos*, in *Raccolta*, I, p. 929, punto 22).

27. L'art. 48 del Trattato garantisce, in particolare, al cittadino di uno Stato membro il diritto di soggiornare in un altro Stato membro al fine di svolgervi un lavoro. Tuttavia, ai sensi del suo n. 3, possono essere apportate limitazioni a tale diritto nella misura in cui esse sono giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

28. Nella sopra citata causa *Rutili*, alla quale il giudice del rinvio fa riferimento, la Corte è stata interpellata sull'interpretazione della nozione di «limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico» e ha apportato alcuni chiarimenti.

29. Ha risposto alle questioni pregiudiziali, in primo luogo, dichiarando che l'espressione «fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico» figurante nell'art. 48 del Trattato riguarda non soltanto le disposizioni legislative e regolamentari che ciascuno Stato ha adottato per limitare, nel proprio territorio, la libera circolazione e il soggiorno dei cittadini degli altri Stati membri, ma anche le decisioni individuali adottate in applicazione di siffatte disposizioni legislative o regolamentari.

30. In secondo luogo, ha giudicato che la giustificazione di provvedimenti diretti a tutelare l'ordine pubblico dev'essere valutata con riferimento a tutte le norme di diritto comunitario che hanno ad oggetto, da un lato, la limitazione del potere discrezionale degli Stati membri in materia e, dall'altro, la garanzia della tutela dei diritti delle persone soggette, a tal titolo, a provvedimenti restrittivi.

31. La Corte ha aggiunto che siffatti limiti e garanzie risultano in particolare dall'obbligo, imposto agli Stati membri, di basare esclusivamente i provvedimenti adottati sul comportamento individuale delle persone che ne costituiscono l'oggetto, di astenersi da qualsiasi provvedimento in materia che sia utilizzato a fini estranei ai bisogni dell'ordine pubblico o leda l'esercizio dei diritti sindacali, di comunicare senza indugio, a qualsiasi persona colpita da provvedimenti restrittivi - fatto salvo il caso in cui vi si oppongano motivi inerenti alla sicurezza dello Stato -, i motivi che sono alla base della decisione adottata e, infine, di assicurare l'effettivo esercizio degli strumenti di ricorso.

32. In particolare, la Corte ha dichiarato che provvedimenti restrittivi del diritto di soggiorno limitati a una parte del territorio nazionale possono essere pronunciati da uno Stato membro nei confronti di cittadini di altri Stati membri rientranti nelle disposizioni del Trattato solo nel caso e nelle condizioni in cui siffatte misure possono essere applicate ai cittadini dello Stato di cui trattasi.

33. Al fine di dare una soluzione utile al giudice del rinvio nella presente fattispecie, occorre collocare nel suo contesto quest'ultima risposta, la quale è al centro della causa *a qua*.

34. A questo proposito si deve ricordare che la citata causa *Rutili* riguardava la situazione di un cittadino italiano residente in Francia dalla nascita e che ha costituito oggetto in tale Stato membro di provvedimenti restrittivi del suo diritto di soggiorno in ragione delle sue attività politiche e sindacali. Allo stesso venivano addebitate talune attività consistenti essenzialmente in azioni di carattere politico in occasione delle elezioni legislative del marzo 1967 e degli avvenimenti del maggio-giugno 1968 nonché nella sua partecipazione a una manifestazione in occasione della ricorrenza del 14 luglio 1968.

35. Il convenuto nella causa *a qua*, per contro, è stato condannato in Francia a diciotto mesi di arresto nonché a quattro anni di divieto di soggiorno per associazione a delinquere a fini terroristici. Dagli atti risulta che i provvedimenti di polizia amministrativa adottati nei suoi confronti e la cui legittimità costituisce l'oggetto del procedimento di cui alla causa *a qua* erano motivati dalla sua appartenenza a un gruppo armato e organizzato, la cui attività costituiva un attentato all'ordine pubblico nel territorio francese. La prevenzione di una siffatta attività può, del resto, essere considerata rientrante nel mantenimento della pubblica sicurezza.

36. Si deve inoltre notare che nella citata causa *Rutili* il giudice *a quo* aveva dubbi circa la questione se una situazione concreta, quale quella del signor Rutili, che aveva esercitato diritti sindacali, consentiva l'adozione di un provvedimento inteso a salvaguardare l'ordine pubblico. Nella presente fattispecie, per contro, il giudice del rinvio parte dall'assunto che motivi di ordine pubblico sono di ostacolo al soggiorno del lavoratore migrante di cui alla causa *a qua* su una parte del territorio e che, in assenza della possibilità di emanare un provvedimento di divieto di soggiorno su tale parte di territorio, i detti motivi potrebbero giustificare un provvedimento di divieto di soggiorno sull'insieme del territorio.

37. Ciò considerato, si deve esaminare se l'art. 48 del Trattato osti a che uno Stato membro emani, nei confronti di un lavoratore migrante cittadino di un altro Stato membro, misure di polizia amministrativa che limitano il diritto di soggiorno di tale lavoratore migrante a una parte del territorio nazionale.

38. Come giustamente sottolineato dall'Avvocato Generale al par. 29 delle sue conclusioni, dalla formulazione dell'art. 48, n. 3, del Trattato non risulta che le limitazioni alla libera circolazione dei lavoratori giustificate da ragioni di ordine pubblico dovrebbero avere sempre la medesima portata territoriale dei diritti conferiti da tale disposizione. Del resto, il diritto derivato non osta a tale interpretazione. Infatti, se l'art. 6, n. 1, lett. *a.*, della direttiva n. 68/360 richiede che la carta di soggiorno sia valida per tutto il territorio dello Stato membro che l'ha rilasciata, l'art. 10 della medesima direttiva consente di derogare a tale disposizione, in particolare per motivi di ordine pubblico.

39. Si deve ricordare che la riserva prevista dall'art. 48, n. 3, del Trattato consente agli Stati membri la possibilità, di fronte a una minaccia effettiva e sufficientemente grave, che colpisce un interesse fondamentale della società, di apportare restrizioni alla libera circolazione dei lavoratori (v., in tal senso, sentenze 27 ottobre 1977 in causa n. 30/77, *Bouchereau*, in *Raccolta*, p. 1999, punto 35, e 5 febbraio 1991 in causa n. C-363/89, *Roux*, in *Raccolta*, I, p. 273, punto 30).

40. La Corte ha più volte giudicato che le riserve inserite nell'art. 48 del Trattato e nell'art. 56 del Trattato Ce (divenuto, in seguito a modifica, art. 46 CE) consentono agli

Stati membri di adottare, nei confronti dei cittadini degli altri Stati membri, specie per ragioni di ordine pubblico, provvedimenti che essi non possono disporre nei confronti dei propri cittadini, nel senso che ad essi manca il potere di allontanare questi ultimi dal territorio nazionale o di vietare loro di accedervi (v. sentenze 4 dicembre 1974 in causa n. 41/74, *Van Duyn*, in *Raccolta*, p. 1337, punti 22 e 23; 18 maggio 1982 in cause riunite n. 115/81 e n. 116/81, *Adoui e Cornuaille*, in *Raccolta*, p. 1665, punto 7; 17 giugno 1997 in cause riunite n. C-65/95 e n. C-111/95, *Shingara e Radiom*, in *Raccolta*, I, p. 3343, punto 28, e 19 gennaio 1999 in causa n. C-348/96, *Calfa*, in *Raccolta*, I, p. 11, punto 20).

41. I cittadini degli altri Stati membri, nelle situazioni nelle quali possono vedersi applicare misure di allontanamento o di divieto di soggiorno, possono essere anche oggetto di provvedimenti meno severi, costituiti da restrizioni parziali del loro diritto di soggiorno, giustificati da motivi di ordine pubblico, senza che sia necessario che provvedimenti identici possano essere applicati dallo Stato membro in considerazione ai propri cittadini.

42. Si deve tuttavia ricordare che uno Stato membro non può, ai sensi della riserva relativa all'ordine pubblico sancita negli artt. 48 e 56 del Trattato, adottare provvedimenti nei confronti di un cittadino di un altro Stato membro in ragione di un comportamento che non dà luogo, a carico dei cittadini del primo Stato membro, a provvedimenti repressivi o ad altri provvedimenti concreti ed effettivi volti a combatterlo (v., in tal senso, sentenza *Adoui e Cornuaille*, cit., punto 9).

43. Va altresì ricordato che un provvedimento restrittivo di una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato può essere giustificato solo se rispetta il principio di proporzionalità. A questo riguardo occorre che un siffatto provvedimento sia idoneo a garantire la realizzazione dello scopo perseguito e non ecceda quanto necessario per raggiungerlo (sentenza 30 novembre 1995 in causa n. C-55/94, *Gebhard*, *Raccolta*, I, p. 4165, punto 37).

44. Occorre del resto sottolineare che spetta ai giudici nazionali verificare se i provvedimenti adottati nella specie si riferiscano effettivamente a un comportamento individuale che costituisce una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza e se essi rispettino altresì il principio di proporzionalità.

45. Si deve di conseguenza risolvere la questione pregiudiziale dichiarando che né l'art. 48 del Trattato né le disposizioni di diritto derivato che danno attuazione alla libertà di circolazione dei lavoratori ostano a che uno Stato membro pronunci, nei confronti di un lavoratore migrante cittadino di un altro Stato membro, provvedimenti di polizia amministrativa che limitano il diritto di soggiorno di tale lavoratore a una parte del territorio nazionale a condizione che

- lo giustificino motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza basati sul suo comportamento individuale,

- in assenza di una siffatta possibilità, tali motivi possano condurre, in ragione della loro gravità, solo a un provvedimento di divieto di soggiorno o di espulsione da tutto il territorio nazionale,

- il comportamento che lo Stato membro interessato vuole reprimere dia luogo, quando è opera di suoi cittadini, a provvedimenti repressivi o ad altri provvedimenti concreti ed effettivi volti a combatterlo.

(*Omissis*)

L'AMMISSIBILITÀ DI LIMITI PARZIALI ALLA LIBERA DELLE PERSONE: LA SENTENZA OTEIZA OLAZABAL

Sommario: **A.** *La libera circolazione delle persone* - **1.** *I principi generali della normativa in materia di diritto di soggiorno* - **2.** *I diritti attribuiti dalla legislazione secondaria* - **B.** *Le limitazioni alla libera circolazione: in particolare l'ordine pubblico* - **1.** *Il concetto di ordine pubblico* - **2.** *I principi di proporzionalità e parità di trattamento nell'interpretazione dell'eccezione di ordine pubblico* - **C.** *La sentenza Olazabal* - **1.** *I fatti di causa* - **2.** *Gli elementi di conferma della linea tradizionale della Corte e gli elementi di novità: l'ammissibilità di limiti parziali al diritto di soggiorno nell'ottica del principio di proporzionalità.*

A. La libera circolazione delle persone

1. I principi generali della normativa in materia di diritto di soggiorno

Il Trattato consolidato della Comunità europea, nella versione attualmente in vigore prevede, all'art. 3 ed all'art. 14, l'eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone¹. La libera circolazione delle persone è oggi intesa in senso ampio: il Trattato supera la precedente

¹ Sulla materia, in generale, cfr. WEISS - WOOLDRIDGE, *Free movement of persons within the European Community*, The Hague, Kluwer, 2002; POCAR - VARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, Cedam, 2001, p. 51; TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2001, p. 51; GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione Europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1994, p. 407. Inoltre v. CAPELLI, *La partecipazione della società civile alla costruzione dell'Unione politica dell'Europa*, Relazione al convegno «Société civile organisée et gouvernance européenne», in questa Rivista, 2001, p. 651; NIC SHUIBHNE, *Free movement of persons and the wholly internal rule: time to come on?*, *CMLR*, 2002, p. 731, contributo particolarmente interessante sulle discriminazioni "all'inverso", ovvero le possibili penalizzazioni che uno Stato membro può commettere a danno dei propri cittadini; CARANTA, *La libertà di circolazione dei lavoratori nel settore pubblico*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 21; DANIELE, *Non discriminatory restrictions to the free movement of persons*, in *EL Rev.*, 1997, p. 191; ROSSI, *I beneficiari della libera circolazione delle persone nella giurisprudenza comunitaria*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 97; O'KEEFFE, *The free movement of persons and the single market*, in *EL Rev.*, 1992, p. 3 (più centrato sulla circolazione dei cittadini di Stati terzi all'interno della Comunità); LYON-CAEN, *La libre circulation des travailleurs dans la Communauté Economique Européenne*, in *Droit social*, 1989, p. 526; BARAV, *La libre circulation des travailleurs, l'ordre public et le pouvoir souverain des États membres*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1977, p. 721.

nozione, solo economica, e garantisce la libera circolazione a tutti i cittadini della Comunità europea². Gli artt. 18 e 39, par. 3 del Trattato statuiscono i principi generali della normativa: in base all'art. 18 «ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal presente Trattato ed adottate in applicazione dello stesso», mentre l'art. 39 stabilisce, al par. 3, che i lavoratori della Comunità europea possono:

- a. rispondere ad offerte di lavoro effettive;
- b. spostarsi liberamente nel territorio degli Stati membri al fine di rispondere a dette offerte di lavoro;
- c. prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi l'attività di lavoro;
- d. rimanere sul territorio di uno Stato membro dopo aver occupato un impiego.

Mentre è discussa la diretta applicabilità dell'art. 18, i diritti attribuiti dall'art. 39 sono, per costante interpretazione di un'univoca giurisprudenza, diritti soggettivi che i giudici nazionali devono tutelare³.

I predetti articoli vanno letti alla luce di due basilari principi interpretativi: il par. 2 dell'art. 39 stabilisce il principio della non-discriminazione, o parità di trattamento, in base al quale ogni Stato membro è tenuto ad assicurare ai cittadini dell'Unione condizioni paritetiche nella ricerca e nell'esercizio di un lavoro. Tale norma abolisce qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, relativa all'impiego, alla retribuzione e ad altre condizioni di lavoro tra i lavoratori degli Stati membri⁴. Anche il regolamento n. 1612/68 del 15 ottobre 1968, agli artt. 7-9, stabilisce il rispetto del principio di parità di trattamento⁵.

Altro principio sul quale si basa l'intera normativa sulla libera circolazione è il principio di proporzionalità, per cui la realizzazione degli obbiettivi

² TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. supra, nota 1, p. 1, a p. 411 parla di «superamento della concezione mercantilistica del diritto di circolazione»; GUIZZI, *Manuale di diritto*, cit. supra, nota 1, p. 1, a p. 407 parla di «passaggio dalla considerazione del lavoratore (...) al cittadino comunitario»; ROSSI, *I beneficiari*, cit. supra, nota 1, p. 1, a p. 112 parla di «superamento della limitazione della libera circolazione ai cittadini economicamente autosufficienti (...) e di passaggio (...) alla cittadinanza dell'Unione». In tal modo si è espressa anche la giurisprudenza della Corte di giustizia: v. sentenze della Corte di giustizia del 26 febbraio 1991 in causa n. C-292/89, *Antoniessen*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 745, punto 11 della motivazione, e del 20 febbraio 1997 in causa n. C-344/95, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1035, punto 14 della motivazione.

³ V. sentenze della Corte di giustizia del 4 dicembre 1974 in causa n. 41/74, *Van Duyn*, in *Raccolta*, 1974, p. 1337, punto 4 della motivazione; dell'8 aprile 1976 in causa n. 48/75, *Royer*, in *Raccolta*, 1976, p. 497, punti 23-24 e 31 della motivazione, e del 5 febbraio 1991 in causa n. C-363/89, *Roux*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 273, punti 50-51 della motivazione.

⁴ La Corte si è sempre attenuta a questa interpretazione: v. da ultimo sentenza del Tribunale di primo grado del 4 marzo 1998 in causa n. T-146/98, *De Abreu*, in *Raccolta*, 1998, II, p. 281, punto 53 della motivazione.

⁵ Tale regolamento è la norma regolatrice della materia della libera circolazione dei lavoratori. Vedila in *Guce* n. L 257 del 19 ottobre 1968, p. 2.

che si propone la normativa comunitaria non deve porre agli Stati obblighi eccessivamente penalizzanti⁶.

2. I diritti attribuiti dalla legislazione secondaria

Il principale beneficiario del principio e delle regole in materia di libera circolazione delle persone è il lavoratore.

Secondo l'uniforme interpretazione della Corte di giustizia, lavoratore è il cittadino di uno Stato membro dell'Unione che svolge una prestazione lavorativa subordinata in uno Stato diverso da quello di origine. Per prestazione subordinata si intende la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore e sotto la direzione di un'altra persona, prestazioni in contropartita delle quali percepisce una retribuzione⁷.

In base all'art. 1 del regolamento n. 1612/68 il lavoratore, per poter accedere ad un'attività subordinata ed esercitarla sul territorio di un altro Stato membro, gode del diritto all'ingresso ed al soggiorno nel Paese ove intenda effettuare detta attività lavorativa. L'art. 2, comma 1 della direttiva n. 90/364 del 28 giugno 1990, statuisce, inoltre, che il diritto di soggiorno si acquista, comunque, indipendentemente dal rilascio della carta di soggiorno da parte della competente autorità di uno Stato membro⁸.

Altra garanzia del lavoratore subordinato è il suo diritto a rimanere nello Stato dove egli svolge la propria attività lavorativa anche dopo averne cessato l'esercizio. Tale diritto è sancito dall'art. 2 del regolamento n. 1271/70 del 29 giugno 1970⁹, che estende il diritto di rimanere nel Paese ai lavoratori in pensione che ivi hanno lavorato negli ultimi 12 mesi e vi sono residenti da più di tre anni, ai lavoratori che cessano la loro attività, a causa di inabilità al lavoro, dopo due anni di residenza ininterrotta, ed ai lavoratori frontalieri.

⁶ V. da ultimo sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 1998 in causa n. C-161/96, *Südzucker Mannheim Ochsenfurt*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 281, punto 31 della motivazione, dove la Corte ha sanzionato una norma proprio in ragione del suo eccessivo rigore rispetto al risultato da raggiungere.

⁷ V. le sentenze della Corte di giustizia: del 9 marzo 1964 in causa n. 75/63, *Unger*, in *Raccolta*, 1964, p. 351, punto 1 della motivazione; del 23 marzo 1982 in causa n. 53/81, *Levin*, in *Raccolta*, 1982, p. 1035, punti 15, 16 e 17 della motivazione; del 3 luglio 1986 in causa n. 66/85, *Lawrie-Blum*, in *Raccolta*, 1986, p. 2121, punti 16 e 17 della motivazione; del 26 febbraio 1991, *Antonissen*, cit. *supra*, nota 2, punto 22 della motivazione; del 26 febbraio 1992 in causa n. C-3/90, *Bernini*, in *Raccolta*, 1992 I, p. 1071, punto 17 della motivazione; del 12 maggio 1998 in causa n. C-85/96, *Martinez Sala*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 2691, punto 32 della motivazione; dell'8 giugno 1999 in causa n. C-337/97, *Meeusen*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3289.

⁸ In *Guce* n. L 180 del 13 luglio 1990, p. 26-27. In tale direttiva il Consiglio ha recepito quanto statuito dalla Corte in sentenza *Royer*, cit. *supra*, nota 3, punto 33 della motivazione: «Il rilascio (...) [del permesso] va quindi considerato (...) un atto destinato a comprovare, da parte di uno Stato membro, la posizione individuale del cittadino di un altro Stato membro nei confronti delle norme comunitarie». La Corte, al punto 37 della motivazione, obbliga anche gli Stati a rilasciare il documento di soggiorno a chiunque dimostri di appartenere ad una delle categorie contemplate dalla direttiva. Bene in dottrina LYON-CAEN, *La libre circulation*, cit. *supra*, nota 1, p. 528: «Le titre de séjour (...) n'a qu'une valeur declarative: le droit lui préexiste».

⁹ In *Guce* n. L 142 del 30 giugno 1970, p. 24.

Il diritto comunitario riconosce i diritti accordati alla persona del lavoratore anche ai suoi familiari, a favore dei quali estende, ai sensi dell'art. 10 del regolamento n. 1612/68, il diritto di ingresso e di soggiorno nello Stato ove il lavoratore esercita od ha esercitato la propria attività lavorativa, nonché il complementare diritto a rimanere, ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 1251/70. Dato che la *ratio* della normativa è la esigenza di evitare che il soggiorno dei lavoratori possa risultare precario e disagiata a causa del distacco non voluto dalla propria famiglia, i diritti dei familiari ricevono tutela sempre in via mediata¹⁰.

Le due direttive n. 90/364 e n. 90/365 del 28 giugno 1990, innovative in materia, superano la nozione del lavoratore come beneficiario "privilegiato" della libera circolazione delle persone all'interno della Comunità e generalizzano detta libertà per tutti i cittadini comunitari ed i loro familiari, accordando loro il diritto di soggiorno a condizione che essi dispongano di una carta d'identità valida, di un'assicurazione malattia e di risorse sufficienti per evitare che essi vengano a costituire un onere per lo Stato ospitante. Le due direttive attribuiscono agli Stati l'unica possibilità di «constatare» il diritto tramite il rilascio della carta di soggiorno¹¹.

B. Le limitazioni alla libera circolazione: in particolare l'ordine pubblico

Secondo la previsione dell'art. 39, comma 3, del Trattato, la libertà dei lavoratori di spostarsi nel territorio degli Stati membri può essere limitata per motivi d'ordine pubblico, di sicurezza pubblica e sanità pubblica¹².

Tali correttivi al principio di libera circolazione (che si rendono necessari per salvaguardare primarie esigenze degli Stati membri di tutela di situazioni essenziali) servono a «conciliare l'applicazione di tali provvedimenti con il principio fondamentale della libera circolazione delle persone nella Comunità e l'abolizione di qualsiasi discriminazione, nell'ambito di applicazione del Trattato, tra i cittadini nazionali e quelli degli altri Stati membri»¹³.

¹⁰ La Corte ha infatti distinto fra i lavoratori, titolari di diritti propri, e i familiari ed i superstiti di un lavoratore, titolari di diritti solo derivati (v. sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 1976 in causa n. 40/76, *Kermaschek*, in *Raccolta*, 1976, p. 1669, punto 8 della motivazione), ed ha qualificato come indiretti i diritti di cui usufruiscono i familiari del lavoratore (v. sentenza della Corte di giustizia dell'8 luglio 1992 in causa n. C-243/91, *Taghavi*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4401, punto 12 della motivazione, sui diritti garantiti dagli artt. 2 e 3 del regolamento n. 1408/71).

¹¹ Vedi le due direttive in *Guce* n. L 180 del 13 luglio 1990, rispettivamente, p. 26-27 e p. 28-29.

¹² Principio richiamato dalla Corte in sentenza del 28 ottobre 1975 in causa n. 36/75, *Rutili*, in *Raccolta*, 1975, p. 1219, punto 13 della motivazione. V. in dottrina la disamina di KARYDIS, *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2002, p. 1.

¹³ V. sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 1975 in causa n. 67/74, *Bonsignore*, in *Raccolta*, 1975, p. 297, punto 5 della motivazione.

La legittimità di tali esigenze statuali deve, secondo la Corte di giustizia, essere interpretata in maniera restrittiva, poiché, trattandosi di situazioni di eccezione all'applicazione di principi fondamentali, occorre evitare che gli Stati possano fare ad esse ricorso al fine di legittimare abusi non consentiti a difesa dei propri interessi nazionali ed a danno della corretta attuazione della normativa europea¹⁴.

Dei tre limiti dell'ordine pubblico, della sicurezza e della sanità, interessa in questa sede l'eccezione di ordine pubblico, quella che più di frequente viene richiamata dagli Stati membri per giustificare restrizioni alla circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità¹⁵.

1. *Il concetto di ordine pubblico*

L'eccezione di ordine pubblico è prevista dalla direttiva n. 64/221, che regola la possibilità di limitare la libera circolazione nei Paesi membri di un cittadino comunitario¹⁶. Poiché la nozione di pubblica sicurezza varia da uno Stato all'altro, le competenti autorità nazionali godono di un margine di facoltà discrezionale nella determinazione delle ipotesi concrete di comportamenti lesivi dell'ordine pubblico¹⁷. La direttiva ha, tuttavia, posto determinati limiti all'estensione della relativa nozione e la giurisprudenza della Corte ha fissato i criteri interpretativi uniformi per delimitarne l'esatto suo ambito applicativo, contribuendo così ad armonizzare le possibili differenze tra i vari Stati¹⁸. La Commissione, dal canto suo, ha fatto proprie le indicazioni ermeneutiche emerse nella giurisprudenza della Corte¹⁹.

¹⁴ V. sentenze della Corte di giustizia: *Van Duyn*, cit. supra, nota 3, punto 18 della motivazione; *Bonsignore*, loc. cit., punto 6 della motivazione, e sentenza del 3 giugno 1986 in causa n. 139/85, *Kempf*, in *Raccolta*, 1986, p. 1741, punto 13 della motivazione.

¹⁵ Così anche WEISS - WOOLDRIDGE, *Free movement*, cit. supra, nota 1, p. 145.

¹⁶ In *Guce* n. L 56 del 4 aprile 1964, p. 850. In dottrina v. in proposito *L'espulsione a vita da uno Stato membro di cittadini di un altro Stato membro per motivi di ordine pubblico contrasta con il principio di libera circolazione delle persone* (commento alla sentenza *Calfa*), in questa *Rivista*, 1999, p. 73.

¹⁷ Questo aspetto è stato sottolineato dalla Corte nella sentenza *Van Duyn*, loc. cit., punto 18 della motivazione, e nella sentenza del 18 maggio 1982 in cause riunite n. 115/ e n. 116/81, *Adoui e Cornuaille*, in *Raccolta*, 1982, p. 1665, punto 8 della motivazione, laddove «il diritto comunitario non vincola gli Stati membri ad osservare una scala uniforme di valori in merito alla valutazione dei comportamenti».

¹⁸ Ben sintetizzato da BARAV, *La libre circulation des travailleurs*, cit. supra, nota 1, che a p. 731 afferma: «si une définition de la notion d'ordre public communautaire se révèle impossible, il n'en demeure pas moins que certains textes communautaires et surtout la jurisprudence fournissent des éléments de nature à circonscrire cette notion et à préciser les circonstances dans lesquelles elle peut être invoquée».

¹⁹ V. la comunicazione Com (99) 372 della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sui provvedimenti speciali riguardanti il trasferimento ed il soggiorno dei cittadini dell'Unione, giustificati per motivi di ordine pubblico, di sicurezza pubblica ovvero di sanità pubblica, non pubblicata in *Guce*.

L'art. 3 della direttiva, al comma 1, stabilisce che i provvedimenti di ordine pubblico, perché possano giustificare il potere limitativo dello Stato, devono essere adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale dell'individuo, cui il provvedimento viene riferito. In molteplici pronunce sul tema la Corte si è attestata sulla stretta interpretazione letterale della norma²⁰, stabilendo che l'obbligo risultante dalla norma è assoluto ed incondizionato e non richiede alcun provvedimento d'attuazione²¹. La Corte, quindi, ha sempre ribadito il principio che il comportamento personale del cittadino deve integrare gli estremi di una minaccia effettiva e non potenziale²² e che tale minaccia deve creare una situazione di pericolo grave per uno degli interessi fondamentali della collettività²³, confermando l'obbligo statutale «di astenersi da qualsiasi provvedimento, in materia, che venga utilizzato per fini che esulano dalle esigenze d'ordine pubblico»²⁴. I giudici di Lussemburgo hanno precisato il concetto, ritenendo che non rientra in questa fattispecie, in generale, un comportamento non sanzionato qualora tenuto da cittadini dello Stato membro²⁵, e che, inoltre, un eventuale provvedimento restrittivo non può essere adottato in base a scopi di prevenzione generale²⁶.

L'art. 2, comma 2 della stessa direttiva dispone altresì che i motivi d'ordine pubblico non possono essere invocati per fini economici²⁷.

Posti tali canoni interpretativi la Corte, coerentemente, ha con univoca giurisprudenza sostenuto che spetta sempre agli ordinamenti ed ai giudici

²⁰ V. sentenza della Corte di giustizia *Van Duyn*, cit. supra, nota 3, punto 10 della motivazione; sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1977 in causa n. 30/77, *Bouchereau*, in *Raccolta*, 1977, p. 1999, punto 10 della motivazione; sentenza della Corte di giustizia *Rutili*, cit. supra, nota 12, punto 52 della motivazione. Particolarmente significative sono la sentenza *Bonsignore*, cit., supra, nota 13, dove, al punto 5 della motivazione, la Corte ha testualmente detto che «non possono essere presi in considerazione (...) i motivi che prescindano dal caso singolo» e la sentenza *Rutili*, loc. cit., punto 29 della motivazione, secondo la quale bisogna «astenersi da valutazioni complessive».

²¹ V. sentenza della Corte di giustizia *Van Duyn*, loc. cit., punto 13 della motivazione.

²² V. sentenza della Corte di giustizia *Bouchereau*, loc. cit., punto 28 della motivazione.

²³ V. sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 1999 in causa n. C-348/96, *Calfa*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 2811, punto 21 della motivazione.

²⁴ V. sentenza della Corte di giustizia *Rutili*, loc. cit., sempre al punto 52 della motivazione (si v. verteva in tema di esercizio dei diritti sindacali).

²⁵ V. sentenza della Corte di giustizia *Adoui e Cornuaille*, cit. supra, nota 17, punto 8 della motivazione, laddove la Corte ha operato un *revirement* (v. sentenza della Corte di giustizia *Van Duyn*, loc. ult. cit., punto 24 della motivazione, che ammetteva la legittimità di simili comportamenti).

²⁶ V. sentenza della Corte di giustizia *Bonsignore*, loc. ult. cit., punto 7 della motivazione. V. in dottrina MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità Europee*, in questa *Rivista*, 1986, p. 587, che a p. 594 dice testualmente «un provvedimento che miri ad obiettivi generali di prevenzione (...) sarebbe dunque illegittimo».

²⁷ Principio anche questo confermato dalla Corte nelle pronunce del 26 aprile 1988 in causa n. 352/85, *Bond Van Adverteers*, in *Raccolta*, 1988, p. 2085, punti 32 e 33 della motivazione, del 25 luglio 1991 in causa n. C-288/89, *Gouda*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 4007, punto 11 della motivazione, e del 29 aprile 1999 in causa n. C-224/97, *Ciola*, in *Raccolta*, I, 1999, p. 2517, punto 17 della motivazione.

nazionali decidere, caso per caso, sulla concreta effettività della minaccia²⁸.

Dal punto di vista procedimentale gli Stati, ai sensi dell'art. 6 della direttiva, hanno l'obbligo di portare a conoscenza dell'interessato - salvo il caso in cui vi ostino ragioni pertinenti alla sicurezza dello Stato - i motivi che sono alla base del provvedimento stesso, e di garantirgli i rimedi giuridici che gli si offrono per l'effettiva realizzazione dei suoi diritti, per cui, ex art. 7, è previsto l'obbligo di notificare all'interessato il provvedimento di diniego o quello di rilascio del permesso di soggiorno. L'interessato deve avere, altresì, ai sensi dell'art. 8, la possibilità di introdurre, contro le relative decisioni, i ricorsi avverso gli atti amministrativi previsti per i cittadini residenti, ed a tal fine sono previste garanzie procedimentali supplementari in casi specifici²⁹.

La Corte, per rendere più efficace tale disciplina, ha affermato che i singoli possono invocare l'effetto diretto delle disposizioni previste dalla direttiva, anche se tale atto normativo, di per sé, non ha efficacia diretta *ipso jure*³⁰.

Nel merito, l'eccezione di ordine pubblico è da interpretare in modo restrittivo³¹: proprio in virtù delle già sottolineate differenze fra i Paesi membri, e nell'evidente intento di evitare le possibili difformità applicative, la Corte ha specificato che la portata dell'eccezione non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato senza il controllo delle istituzioni comunitarie³²; la Corte ha inoltre aggiunto che la legittimità dei provvedimenti destinati alla tutela dell'ordine pubblico deve essere valutata alla luce dell'intera normativa comunitaria riguardante sia il limite previsto per il potere discrezionale degli Stati membri in materia che l'esigenza di garantire il diritto di difesa dei diritti dei singoli nei cui confronti siano stati applicati provvedimenti restrittivi della libera circolazione³³.

2. *I principi di proporzionalità e di parità di trattamento nell'interpretazione dell'eccezione di ordine pubblico*

Anche nella materia dell'eccezione di ordine pubblico è sempre obbligatorio il rispetto dei principi generali di proporzionalità e di parità di trattamento.

²⁸ V., *inter alia*, sentenza della Corte di giustizia *Van Duyn*, *cit. supra*, nota 3, punto 18 della motivazione; sentenza della Corte di giustizia *Bouchereau*, *cit. supra*, nota 20, punto 30 della motivazione.

²⁹ Principio ribadito anche dalla Corte di giustizia nella sentenza *Bouchereau*, *loc. cit.*, punto 16 della motivazione.

³⁰ V. sentenza della Corte di giustizia *Van Duyn*, *loc. cit.*, punto 13 della motivazione.

³¹ V. sentenza della Corte di giustizia *Calfa*, *cit. supra*, nota 23, punto 23 della motivazione.

³² V. le sentenze della Corte di giustizia: *Bouchereau*, *loc. cit.*, punto 24 della motivazione; sentenza *Van Duyn*, *loc. ult. cit.*, punto 18 della motivazione e sentenza *Rutili*, *cit. supra*, nota 12, punto 27 della motivazione.

³³ V. sentenza della Corte di giustizia *Rutili*, *loc. cit.*, punto 51 della motivazione.

Con riguardo al principio di proporzionalità, la Corte ha espressamente stabilito che «i provvedimenti adottati in forza dell'art. 56 del Trattato (*attuale art. 39, comma 3, n.d.a.*) non debbono essere sproporzionati rispetto allo scopo perseguito (...) detto articolo deve, infatti, essere interpretato in modo che i suoi effetti siano limitati a quanto necessario per la tutela degli interessi che esso mira a garantire»³⁴.

Particolare attenzione è stata dedicata dalla Corte all'applicazione del principio di parità di trattamento, in considerazione delle potenziali difformità che gli Stati membri potrebbero operare nei confronti di cittadini di un altro Stato nell'adozione di misure, quali l'allontanamento dal territorio o il rifiuto dell'accesso al territorio, applicabili per forza di cose solo agli stranieri. La norma del citato art. 8 della direttiva n. 64/221, che prevede che l'interessato possa disporre del ricorso previsto per i cittadini dello Stato membro, è l'applicazione concreta di detto principio³⁵. In diverse pronunce la Corte ha dato attuazione pratica a tale concetto: dapprima ha sanzionato il diniego del permesso di soggiorno ad un cittadino per il solo motivo che lo stesso non svolgeva la sua attività in conformità alla normativa previdenziale vigente, sulla base della considerazione che la riserva di ordine pubblico non può, comunque, giustificare provvedimenti amministrativi che esigano requisiti diversi da quelli espressamente previsti dalla normativa comunitaria³⁶; ha, poi, considerato illegittimo il comportamento di uno Stato che predispone per i cittadini di altro Stato membro mezzi di ricorso meno efficaci di quelli messi a disposizione dei propri cittadini³⁷; ha, infine, rilevato che le autorità competenti ad emanare tali provvedimenti non possono basare l'esercizio dei loro poteri su valutazioni da cui conseguano discriminazioni arbitrarie nei confronti di cittadini di altri Stati membri³⁸.

³⁴ V. sentenza della Corte di giustizia *Bond Van Adverteers*, cit. *supra*, nota 27, punto 36 della motivazione. Stesso concetto nella sentenza della Corte di giustizia *Rutili*, cit. *supra*, nota 12, punto 15 della motivazione.

³⁵ Tale principio è stato confermato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 17 giugno 1997 in cause riunite n. C-65/95 e n. C-111/95, *Shingara e Radiom*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3343, punto 31 della motivazione, laddove «(...) l'art. 8 della direttiva dev'essere interpretato nel senso che, (...) l'obbligo che la norma impone allo Stato membro è adempiuto se i cittadini degli altri Stati membri dispongono degli stessi mezzi di ricorso esperibili in tale Stato membro contro gli atti amministrativi in generale».

³⁶ V. sentenza della Corte di giustizia *Roux*, cit. *supra*, nota 3, punti 30-31 della motivazione.

³⁷ V. sentenza della Corte di giustizia *Shingara e Radiom*, loc. cit., punto 25 della motivazione.

³⁸ V. sentenza della Corte di giustizia *Adoui e Cornuaille*, cit. *supra*, nota 17, punto 9 della motivazione: «uno Stato membro non può (...) allontanare dal proprio territorio un cittadino di un altro Stato membro né rifiutargli l'accesso al proprio territorio a motivo di un comportamento che, ove sia posto in essere da cittadini del primo Stato membro, non dà luogo a misure repressive o ad altri provvedimenti concreti ed effettivi volti a combatterlo».

C. La sentenza *Oteiza Olazabal*

1. *I fatti di causa*

La sentenza del 26 novembre 2002 nella causa n. C-100/01 riguarda il ricorso al Consiglio di Stato francese del Ministre de l'Intérieur contro il cittadino spagnolo Aitor Oteiza Olazabal³⁹.

Il ricorso era stato presentato contro l'annullamento di una misura amministrativa interna che disponeva, a carico del cittadino spagnolo, il divieto di soggiorno in trentuno dipartimenti del territorio francese a causa dell'appartenenza dell'interessato all'organizzazione indipendentista basca ETA⁴⁰. Il Consiglio di Stato francese aveva richiesto alla Corte se il diritto comunitario consentisse al Ministero dell'Interno di prendere misure parziali di limitazione di soggiorno ovvero imponesse necessariamente l'allontanamento del cittadino dall'intero territorio francese.

La Corte ha riconosciuto la legittimità del provvedimento restrittivo parziale, dichiarando che né l'art. 39 del Trattato né le disposizioni di diritto derivato impediscono che uno Stato membro pronunci, nei confronti di un lavoratore migrante cittadino di altro Stato, provvedimenti di polizia amministrativa che ne limitano il diritto di soggiorno ad una sola parte del territorio nazionale.

Il provvedimento di parziale limitazione è stato subordinato alla salvaguardia del principio di parità di trattamento, dato che il comportamento del cittadino spagnolo Olazabal, colpito dallo Stato francese, sarebbe stato in ogni caso sanzionato in modo analogo se fosse stato attuato da un cittadino francese ed avrebbe dato luogo ai medesimi provvedimenti repressivi o ad altre misure idonee a prevenirlo e combatterlo⁴¹.

La decisione offre un'interessante applicazione pratica del principio di proporzionalità alle esigenze dell'ordine pubblico e, seppure conferma l'indirizzo interpretativo restrittivo della nozione di ordine pubblico cui la Corte di giustizia si è sempre attenuta nei casi vertenti sull'applicazione della direttiva n. 64/221, assume, tuttavia, particolare rilevanza sia nella parte in cui con-

³⁹ Vedine un commento di CHALTIEL, *L'ordre public devant la Cour de Justice des Communautés européennes – à propos de l'arrêt Olazabal*, RMCUE, 2003, p. 120, ed un resoconto a p. 760 di questa Rivista, 2002, *Condizioni imposte ad uno Stato membro perché possa adottare un provvedimento di polizia amministrativa per limitare la libera circolazione di un cittadino di altro Stato membro*.

⁴⁰ La misura era stata presa in applicazione dell'art. 2 del decreto n. 46-448 del 18 marzo 1946, come da ultimo modificato dal decreto n. 93-1285 del 6 dicembre 1993, relativo alle condizioni per l'ingresso ed il soggiorno degli stranieri sul territorio francese, che dispone: «Fatto salvo quanto previsto dall'art. 1, gli stranieri soggiornano e circolano liberamente sul territorio francese. Il Ministro dell'Interno può nondimeno individuare con decreto i dipartimenti in cui gli stranieri non possono, a far data dalla pubblicazione di detto decreto, stabilire il proprio domicilio senza aver ottenuto un'autorizzazione preventiva del prefetto del luogo dove lo straniero vuole trasferirsi.

⁴¹ Tutto al punto 46 della motivazione.

ferma la linea ermeneutica della Corte, che nella parte, più innovativa, in cui integra la precedente giurisprudenza per ammettere il principio nuovo della legittimità di misure parziali.

2. *Gli elementi di conferma della linea tradizionale della Corte e gli elementi di novità: l'ammissibilità di limiti parziali al diritto di soggiorno nell'ottica del principio di proporzionalità*

Nel caso in esame la sentenza ribadisce i principi, in precedenza esposti, relativi alle condizioni richieste per l'applicazione della limitazione della libertà di circolazione per motivi di ordine pubblico.

La Corte, infatti, conferma che, sebbene spetti ai giudici nazionali verificare la gravità del comportamento tenuto dal destinatario delle misure repressive, i tribunali interni devono valutare il provvedimento alla luce dell'intero *corpus* del diritto comunitario⁴².

Essa, ancora una volta, riafferma la necessità che tali provvedimenti rispettino la parità di trattamento⁴³; ribadisce che le misure adottate in ragione di ordine pubblico devono tenere conto del comportamento personale ed individuale dell'interessato, rileva che dette ragioni gli devono essere comunicate senza indugio e che gli deve essere riconosciuto il diritto di proporre ricorso amministrativo alla pari con i cittadini dello Stato membro⁴⁴.

In ultimo la Corte condiziona la validità dei provvedimenti amministrativi di restrizione del diritto di soggiorno dello straniero al rispetto del principio di parità di trattamento, laddove ritiene legittima la normativa francese a patto che il comportamento che lo Stato membro reprime sia, a sua volta, oggetto di provvedimenti volti a combatterlo quando a compierlo siano propri cittadini⁴⁵.

Il *quid novi* della sentenza è rappresentato dal parziale mutamento della giurisprudenza (sarebbe meglio parlare di integrazione) dovuto all'applicazione concreta del principio di proporzionalità.

Detto principio implica che nella decisione della causa siano equamente contemplate le esigenze di tutela dell'ordine pubblico degli Stati membri e di libera circolazione dei lavoratori, purché «il provvedimento preso sia

⁴² Rispettivamente punti 44 e 30 della motivazione, confermati dal punto 26 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, in *Raccolta*, 2002, I, p. 10981.

⁴³ Testualmente al punto 42 della motivazione: «uno Stato membro non può (...) adottare nei confronti di un cittadino di altro Stato membro provvedimenti in ragione di un comportamento che non dà luogo, a carico dei cittadini del primo Stato membro, a provvedimenti concreti ed effettivi volti a combatterlo». Anche nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, ai punti 38 e 39.

⁴⁴ Tutto al punto 31 della motivazione. È interessante notare come per la prima volta la Corte sottolinei che tali provvedimenti debbano essere comunicati «senza indugio», laddove la direttiva n. 64/221 impone agli Stati solo un obbligo di comunicazione, senza indicare i tempi.

⁴⁵ Punto 45 della motivazione.

idoneo a garantire la realizzazione dello scopo perseguito e non ecceda quanto necessario per raggiungerlo»⁴⁶.

Premesso che ragioni di ordine pubblico consentono agli Stati membri di adottare, nei confronti dei lavoratori di altro Stato membro, una misura così severa come l'espulsione dall'intero territorio nazionale, un equo contemperamento delle esigenze consente che, quando vi sono minori necessità di tutela oppure quando il comportamento dell'interessato è giudicato meno grave, siano ammesse, ad evitare provvedimenti eccessivamente penalizzanti, le più adeguate misure dei divieti parziali di soggiorno. Ciò consentirà alle autorità nazionali di modulare meglio le eventuali misure restrittive in funzione delle effettive esigenze di tutela dell'ordine pubblico⁴⁷.

Queste considerazioni hanno, tuttavia, costituito, piuttosto che un decisivo *revirement* della giurisprudenza della Corte rispetto a quanto affermato a partire dalla sentenza *Rutili*, una opportuna integrazione dell'ambito applicativo della disciplina, poiché la Corte, senza contraddire il precedente suo indirizzo, ne completa il contenuto.

Dalla pronuncia *Rutili* in poi la Corte aveva sempre detto che, poiché la riserva dell'ordine pubblico contenuta nell'allora art. 48 del Trattato aveva la stessa portata dei diritti del lavoratore, che si estendevano all'insieme del territorio statale, i divieti di soggiorno non potevano che riguardare l'insieme del territorio nazionale⁴⁸.

Un tale parallelismo faceva sì che non fossero ammissibili limiti solo parziali alla libertà di soggiorno del lavoratore cittadino di altro Stato membro.

Nella causa *Olazabal* l'Avvocato Generale ha invece contestato tale precedente conclusione ed ha suggerito alla Corte che le deroghe consentite dall'art. 39, n. 3, del Trattato non devono necessariamente avere la stessa portata dei diritti cui si riferiscono. A conforto della proposta nuova interpretazione, l'Avvocato Generale ha addotto anche la lettera del Trattato, che non prescrive che le «limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico» debbano avere la stessa portata dei diritti richiamati⁴⁹.

La Corte ha accolto la tesi dell'Avvocato Generale ed ha esplicitamente indicato che, se per motivi di ordine pubblico gli Stati membri possono escludere l'ingresso ed il soggiorno sul proprio territorio dei lavoratori di altri Stati membri, privandoli radicalmente della possibilità di avvalersi della libera circolazione, essi ben possono adottare nei loro confronti provvedimenti meno

⁴⁶ Testualmente al punto 43 della motivazione.

⁴⁷ Al punto 28 delle conclusioni dell'Avvocato Generale, confermate dall'affermazione di cui al punto successivo.

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia *Rutili*, cit. *supra*, nota 12, punti 46, 47 e 48 della motivazione.

⁴⁹ CHALTIEL, *L'ordre public*, cit. *supra*, nota 39, parla di «parallélisme des droits et des interdictions».

restrittivi, quali, ad esempio, i divieti di soggiorno limitati ad una sola parte del territorio nazionale.

Detti provvedimenti – continua la Corte – sono pur sempre condizionati:

- a. al comportamento individuale dell'interessato;
- b. alla circostanza che, in assenza di misure parziali, l'unico provvedimento possibile sarebbe l'allontanamento dall'intero territorio nazionale;
- c. alla parità di trattamento con i cittadini dello Stato membro⁵⁰.

Tale soluzione trova uno specifico fondamento nella tutela del principio di proporzionalità: la possibilità di modulare le eventuali misure restrittive in funzione delle effettive esigenze di tutela dell'ordine pubblico appare pienamente coerente con tale principio, cui, secondo una consolidata giurisprudenza, devono conformarsi gli Stati membri nel derogare alle libertà fondamentali garantite dal Trattato. Solo in tal modo, infatti, le restrizioni possono essere effettivamente proporzionate rispetto alle concrete esigenze di tutela dell'ordine pubblico senza andare al di là di quanto strettamente necessario a tal fine⁵¹.

La sentenza della Corte diventa così espressione del principio di proporzionalità alla luce dei parametri che in precedenza gli stessi giudici avevano proposto per la sua corretta applicazione, quali la corrispondenza fra mezzi adottati e fini perseguiti (v. *supra* par. B.2.): un provvedimento di polizia amministrativa del tipo di quello francese, che limita la possibilità di soggiorno degli stranieri solo ad alcune parti del territorio, non pone agli Stati obblighi eccessivamente penalizzanti, ma lascia intatta la normativa interna ed interviene a contemperare sia le esigenze statuali di tutela dell'ordine pubblico, nel caso concreto particolarmente pressanti, sia il diritto dei lavoratori alla libera circolazione.

La Corte ha dato, perciò, in questa pronuncia, altra intelligente applicazione del principio di proporzionalità, coniugando bene le esigenze di tutela statuali con il *favor* della normativa comunitaria per i cittadini che si stabiliscono in altro Stato membro per esercitarvi attività lavorativa.

Luca Trifone*

⁵⁰ Al punto 45 della motivazione ed al punto 29 delle conclusioni dell'Avvocato Generale.

⁵¹ Anche CHALTIEL, *L'ordre public*, cit. *supra*, nota 39, a p. 121 mette in relazione il principio di proporzionalità e le misure parziali di limitazione della libera circolazione, parlando inoltre, in altro punto del suo scritto sempre a p. 121, di: «nouvelle forme de conciliation du principe de libre circulation et de la réserve d'ordre public».

* Segretario di legazione - Ministero degli Affari Esteri. Le opinioni espresse impegnano solo l'Autore.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

IL CONIUGE EXTRACOMUNITARIO DI UNA CITTADINA DELL'UNIONE HA IL DIRITTO DI SOGGIORNARE NELLO STATO D'ORIGINE DELLA MOGLIE QUANDO QUESTA VI RITORNA PER ESERCITARE UN'ATTIVITÀ SUBORDINATA, SEMPRE CHE IL MATRIMONIO SIA "AUTENTICO"

Corte di giustizia

Sentenza del 23 settembre 2003 in causa n. C-109/01

Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Artt. 39 ss. CE - Libera circolazione dei lavoratori - Cittadino di un Paese terzo coniugato con un cittadino di uno Stato membro - Divieto di ingresso e di soggiorno in tale Stato membro - Stabilimento temporaneo della coppia in un altro Stato membro - Stabilimento ai fini di conferire al coniuge il diritto di ingresso e di soggiorno nel primo Stato membro in forza del diritto comunitario - Abuso - Matrimonio valido - Art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - CEDU - Rispetto della vita familiare.

Per poter fruire, in una situazione come quella di cui alla causa principale, dei diritti previsti dall'art. 10 del regolamento Cee del Consiglio del 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, il cittadino di un Paese terzo, coniugato con un cittadino dell'Unione, deve soggiornare legalmente in uno Stato membro nel mo-

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

*mento in cui avviene il suo trasferimento in un altro Stato membro verso cui il cittadino dell'Unione emigra o è emigrato*¹.

*L'art. 10 del regolamento Cee n. 1612/68 non è applicabile quando il cittadino di uno Stato membro e il cittadino di un Paese terzo hanno contratto un matrimonio di comodo, al fine di eludere le disposizioni relative all'ingresso e al soggiorno dei cittadini di Paesi terzi*².

*In presenza di un matrimonio autentico tra un cittadino di uno Stato membro e un cittadino di un Paese terzo, la circostanza che i coniugi si siano stabiliti in un altro Stato membro per godere dei diritti conferiti dal diritto comunitario al momento del ritorno nello Stato membro di cui il primo è cittadino non è pertinente ai fini della valutazione della loro situazione giuridica da parte delle competenti autorità di quest'ultimo Stato*³.

*Nel momento in cui un cittadino di un primo Stato membro, coniugato con un cittadino di un Paese terzo con il quale vive in un secondo Stato membro, ritorna nello Stato membro di cui ha la cittadinanza per ivi esercitare un'attività lavorativa subordinata, se il suo coniuge non fruisce dei diritti previsti dall'art. 10 del regolamento Cee n. 1612/68, non avendo soggiornato legalmente nel territorio di uno Stato membro, le autorità competenti del primo Stato membro devono tuttavia, per valutare la domanda di ingresso e di soggiorno di tale coniuge nel territorio di quest'ultimo Stato, tener conto del diritto al rispetto della vita familiare ai sensi dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre del 1950, sempre che il matrimonio sia autentico*⁴.

¹⁻⁴ L'*Immigration Appeal Tribunal*, la Commissione di secondo grado competente nel Regno Unito per i ricorsi in materia di immigrazione, ha sollevato alcune questioni pregiudiziali sull'interpretazione dei diritti che l'ordinamento comunitario conferisce ad una cittadina comunitaria che sia sposata con un cittadino di uno Stato terzo, che abbandoni il proprio Paese d'origine e si stabilisca con il coniuge, per un periodo limitato di tempo, in un altro Stato membro per svolgervi un'attività lavorativa.

La Corte di giustizia è stata chiamata a chiarire se questa cittadina comunitaria, al ritorno nello Stato membro d'origine, possa pretendere l'applicazione nei propri confronti dei benefici attribuiti dalla normativa comunitaria ai lavoratori migranti ed esigere conseguentemente che il marito si stabilisca con lei nello Stato membro d'origine.

La controversia dalla quale è scaturita la sentenza in esame, sorta tra il signor Akrich, cittadino marocchino e il *Secretary of State of the Home Department* riguarda il diritto del primo di entrare e soggiornare nel Regno Unito.

Il signor Akrich, infatti, aveva chiesto più volte il permesso di soggiorno nel Regno Unito (dapprima in qualità di studente e successivamente come coniuge di una cittadina britannica) ma le sue domande venivano sempre respinte. Dopo essere stato espulso dall'Irlanda ove la moglie risiedeva e lavorava, chiedeva la revoca del provvedimento di espulsione, nonché il permesso di entrare in qualità di coniuge di una persona ivi stabilita. Tale richiesta si basava sulla sentenza *Singh* della Corte (sentenza del 7 luglio 1992 in causa n. C-370/90, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4265).

La domanda veniva respinta dal *Secretary of State for the Home Department* e il signor Akrich presentava ricorso contro tale decisione dinanzi all'*Immigration Adjudicator*

che accoglieva il ricorso. Faceva appello il *Secretary of State for the Home Department* avverso tale decisione e l'*Immigration Appeal Tribunal* si rivolgeva alla Corte al fine di chiarire se lo Stato membro di origine può rifiutarsi di consentire l'ingresso e il soggiorno del coniuge cittadino di un Paese terzo.

La Corte di giustizia ricorda che con la sentenza *Singh, cit.*, aveva precisato che il cittadino di uno Stato membro che ha lavorato, in qualità di lavoratore subordinato ex art. 39 CE, in un altro Stato membro, nel momento in cui ritorna nel proprio Paese può farsi accompagnare dal proprio coniuge, indipendentemente dalla nazionalità di questi, il quale deve godere, quantomeno, degli stessi diritti che gli spetterebbero, in forza del diritto comunitario, se il coniuge entrasse e soggiornasse nel territorio di un altro Stato membro.

Inoltre, il regolamento del Consiglio del 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (in *Guce* n. L 257/1968, p. 2) riguarda esclusivamente la libera circolazione all'interno del territorio comunitario e non statuisce sui diritti di un cittadino di un Paese terzo, coniugato con un cittadino dell'Unione, relativi all'accesso al territorio della Comunità.

Al fine di poter fruire dei diritti riconosciuti dall'art. 10 del regolamento n. 1612/68, ai sensi del quale: «hanno il diritto di stabilirsi con il lavoratore cittadino di uno Stato membro occupato sul territorio di un altro Stato membro, qualunque sia la loro cittadinanza: a) il coniuge ed i loro discendenti minori di anni 21 o a carico (...)», il cittadino di un Paese terzo, coniugato con un cittadino dell'Unione, deve poter soggiornare legalmente in uno Stato membro nel momento in cui avviene il suo trasferimento in un altro Stato membro verso cui il cittadino dell'Unione è emigrato.

A parere della Corte, lo stesso vale quando il cittadino dell'Unione, coniugato con un cittadino di un Paese terzo, ritorna nello Stato membro di appartenenza per esercitarvi un'attività lavorativa subordinata.

Con riferimento, infine, ai rischi di frode invocati dal Governo britannico nella sentenza *Singh* – nella quale la Corte aveva precisato che le possibilità offerte dal Trattato non potevano avere l'effetto di consentire alle persone che ne fruiscono di sottrarsi abusivamente all'applicazione delle normative nazionali, e neppure di vietare agli Stati membri di adottare i provvedimenti necessari per evitare tali abusi (cfr. sentenze del 7 febbraio 1979 in causa n. 115/70, *Lnoors*, in *Raccolta*, 1979, p. 399, e del 3 ottobre 1990 in causa n. C-61/89, *Bouchoucha*, in *Raccolta*, 1990, I, p. 3551 e massimata in questa *Rivista*, 1991, p. 92) – rischi richiamati nella sentenza qui massimata, la Corte precisa che, nel caso di specie, non si è in presenza di un abuso anche nell'ipotesi in cui il coniuge non fosse titolare di un diritto di soggiorno nello Stato membro di cui è cittadino il lavoratore nel momento in cui i coniugi si sono trasferiti in un altro Stato membro. Un abuso si verificherebbe alla presenza di matrimoni fittizi ossia contratti al solo fine di sottrarsi all'applicazione della normativa nazionale.

Anche il richiamo operato dalla Corte di giustizia alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, CEDU, in particolare all'art. 8 (cfr. la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in M. DE SALVIA, *Compendium della CEDU*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000, p. 203 e M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 112) chiarisce che escludere l'ingresso di una persona in un Paese in cui vivono i propri familiari può dare vita ad un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita familiare e come tale violare l'art. 8 della CEDU, a meno che tale restrizione sia prevista dalla legge oppure possa essere giustificata da un bisogno sociale imperativo e sia proporzionata al fine legittimamente perseguito (sul punto si richiama la sentenza dell'11 luglio 2002 in causa n. 60/00, *Carpenter*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 6279 e massimata in questa *Rivista*, 2002, p. 528).

**CONTRASTA CON LA LIBERA CIRCOLAZIONE DELLE MERCI
LA DISCIPLINA NAZIONALE CHE VIETA
LA COMMERCIALIZZAZIONE DI PRODOTTI CONFORMI
ALLA NORMATIVA COMUNITARIA E LEGALMENTE
FABBRICATI IN UN PAESE DELL'UNIONE EUROPEA**

Corte di giustizia

Sentenza del 6 novembre 2003 in causa n. C-358/01

Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna

Art. 228 CE - Ricorso per inadempimento di uno Stato membro - Artt. 28 ss. CE - Divieto di commercializzare con la denominazione «limpiador con lejía» (detergente con candeggina) - Difficoltà per le importazioni - Prodotti legalmente fabbricati e commercializzati in altri Stati membri - Contenuto di cloro attivo inferiore a 35 g/l - Tutela del consumatore.

Negando l'accesso al mercato spagnolo a prodotti legalmente fabbricati e commercializzati in altri Stati membri con la denominazione «limpiador con lejía» (detergente con candeggina) o simili, quando la loro percentuale di cloro attivo è inferiore a 35 g/l, il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza dell'art. 28 del Trattato Ce¹.

¹ La normativa spagnola non consente l'accesso al mercato sotto la denominazione di «limpiador con lejía», ossia detersivo con candeggina, di prodotti fabbricati e commercializzati legalmente in altri Stati membri, allorché il loro contenuto di cloro attivo sia inferiore a 35 grammi per litro, concentrazione prescritta in Spagna ai sensi dell'art. 2, n. 2, del regio decreto n. 3360/1983 (come successivamente modificato) che definisce la candeggina come una soluzione di ipoclorito alcalino con una concentrazione di cloro attivo compresa tra i 35 g/l e i 100 g/l.

La Commissione europea, a seguito della denuncia pervenutale concernente i fatti di causa e dell'invio di due lettere di diffida alla Spagna, rimaste prive di un concreto riscontro, inviava alla stessa un parere motivato invitandola a prendere le misure necessarie per conformarsi al parere stesso con riferimento, in particolare, ad alcuni procedimenti sanzionatori pendenti avanti all'Autorità Amministrativa della città di Madrid, nei confronti di taluni operatori commerciali intenzionati ad importare prodotti sulla cui etichetta figurava l'espressione «con candeggina» (anche se il contenuto di candeggina di tali prodotti era inferiore a 35 gr/l).

Non avendo il Regno di Spagna messo fine all'inadempimento la Commissione ha così proposto un ricorso ex art. 226 del Trattato Ce.

Prima di tutto la Corte, in merito alla irricevibilità del ricorso, eccezione sollevata dal Regno di Spagna per la mancanza di concordanza tra la fase precontenziosa e quella giurisdizionale, precisa che la Commissione non ha né ampliato, né modificato l'oggetto del contendere nel corso del procedimento precontenzioso con la conseguenza che il ricorso deve essere dichiarato ricevibile (cfr., sull'argomento, la seguente giurisprudenza della Corte: sentenze del 16 settembre 1997 in causa n. C-279/94, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 4743; del 29 settembre 1998 in causa n. C-191/95, *Commissione c.*

Germania, in *Raccolta*, 1998, I, p. 5449; del 15 gennaio 2002 in causa n. C-439/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 305 e del 13 febbraio 2003 in causa n. C-228/00, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 1439).

Nel merito, ossia con riferimento all'effettiva esistenza di una misura di effetto equivalente, la Corte di giustizia precisa che, ai sensi della propria costante giurisprudenza, l'art. 28 del Trattato CE vieta gli ostacoli alla libera circolazione delle merci derivanti, in assenza di un'armonizzazione delle legislazioni nazionali, dall'assoggettamento dei prodotti provenienti da altri Stati membri, in cui sono legalmente fabbricati e immessi in commercio, a norme che dettino caratteristiche particolari alle quali i prodotti stessi devono conformarsi (per esempio: la denominazione, la forma, le dimensioni, il peso, la composizione, la presentazione e l'etichettatura), anche nell'ipotesi in cui tali norme siano indistintamente applicabili tanto ai prodotti fabbricati nel territorio degli Stati membri quanto a quelli importati (cfr. sentenza del 16 gennaio 2003 in causa n. C-14/00, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 513).

La Corte osserva che la normativa spagnola è sproporzionata rispetto all'obiettivo di tutela dei consumatori. Infatti, il «consumatore di riferimento» quale consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto (sui prodotti alimentari, cfr. sentenza del 16 luglio 1998 in causa n. C-210/96, *Gut Springenheide e Tusky*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 4657; per i prodotti cosmetici cfr. le sentenze del 13 gennaio 2000 in causa n. C-220/98, *Estée Lauder*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 117 e del 24 ottobre 2002 in causa n. C-99/01, *Linhart e Biffl*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 9375) è in grado di conoscere, attraverso l'etichettatura, nel caso di specie, sia la composizione che le caratteristiche del prodotto offerto sul mercato.

Ne consegue che se i prodotti importati osservano la normativa comunitaria in tema di classificazione, imballaggio ed etichettatura dei prodotti pericolosi, non può giustificarsi una limitazione alla libera circolazione delle merci motivata da una maggiore protezione dei consumatori.

Ne consegue, altresì, che non essendo le etichette dei prodotti predisposte in maniera tale da indurre in errore il consumatore sull'effettiva proprietà delle merci stesse in quanto è chiaramente riportata l'espressione «con candeggina», la restrizione delle importazioni dei prodotti sopra indicati contrasta con la normativa comunitaria sulla libera circolazione delle merci.

LE AUTORITÀ NAZIONALI NON POSSONO RIFIUTARE AL TITOLARE DI UN DIPLOMA RILASCIATO IN UN ALTRO STATO MEMBRO L'ISCRIZIONE IN ITALIA NEL REGISTRO DEI PRATICANTI AVVOCATI

Corte di giustizia

Sentenza del 13 novembre 2003 in causa n. C-313/01

Christine Morgenbesser c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 43 CE - Libertà di stabilimento - Cittadina francese in possesso di un titolo di *maîtrise en droit* conseguito in Francia e residente in Italia - Presupposti per l'accesso ad una professione e per il suo esercizio - Iscrizione nel registro dei praticanti avvocati - Direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1988, n. 89/48/Cee - Ri-

conoscimento dei diplomi - Normativa nazionale - Accesso alle attività regolamentate - Contrasto.

Il diritto comunitario si oppone al rifiuto da parte delle autorità di uno Stato membro di iscrivere, nel registro di coloro che effettuano il periodo di pratica necessario per essere ammessi alla professione di avvocato, il titolare di una laurea in giurisprudenza conseguita in un altro Stato membro per il solo motivo che non si tratta di una laurea in giurisprudenza conferita, confermata o riconosciuta come equivalente da un'università del primo Stato¹.

¹ La sentenza sopra massimata è scaturita da un procedimento avente ad oggetto il riconoscimento del titolo di *maîtrise en droit* conseguito in Francia ai fini dell'iscrizione nel registro dei praticanti avvocati in Italia. La questione pregiudiziale, infatti, è stata sollevata nell'ambito di un ricorso per cassazione presentato dalla signora Morgenbesser, cittadina francese e residente in Italia, contro la decisione del Consiglio Nazionale Forense (CNF) che aveva confermato la decisione del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova di rifiutare la sua iscrizione nel registro dei praticanti.

La signora Morgenbesser, aveva ottenuto in Francia il diploma di *maîtrise en droit*, e, dopo aver lavorato presso uno studio legale francese, si trasferiva in Italia dove prestava la propria attività professionale presso uno studio legale di Genova. Al fine di poter ottenere l'idoneità all'esercizio della professione in Italia, presentava al Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova una domanda d'iscrizione al registro dei praticanti. La domanda veniva respinta dal Consiglio dell'Ordine di Genova, ai sensi dell'art. 17, 1° co, n. 4, del d.l. n. 1578/33, che subordina l'iscrizione al registro dei praticanti al possesso della laurea in giurisprudenza conferita o confermata in un'università italiana.

Il ricorso presentato dalla signora Morgenbesser dinanzi al Consiglio Nazionale Forense contro tale decisione veniva respinto per il fatto che la ricorrente da un lato, non era abilitata in Francia all'esercizio della professione di avvocato e, dall'altro lato, non era in possesso del titolo professionale necessario per ottenere l'iscrizione in Italia nel registro dei praticanti.

La signora Morgenbesser presentava così ricorso contro la decisione del Consiglio Nazionale Forense dinanzi alla Corte di cassazione che decideva di sospendere il procedimento rivolgendosi alla Corte di giustizia al fine di chiarire se un titolo di studio, conseguito da un cittadino comunitario in un Paese della Comunità, potesse, ai sensi della normativa comunitaria relativa alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi, essere fatto valere in un altro Paese dell'UE, in particolare, allo scopo di ottenere l'iscrizione nel registro dei praticanti avvocati.

La Corte di giustizia, dopo aver precisato quale fosse la normativa comunitaria di riferimento ha statuito che la direttiva n. 98/5/CE relativa all'esercizio permanente della professione di avvocato (in *Guce* n. L 77/1998, p. 36) non trova applicazione nei confronti della signora Morgenbesser in quanto questa non ha acquisito la qualificazione professionale necessaria per esercitare la professione di avvocato.

Analogamente non trova applicazione neppure la direttiva n. 89/48/CEE relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni (in *Guce* n. L 19/1989, p. 16) per il fatto che l'attività di praticante-patrocinante non può essere qualificata come «professione regolamentata» ai sensi della direttiva n. 89/48/CEE, separabile da quella della professione di avvocato. Inoltre, la signora Morgenbesser, non avendo ottenuto in Francia il certificato d'idoneità alla professione di avvocato, non può essere considerata praticante nell'ambito della professione di avvocato in tale Stato. Infatti, il titolo di *maîtrise en droit* di cui è titolare non costituisce un «diploma, certificato o altro titolo» ai sensi dell'art. 1, lett. a., della direttiva n. 89/48/CEE.

A parere della Corte, trovano applicazione al caso di specie gli artt. 39 e 43 CE in

quanto il periodo di pratica – necessario e indispensabile per accedere alla professione regolamentata – comporta un'attività retribuita (sotto forma di salario o di onorario a seconda che venga corrisposta dallo studio presso il quale il praticante presta la propria attività o dal proprio cliente). Ne consegue che la pratica forense rappresenta un'attività professionale di natura dipendente o autonoma soggetta rispettivamente all'art. 39 o all'art. 43 del Trattato CE.

La Corte precisa, inoltre, che qualora la normativa nazionale non prenda in considerazione le conoscenze e le qualifiche che un soggetto ha acquisito in un altro Paese membro si determina un ostacolo alla libertà di stabilimento (cfr. sentenze dell'8 luglio 1999 in causa n. C-234/97, *Fernández de Bobadilla*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 4773 e massimata in questa *Rivista*, 2000, p. 107 e del 7 maggio 1991 in causa n. C-340/89, *Vlassopoulou*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2357 e in questa *Rivista*, 1992, p. 663 con commento di C. POMA, *La libera circolazione dei professionisti e il riconoscimento dei titoli di studio*, p. 669). La Corte statuisce che lo Stato membro, nell'ambito del giudizio di valutazione della formazione professionale dell'interessato, è tenuto a verificare puntualmente in quale misura le conoscenze attestate dal diploma rilasciato in un altro Stato membro e le qualifiche o l'esperienza professionale ottenute in quest'ultimo, nonché l'esperienza ottenuta nello Stato membro in cui il candidato chiede di essere iscritto, soddisfino, anche parzialmente, le condizioni richieste per accedere all'attività di cui trattasi.

E compito, pertanto, delle autorità nazionali valutare – nel caso di specie – se le conoscenze acquisite nello Stato membro ospitante nell'ambito dell'esperienza pratica effettuata siano valide ai fini dell'accertamento delle qualifiche mancanti e possano quindi permettere l'iscrizione nel registro dei praticanti (cfr. sentenza *Vlassopoulou*, cit.).

LA NORMATIVA NAZIONALE CHE FISSA LA DATA DI SCADENZA PER IL LATTE PASTORIZZATO AD ALTA TEMPERATURA CONTRASTA CON GLI ARTT. 28-30 DEL TRATTATO CE

Corte di giustizia

Sentenza del 13 novembre 2003 in causa n. C-294/01

Società Granarolo SpA c. Comune di Bologna

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Direttiva del Consiglio del 16 giugno 1992, n. 92/46/ Cee - Direttiva del Consiglio del 18 dicembre 1978, n. 79/112/ Cee - Direttiva del Consiglio del 14 giugno 1989, n. 89/396/ Cee - Agricoltura - Regole sanitarie per la produzione e la commercializzazione del latte trattato termicamente - Libera circolazione delle merci - Legge nazionale che prescrive una data di scadenza per il latte pastorizzato ad alta temperatura - Artt. 28-30 CE - Libera circolazione delle merci - Contrasto.

La direttiva del Consiglio del 16 giugno 1992, n. 92/46/ Cee, che stabilisce le norme sanitarie per la produzione e la commercializzazione di latte crudo, di latte trattato termicamente e di prodotti a base di latte, come modi-

*ficata dalla direttiva del Consiglio del 13 dicembre 1994, n. 94/71/Ce, nonché gli artt. 28 e 30 del Trattato CE ostano ad una normativa nazionale, come quella controversa nella causa principale, che prevede per il latte pastorizzato ad alta temperatura una data di scadenza di quattro giorni dopo quella di confezionamento di tale prodotto*¹.

¹ L'art. 1 della legge del 3 maggio 1989, n. 169 sulla disciplina del trattamento e della commercializzazione del latte alimentare vaccino (in *Guri* n. 180 dell'11 maggio 1989, p. 1996) stabilisce che il latte alimentare destinato al consumo umano diretto deve aver subito, in un'impresa che lavora il latte, almeno un trattamento termico ammesso o un trattamento equivalente autorizzato.

L'art. 2 della medesima legge individua i trattamenti termici ammessi per il latte destinato al consumo umano: la pastorizzazione e la sterilizzazione. In particolare, all'art. 4 viene data la definizione di «latte fresco pastorizzato» intendendosi, con tale espressione, il latte che perviene crudo allo stabilimento di confezionamento e che, ivi sottoposto a un solo trattamento termico entro quarantotto ore dalla mungitura, presenti al consumo particolari caratteristiche organolettiche e nutrizionali. Inoltre, la denominazione del tipo di latte deve figurare per intero e nello stesso campo visivo del contenitore, sul quale deve essere indicato, altresì, il termine di conservazione con la locuzione «da consumarsi entro» seguita dalla data riferita al giorno, al mese e l'anno. Il termine di consumazione non può superare i quattro giorni successivi a quello del confezionamento (cfr. art. 5 L. 169/1989).

Nell'anno 1999 il Comune di Bologna infliggeva alla Granarolo una sanzione amministrativa per aver commercializzato in Italia latte pastorizzato ad alta temperatura prodotto in Germania con una scadenza superiore ai quattro giorni (e precisamente di sei giorni) prescritti dalla legge n. 169/1989.

La Granarolo ricorreva dinanzi al Tribunale di Bologna sostenendo il contrasto della normativa italiana con le direttive comunitarie n. 92/46/ Cee, che stabilisce le norme sanitarie per la produzione e la commercializzazione di latte crudo, di latte trattato termicamente e di prodotti a base di latte (in *Guce* n. L 268/1992, p. 1, così come modificata dalla direttiva n. 94/71/Ce, in *Guce* n. L 368/1994, p. 33), n. 89/395 (in *Guce* n. L 186/89, p. 21) e n. 89/396/ Cee, concernenti l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari (attuata in Italia con il dlgs 27 gennaio 1992, n. 109).

La Granarolo ha sostenuto che il latte pastorizzato ad alta temperatura è ottenuto grazie ad un sistema speciale di pastorizzazione, denominato *Falling Stream Heater*, sistema ad infusione a vapore, più energico rispetto alla pastorizzazione tradizionale, tale da consentire un latte con una maggiore durata, pur con caratteristiche organolettiche e nutrizionali analoghe a quelle del latte fresco pastorizzato.

La ricorrente, nelle proprie difese, ha sostenuto che la data di scadenza deve essere stabilita dal produttore in relazione all'effettiva durata del prodotto ai sensi dell'art. 10 del dlgs n. 109/92 che ha recepito, tra l'altro, nel nostro ordinamento le direttive n. 89/395/Cee e n. 89/396/ Cee: «Il termine minimo di conservazione è la data fino alla quale il prodotto alimentare conserva le sue proprietà specifiche in adeguate condizioni di conservazione; esso va indicato con la dicitura da consumarsi preferibilmente entro seguita dalla data oppure dall'indicazione del punto della confezione in cui essa figura. La data di scadenza è la data entro la quale il prodotto alimentare va consumato; essa va indicata con la dicitura «da consumarsi entro» seguita dalla data oppure dall'indicazione del punto della confezione in cui essa figura. La data si compone dell'indicazione, in chiaro e nell'ordine, del giorno, del mese e dell'anno».

Il Tribunale di Bologna, investito della causa, ha così sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte chiedendo di chiarire se sussista un contrasto tra la normativa comunitaria (le direttive comunitarie n. 92/46/ Cee, n. 79/112/ Cee sull'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari destinati al consumatore finale, nonché la relativa pubblicità, in *Guce*, n. L 33/1979, p. 1, come modificata dalla direttiva n. 97/4/Ce, in *Guce* n. L

43/1997, p. 21, e la n. 89/396/ Cee) e l'art. 5 della legge n. 169/89.

La Corte, dopo avere precisato che nell'interpretazione di una norma di diritto comunitario non si deve perdere di vista il contesto, nonché gli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (cfr. sentenze del 14 ottobre 1999 in causa n. C-223/98, *Adidas*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7081; del 18 maggio 2000 in causa n. C-301/98, *KVS International*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 3583; del 19 settembre 2000 in causa n. C-156/98, *Germania c. Commissione*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 6857; del 14 giugno 2001 in causa n. C-191/99, *Kvaerner*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 4447, e del 10 dicembre 2002 in causa n. C-491/01, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 11453 e massimata in questa *Rivista*, 2003, p. 343) statuisce che, in mancanza di una normativa comunitaria specifica sulla determinazione della data di scadenza dei prodotti a base di latte, gli Stati membri hanno la competenza a disciplinare tale aspetto ai sensi degli artt. 9 e 9 *bis* della direttiva n. 79/112/ Cee (ora modificata dalla direttiva n. 2000/13/Ce, in *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29).

Tuttavia, lo Stato membro non può ostacolare la commercializzazione di tali prodotti. La Corte di giustizia con la sentenza in esame non contesta la fissazione di una data di scadenza per il latte da parte di uno Stato membro, ma precisa che tale data non può compromettere la commercializzazione e la libera circolazione dei prodotti a base di latte.

La Corte conclude nel senso che la data di scadenza prescritta dalla normativa italiana, in quattro giorni successiva al confezionamento, identica per il latte pastorizzato ad alta temperatura e per il latte fresco pastorizzato, quindi per prodotti con differenti caratteristiche, costituisce un ostacolo alla libera circolazione delle merci ex artt. 28-30 del Trattato Ce e contrasta con la direttiva n. 92/46/Ce non essendo neppure giustificata dalla necessità di tutela della salute pubblica o di altro interesse generale.

NON RICONOSCENDO IL DIPLOMA OTTENUTO PRESSO LA *EUROPEAN SCHOOL OF ECONOMICS* L'ITALIA HA VIOLATO LA NORMATIVA COMUNITARIA SULLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO

Corte di giustizia

Sentenza del 13 novembre 2003 in causa n. C-153/02

Valentina Neri c. European School of Economics (ESE Insight World Education System Ltd)

Art. 234 CE - Questione pregiudiziale - Art. 39 CE - Libertà di stabilimento - Decisione del Consiglio del 2 aprile 1963, n. 63/266/ Cee - Politica comune in materia di formazione professionale - Direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1988, n. 89/48/ Cee - Riconoscimento dei diplomi - Diploma rilasciato da un'università avente sede in uno Stato membro - Istruzione propedeutica al diploma impartita in un altro Stato membro e da un altro istituto di istruzione - Riconoscimento.

L'art. 43 del Trattato CE osta a una prassi amministrativa, quale quella controversa nella causa principale, in forza della quale i diplomi universitari

*rilasciati da un'università di uno Stato membro non possono essere riconosciuti in un altro Stato membro quando i corsi propedeutici a tali diplomi sono stati tenuti in quest'ultimo Stato membro ad opera di un diverso istituto di istruzione in conformità ad un accordo concluso fra tali due istituti*¹.

*La nota del Ministero dell'Università e della Ricerca scientifica e tecnologica dell'8 gennaio 2001 specifica che «i titoli rilasciati da Università riconosciute in Gran Bretagna possono essere riconosciuti in Italia solo se conseguiti dopo regolare frequenza dell'intero corso di studi presso le stesse o altro Istituto estero dello stesso livello di formazione, con esclusione, quindi, dei titoli rilasciati, ai cittadini italiani, sulla base dei periodi di studi svolti presso filiali o istituzioni private operanti in Italia con le quali abbiano stipulato delle convenzioni di tipo privatistico»*².

¹⁻² Il diploma rilasciato dall'*European School of Economics* deve essere riconosciuto in tutti gli Stati membri dell'UE. Con la sentenza *Neri* la Corte di giustizia ha statuito che un diploma ottenuto in un'università di un altro Stato membro ha valore legale anche quando gli studi si sono di fatto svolti in Italia: i diplomi ottenuti in un'università straniera devono, quindi, essere riconosciuti in tutti gli Stati membri, compresi quelli ove la succursale dell'università ha tenuto i propri cicli di insegnamento.

La questione è stata sollevata da una studentessa, Valentina Neri, iscritta al corso quadriennale di laurea in Scienze politiche ad indirizzo internazionale (*Bachelor of Arts with honours in International Political Studies*) alla Nottingham Trent University – NTU - che – per evitare i costi eccessivi derivanti da una propria permanenza in Gran Bretagna - aveva deciso di frequentare in Italia la *European School of Economics – ESE* -, invocando l'*Education Reform Act* del 1988 in base alla quale le università possono rilasciare diplomi anche attraverso gli insegnamenti impartiti da un'altra istituzione riconosciuta. Ai sensi dell'art. 216 dell'*Education Reform Act* del 1988, il Ministro dell'Educazione ha approvato un elenco di organismi che possono impartire insegnamenti preparatori al conseguimento di una laurea rilasciata da un'istituzione riconosciuta ed approvata nell'interesse dell'istituzione.

Dopo il primo anno di iscrizione, la signorina Neri apprendeva che l'ESE non era abilitata a tenere corsi di formazione universitaria e che i titoli rilasciati dall'università, ancorché legalmente riconosciuti nel Regno Unito, non potevano essere riconosciuti in Italia perché acquisiti in seguito a periodi di studio svoltisi sul territorio italiano.

La studentessa si rivolgeva così al Giudice di Pace di Genova citando l'ESE e chiedendo la restituzione della somma pagata per la frequenza dei corsi.

Il Giudice di Pace decideva di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte al fine di chiarire se gli artt. 39, 43 e 49 del Trattato CE impediscano una prassi amministrativa in forza della quale i diplomi universitari del secondo ciclo rilasciati da un'università di uno Stato membro non vengono riconosciuti in un altro Stato membro nell'ipotesi in cui i corsi propedeutici a tali diplomi siano tenuti in quest'ultimo Stato membro da un diverso istituto di istruzione, sulla base di un accordo concluso fra gli organismi stessi.

Il fatto che taluni diplomi rilasciati a conclusione dei corsi di formazione universitaria tenuti dall'ESE non siano riconosciuti in Italia (ai sensi del r.d. del 31 agosto 1933, n. 1592, recante approvazione del Testo Unico delle leggi sull'istruzione superiore, in *Guri* n. 283 del 7 dicembre 1933, e della nota del Ministero dell'Università e della Ricerca scientifica e tecnologica dell'8 gennaio 2001) può certamente dissuadere gli studenti dal seguire gli insegnamenti stessi, nonché ostacolare gravemente l'esercizio da parte dell'ESE della propria attività economica in tale Stato membro.

Pertanto, a parere della Corte, la prassi amministrativa italiana rappresenta una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 43 del Trattato CE e a nulla sono valse le

argomentazioni del Governo italiano che giustificavano la prassi amministrativa posta in essere in quanto idonea a garantire un livello elevato delle formazioni universitarie (cfr. sentenza del 7 marzo 2002 in causa n. C-145/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 2235).

Ne consegue che il diploma rilasciato dall'*European School of Economics* deve essere riconosciuto in tutti gli Stati membri dell'Unione europea, anche nell'ipotesi in cui i corsi propedeutici siano stati tenuti da un'altra scuola sulla base di un'apposita convenzione stipulata fra gli istituti stessi.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

LA PRESENZA ACCIDENTALE DI OGM NEGLI ALIMENTI ALLA LUCE DEL DIRITTO PENALE*

Corte di cassazione, sez. III penale
Sentenza del 9 luglio 2003-9 ottobre 2003 n. 38577/03

Presidente, *Toriello* - Relatore, *Grillo*
Procedimento penale a carico di *Pierangelo Manarolla*

Organismi geneticamente modificati (OGM) - Contaminazione accidentale di prodotti alimentari con materiale derivato da OGM - Possibilità di invocare la soglia di tolleranza prevista nella misura dell'1% dal Regolamento Ce n. 49/2000 - Possibilità di non documentare l'esistenza di tale contaminazione accidentale sull'etichetta - Contravvenzione di cui all'art. 5, comma 1, lett. a., della legge n. 283/1962.

L'accidentalità della contaminazione degli alimenti con prodotti derivanti da OGM è provata anche da una presenza non costante di questi ultimi nei diversi campioni sottoposti ad analisi nei quali la presenza di OGM non è comunque mai superiore alla soglia dell'1%.

L'onere di provare la non accidentalità della presenza di OGM nei prodotti alimentari incombe sul PM che formula l'accusa.

Il divieto di cui all'art. 5, comma 1, lett. a., della legge n. 283/1962 può essere escluso dall'applicazione di norme nazionali o comunitarie speciali che consentano di impiegare, nella produzione di alimenti, sostanze generalmente vietate dalla predetta disposizione.

* In argomento v. *infra*, p. 783 ss., il commento di *FAUSTO CAPELLI*.

In diritto (*Omissis*)

Il ricorso merita accoglimento.

Posto che nel caso di specie trattasi di sequestro probatorio e non preventivo, il giudice del riesame deve controllare semplicemente se il reato ipotizzato sia astrattamente configurabile, sebbene sempre con riferimento ad elementi processuali già acquisiti (alla luce della decisione delle Sezioni Unite 29 gennaio 1997, n. 23, Bassi), e se il sequestro sia o meno giustificato ai sensi dell'art. 253 c.p.c. (Cass. Sez. II, 9 dicembre 1999, n. 6149, Marini e altro), senza poter verificare in concreto la fondatezza della tesi accusatoria.

Ciò premesso, con riferimento al problema della ipotizzabilità del reato, rileva il Collegio che il provvedimento impugnato, così come peraltro quello di perquisizione e sequestro adottato dal P.M., fa riferimento alternativamente a tre ipotesi criminose - previste rispettivamente dall'art. 5, comma 1 lett. a., L. n. 283/1962, e dagli artt. 515 e 516 del codice penale - fondate tutte, nel caso di specie, sulla accertata utilizzazione da parte della Milupa s.p.a., di organismi geneticamente modificati (OGM) e sulla mancata indicazione di essi nell'etichetta dei prodotti sequestrati.

Per quanto concerne la menzionata norma contravvenzionale, dettata in materia di disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande, si ricorda che essa vieta - tra l'altro - l'impiego nella preparazione di alimenti o bevande (nonché la vendita, la detenzione per vendere, la somministrazione ai propri dipendenti, o la distribuzione per il consumo) di sostanze alimentari «comunque trattate in modo da variarne la composizione naturale», caratteristica questa certamente scontata per gli alimenti geneticamente modificati, tenuto conto che, a proposito di composizione naturale di un prodotto, il legislatore del '62 ha inteso riferirsi al concetto di «genuità naturale», quella cioè presente in natura, in totale assenza di modificazioni - per intervento umano - della struttura biochimica dello stesso.

Quindi, sotto il profilo della sussistenza dell'elemento materiale, essendo stata accertata la presenza di OGM nei prodotti in sequestro ed essendo pacifico che la stessa non era indicata in etichetta, la contravvenzione *de qua* sarebbe astrattamente ipotizzabile. Sennonché la norma in esame pone un limite al ricordato divieto di carattere generale, aggiungendo la frase «salvo quanto disposto da leggi o da regolamenti speciali», la cui ampia formulazione deve sicuramente ritenersi comprensiva anche della disciplina, sia comunitaria che nazionale, in materia di OGM. In altri termini, pur nel rispetto del generale divieto - posto dalla legge n. 283/1962 - di utilizzazione di sostanze alimentari delle quali sia stata variata la composizione naturale, se la legge consente l'immissione sul mercato, e quindi al consumo, di alimenti risultanti da determinate manipolazioni genetiche, ritenendole pertanto legittime, non può ragionevolmente sostenersi, in relazione ad esse, neppure in questa fase, la ipotizzabilità della contravvenzione in questione, la cui sussistenza è proprio subordinata alla condizione negativa della mancanza di specifiche leggi o regolamenti che consentano la variazione suddetta.

Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre valutare se la normativa comunitaria consenta l'utilizzazione di OGM nei limiti accertati dall'autorità inquirente e se risultino violate le prescrizioni in materia di etichettatura di questo tipo di prodotti,

perché altrimenti verrebbe meno la configurabilità dell'ipotesi contravvenzionale. La necessità dell'etichettatura, invero, deriva evidentemente dalla scelta politica di non vietare del tutto l'immissione sul mercato di determinati prodotti modificati geneticamente e, nel contempo, dall'esigenza di avvertire gli acquirenti della loro presenza, per evitare problemi (di salute o etici) a determinate categorie di consumatori.

Avendo ad oggetto il sequestro in questione prodotti geneticamente modificati derivati dalla soia (latte di soia), per quanto concerne la disciplina normativa bisogna fare riferimento attualmente al regolamento Ce n. 49/2000 della Commissione, del 10 gennaio 2000, modificativo del regolamento Ce n. 1138/98.

Il richiamato regolamento del 2000, prendendo atto dell'impossibilità di escludere una contaminazione accidentale di prodotti alimentari mediante DNA o proteine derivati da modificazioni genetiche, rende obbligatoria l'etichettatura (cioè l'indicazione «contiene OGM») esclusivamente per i prodotti i cui componenti superano dell'1% la presenza di derivati transgenici. In definitiva la Comunità, riconoscendo sostanzialmente l'attuale inevitabilità di un certo grado di «contaminazione accidentale» dei prodotti alimentari derivati da soia e mais, è giunta alla conclusione della non necessità di segnalare ai consumatori, quando, oltre ad essere appunto accidentale, non superi la detta percentuale.

Attualmente, quindi, pur essendo *in itinere* iniziative normative, sia a livello comunitario che nazionale, volte a ridurre ulteriormente la indicata soglia di tolleranza dell'1%, la contravvenzione in questione è ipotizzabile - beninteso quando la contaminazione sia accidentale - solo in caso di superamento di tale limite.

Ebbene, gli accertamenti effettuati su campioni dei prodotti in sequestro hanno tutti escluso detto superamento, constatando peraltro - sempre al di sotto della soglia dell'1% - una presenza di OGM non costante, ma estremamente variabile da un campione all'altro, il che fa logicamente propendere per l'accidentalità della contaminazione. Del resto, contrariamente a quanto affermato dal Tribunale, ritiene il Collegio che incomba all'accusa la dimostrazione della volontarietà (o meglio della non casualità) della contaminazione, anche in questa fase, non essendo suscettibile di dimostrazione l'accidentalità di essa da parte dell'indagato, se non nei termini probabilistici sopra indicati.

Conclusivamente, non essendo stata superata, nel caso in esame, la soglia di tolleranza all'utilizzo di OGM, posta dal regolamento Ce n. 49/2000, né essendo correttamente e logicamente motivata la non accidentalità della contaminazione, l'ordinanza impugnata deve essere annullata con riferimento alla sussistenza del *fumus* della contravvenzione di cui all'art. 5 lett. a. L. n. 283/1962.

Sulla base delle argomentazioni che precedono, inoltre, non ritiene il Collegio neppure ipotizzabili, in via alternativa, i delitti previsti dal codice penale (artt. 515 e 516), anche condividendosi l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in caso di sequestro probatorio, che è un mezzo di ricerca della prova, il Tribunale del riesame non è tenuto ad accertare la sussistenza dell'elemento psicologico del reato né quella dei gravi indizi di colpevolezza nei confronti di una determinata persona, ma soltanto la sussistenza di elementi tali da configurare l'esistenza di un reato e la necessità di procedere alla acquisizione al procedimento della cosa oggetto del sequestro.

Invero il presupposto sia della frode in commercio (art. 515 c.p.), che della ven-

dita di sostanze alimentari non genuine come genuine (art. 516 c.p.), e quindi dell'esistenza stessa dei detti reati, e pur sempre la consapevolezza da parte dell'agente, nel primo caso, della diversità della cosa consegnata da quella dichiarata o pattuita, e, nel secondo caso, della non genuinità della sostanza alimentare posta in vendita, consapevolezza in ordine alle quali, proprio per quanto prima esposto a proposito della probabile accidentalità della contaminazione di cui trattasi, il provvedimento impugnato non fornisce alcuna logica motivazione.

La gravata ordinanza, infatti, considerata la difficoltà tecnica di accertare tempestivamente la fondatezza dell'assunto difensivo, anche in punto di diritto, ha ritenuto sussistente il *fumus* dei reati ipotizzati, con motivazione certamente approssimativa e carente, trincerandosi dietro le caratteristiche di sommarietà e provvisorietà del giudizio riservato al Tribunale del riesame, che - ad avviso del Collegio - non consentono tuttavia di eludere questioni rilevanti anche nella presente fase, quali, ad esempio, la classificazione dei prodotti in sequestro in una o in un'altra categoria di alimenti, con conseguente individuazione della specifica normativa applicabile al caso in esame.

Su di esse, dunque, dovrà ripronunziarsi il giudice del merito.

(*Omissis*)

**LA CORTE DI CASSAZIONE PRENDE POSIZIONE
SULL'ETICHETTATURA DEI PRODOTTI ALIMENTARI
CONTENENTI OGM CON RIFERIMENTO
AGLI ASPETTI DI DIRITTO PENALE**

Il problema dell'etichettatura dei prodotti alimentari contenenti OGM, dopo essere stato esaminato in sede amministrativa dal Tar-Lazio e dal Consiglio di Stato, approdando da ultimo alla Corte di giustizia delle Comunità europee¹, è anche passato al vaglio della Corte di cassazione che l'ha analizzato e risolto, sotto il profilo del diritto penale, con la sentenza che viene qui brevemente commentata.

La fattispecie di causa riguardava la legittimità di un provvedimento di sequestro penale (probatorio) eseguito su alimenti per l'infanzia contenenti tracce di OGM (derivati da soia geneticamente modificata) non indicati in etichetta.

Le ipotesi criminose sottoposte al giudizio della Corte di cassazione erano tre, previste, rispettivamente, la prima, dall'art. 5, comma 1, *lett. a.* della legge 30 aprile 1962, n. 283, sulla disciplina igienica dei prodotti alimentari; la seconda, dall'art. 515 del codice penale, relativo alla frode in commercio; e, la terza, dall'art. 516 dello stesso codice penale, concernente la vendita di sostanze alimentari non genuine come genuine.

La Corte, nell'esaminare le tre ipotesi criminose, prende essenzialmente in considerazione la prima, prevista dal citato art. 5, comma 1, *lett. a.* della

¹ Cfr. ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, del 28 gennaio 2003, n. 1313/2003, *Ministero della salute c. Codacons e Federconsumatori*, in questa *Rivista*, 2003, p. 359, con commento di F. CAPELLI, *Presenza accidentale di Ogm negli alimenti e obblighi di etichettatura anche alla luce del principio di precauzione*, p. 361.

legge n. 283/1962, essendo le altre due meno rilevanti con riferimento alla fattispecie concreta da decidere.

Tale disposizione, secondo l'interpretazione della Corte, riportata nella sentenza in commento:

«vieta - tra l'altro - l'impiego nella preparazione di alimenti o bevande (nonché la vendita, la detenzione per vendere, la somministrazione ai propri dipendenti, o la distribuzione per il consumo) di sostanze alimentari "comunque trattate in modo da variarne la composizione naturale", caratteristica questa certamente scontata per gli alimenti geneticamente modificati».

Poiché negli alimenti di cui alla fattispecie di causa era stata rilevata la presenza di OGM, anche se in misura minima, appariva evidente che l'esistenza dell'elemento materiale del reato rendeva possibile la constatazione della contravvenzione denunciata.

A questo punto, la Corte procede però all'individuazione delle disposizioni normative destinate a risolvere il problema sottoposto al suo giudizio.

Continuando infatti nella sua analisi interpretativa, la Corte aggiunge, nella sentenza in commento, questa considerazione:

«senonché la normativa in esame pone un limite al ricordato divieto di carattere generale, aggiungendo la frase "salvo quanto disposto da leggi o da regolamenti speciali", la cui ampia formulazione deve ritenersi comprensiva anche della disciplina, sia comunitaria che nazionale, in materia di OGM».

Effettuata la valutazione interpretativa della disposizione nazionale rilevante, la Corte va alla ricerca delle norme comunitarie applicabili alla fattispecie concreta, identificandole in quelle contenute sia nel Regolamento n. 1139/98 del Consiglio dell'Unione europea² che ammetteva la libera circolazione nel mercato unico dei prodotti alimentari contenenti OGM autorizzati, purché debitamente etichettati, sia nel Regolamento n. 49/2000 della Commissione³ con cui veniva introdotta la soglia minima dell'1% oltre la quale sussisteva l'obbligo di segnalare in etichetta la presenza accidentale, in tutti gli alimenti, di materie prime contenenti OGM (o contaminate dai medesimi).

A ben vedere, il provvedimento più specificamente invocabile nella fattispecie di causa per contrastare, sotto il profilo penale, l'applicazione dell'art. 5, comma 1, lett. a. della legge n. 283/1962 sarebbe stato il Regolamento n. 1139/98 che ammette la circolazione, nell'Unione europea, dei prodotti alimentari contenenti OGM autorizzati e non il Regolamento della Commissio-

² In *Guce* n. L 159 del 1998.

³ In *Guce* n. L 6 dell'11 gennaio 2000, p. 13.

ne n. 49/2000, perché quest'ultimo si riferisce alla sola etichettatura degli alimenti contenenti OGM (sempre autorizzati).

In effetti la disposizione della legge nazionale sopra citata, vieta, in generale, la produzione e la vendita degli alimenti sprovvisti dei requisiti in essa indicati, indipendentemente dalle eventuali indicazioni riportate in etichetta.

La Corte di cassazione affronta invece il problema in modo globale, ritenendo di poterlo correttamente risolvere facendo riferimento tanto alla normativa sostanziale (Regolamento n. 1139/98: che liberalizza la circolazione degli alimenti contenenti OGM) quanto alla normativa tecnico-formale sull'etichettatura (Regolamento n. 49/2000: che stabilisce il limite di tolleranza dell'1%).

Una volta provata la liceità dell'impiego di derivati OGM nella produzione (e nella vendita) di prodotti alimentari all'interno dell'Unione europea, il problema specifico da risolvere consisteva, per la Corte di cassazione, nel verificare la legittimità dell'omessa indicazione, sull'etichetta di tali prodotti, della presenza di OGM, quando la stessa fosse risultata inferiore alla tolleranza dell'1% (come previsto dal Regolamento n. 49/2000).

La Corte ha individuato correttamente, a questo punto, la sola difficoltà di ordine giuridico che ancora doveva essere superata per risolvere il problema: quella, ovviamente, della prova della presenza accidentale di OGM nei prodotti alimentari, nel senso del Regolamento n. 49/2000.

La Corte, dovendo affrontare il problema in sede penale, ha innanzitutto ritenuto che l'onere della prova relativa all'accidentalità della presenza degli OGM non potesse essere posto a carico del soggetto indagato ma che spettasse all'accusa dimostrare la non accidentalità di tale presenza. Diversamente si sarebbe trattato di una pretesa volta ad ottenere una "prova negativa".

Pur senza farvi espresso riferimento, la Corte, a questo proposito, segue la linea tracciata dall'art. 1, par. 2, del citato Regolamento n. 49/2000 secondo cui:

«per stabilire che la presenza di questo materiale [contaminato da OGM] è accidentale, gli operatori devono essere in grado di comprovare alle autorità competenti di aver preso opportune misure per evitare di utilizzare come base di partenza gli organismi geneticamente modificati (o prodotti da essi derivati)».

Come si vede, la disposizione comunitaria impone l'acquisizione di una "prova positiva", nel senso che richiede all'operatore di provare di aver fatto quanto necessario

«per evitare di utilizzare come base di partenza gli organismi geneticamente modificati (o prodotti da essi derivati)».

Di conseguenza, l'operatore dovrà essere in grado di provare di aver stipu-

lato appositi contratti con i suoi fornitori nei quali questi erano impegnati a fornire unicamente prodotti non contenenti OGM. Ugualmente l'operatore dovrà provare di aver disposto le verifiche di controllo necessarie per assicurarsi della conformità dei prodotti agli impegni contrattuali assunti dai fornitori⁴.

Ma, al di là di queste "prove positive" che l'operatore è senz'altro obbligato a fornire e per le quali potrà acquisire gli elementi di supporto ritenuti idonei, nessun'altra prova potrà essergli richiesta con lo scopo di verificare se lo stesso non abbia intenzionalmente aggiunto OGM nei prodotti alimentari posti in vendita.

In effetti, imporre all'operatore la prova di non aver intenzionalmente aggiunto OGM ai prodotti posti in vendita, equivale a pretendere dall'operatore medesimo la "prova negativa" sull'accidentalità della presenza di OGM nei prodotti venduti.

Tanto la normativa comunitaria, come sopra abbiamo constatato, quanto il codice penale, vietano di imporre prove siffatte.

La Corte di cassazione ha comunque risolto il problema ricorrendo ad una soluzione fondata su elementi oggettivi e di buon senso.

Sulla base delle verifiche dei prodotti contestati, sottoposti ad analisi da parte delle competenti autorità di controllo, è risultato che ogni singolo campione indicava la presenza di OGM in una percentuale diversa e, in ogni caso, sempre inferiore al limite di tolleranza dell'1%.

Questi dati oggettivi hanno consentito alla Corte di cassazione di giungere agevolmente e rapidamente ad una univoca conclusione.

Se la percentuale di OGM (sempre inferiore all'1%) era diversa in ognuno dei campioni analizzati, ciò costituiva la prova, secondo la Corte, che l'aggiunta di OGM nei prodotti non poteva essere stata intenzionale perché nessun operatore, soprattutto per ragioni di natura economica, potrebbe permettersi di aggiungere ingredienti ai prodotti in modo casuale nonché in percentuale variabile e (per di più) in misura inferiore all'1%.

I costi proibitivi di un'operazione siffatta avrebbero sconsigliato chiunque dall'intraprenderla.

La conclusione corretta cui la Corte di cassazione è pervenuta sulla base dei dati acquisiti è stata quindi questa: la contaminazione da OGM accertata nella fattispecie di causa è avvenuta in modo accidentale nel senso del Regolamento n. 49/2000 sopra citato.

Di conseguenza la Corte ha annullato il provvedimento di sequestro riferito ai prodotti alimentari contestati, rimettendo gli atti al Tribunale di Milano per la definizione della causa nel merito.

⁴ V. anche le considerazioni svolte nel commento *cit. supra*, nota 1.

Nella sua sentenza la Corte di cassazione che si è pronunciata, ripetiamo, in sede penale, ed era quindi tenuta ad applicare la norma vigente al momento della commissione dei fatti di causa, non ha mancato di ricordare l'esistenza di:

«iniziative normative, sia a livello comunitario che nazionale volte a ridurre ulteriormente la indicata soglia di tolleranza dell'1%».

In effetti tali iniziative normative che, per la verità, non potevano che essere avviate in sede europea, trattandosi di materie già disciplinate dalla normativa comunitaria, hanno determinato l'adozione di due regolamenti che hanno risolto definitivamente il problema in discussione.

Il punto che qui interessa, evocato dalla Corte di cassazione ed oggetto delle negoziazioni in sede comunitaria, era effettivamente la proposta di riduzione della soglia di tolleranza dell'1% per quanto riguarda l'obbligo di indicazione in etichetta della presenza accidentale degli OGM.

La proposta di riduzione della soglia di tolleranza è stata discussa in sede comunitaria tenendo presente la situazione oggettiva oggi esistente nei mercati di riferimento.

Orbene, considerate la frequenza e la varietà delle possibili contaminazioni da OGM (o da prodotti da questi derivati)⁵ il legislatore comunitario ha ritenuto che non era possibile operare alcuna sostanziale riduzione della soglia di tolleranza.

Di conseguenza i due recenti Regolamenti comunitari n. 1829/2003 e n. 1830/2003⁶ hanno provveduto, il primo, a ridurre la tolleranza in questione dall'1% allo 0,9% (cfr. art. 12, par. 2, del Regolamento n. 1829/2003) e, il secondo, a modificare la direttiva n. 2001/18⁷ sull'emissione deliberata nell'ambiente di OGM, nel senso di far riferimento alla medesima tolleranza per quanto riguarda l'etichettatura dei prodotti in tale direttiva considerata.

Poiché i due Regolamenti citati sono stati adottati con la procedura di codecisione dai due organi legislativi dell'Unione europea (Parlamento europeo e Consiglio dei Ministri dell'Unione europea) su proposta della Commissione europea, è da ritenere che siano stati presi in considerazione ed atten-

⁵ Cfr. S. VIERI, *Organismi transgenici e sistema agroalimentare italiano*, in *Economia Agroalimentare*, 2002, p. 7.

⁶ Regolamento (Ce) n. 1829/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativo agli alimenti e ai mangimi geneticamente modificati e Regolamento (Ce) n. 1830/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 settembre 2003, concernente la tracciabilità e l'etichettatura di organismi geneticamente modificati e la tracciabilità di alimenti e mangimi ottenuti da organismi geneticamente modificati, nonché recante modifica della direttiva 2001/18/Ce, rispettivamente in *Gu-Ue* n. L 268 del 18 ottobre 2003, p. 1 e p. 24.

⁷ In *Guce* n. L 106 del 17 aprile 2001, p. 1 ss.

tamente valutati gli interessi di tutti i soggetti coinvolti, e, in primo luogo, quelli dei consumatori.

Dall'altra parte, giova ripeterlo, la questione di cui si discute non riguarda affatto la salute dei consumatori, in quanto si tratta, in ogni caso, di prodotti derivati da OGM legalmente autorizzati. Si tratta invece unicamente di un problema di informazione dei consumatori medesimi, i quali hanno certamente il diritto di sapere quali siano gli ingredienti utilizzati dal produttore; ma la loro esigenza di conoscere non deve comportare delle conseguenze economiche, in termini di costi, che siano assolutamente sproporzionate rispetto alle esigenze da tutelare.

Fausto Capelli

ATTI DELLE ISTITUZIONI DELLE COMUNITÀ

BRUXELLES, 12 - 13 DICEMBRE 2003: VERTICE DEI CAPI DI STATO E DI GOVERNO SULLA CIG

Risoluzione del Parlamento europeo sui risultati della Conferenza intergovernativa*

Il Parlamento europeo,

- visto il progetto di Trattato che stabilisce una Costituzione per l'Europa del 18 luglio 2003, elaborato dalla Convenzione europea,
- viste le proposte della Presidenza italiana (CIG 60/63),
- visto l'art. 37, par. 4, del suo regolamento,

A. ricordando che è generalmente riconosciuta la necessità di approfondire l'integrazione europea nell'ambito del processo di ampliamento dell'Unione,

B. ribadendo la propria opinione stando alla quale la Costituzione deve essere firmata in tempo utile per consentire l'avvio di un dibattito pubblico al riguardo, nel contesto della campagna elettorale per l'elezione del Parlamento europeo,

1. deplora fermamente l'incapacità del Consiglio europeo di raggiungere un accordo globale sul progetto di Trattato costituzionale;

2. prende atto, ancora una volta, del fallimento del metodo della Conferenza intergovernativa e ricorda l'efficacia della Convenzione europea; deplora che, in seno alla CIG, non sia stato evidentemente posto l'accento sull'interesse comune europeo;

* Testo approvato dal Parlamento. Edizione provvisoria: 18 dicembre 2003 (N. P5_TA-PROV(2003)0593). Il testo è reperibile sul sito: http://www.europarl.eu.int/home/default_it.htm (n.d.r.).

In argomento v. *infra*, p. 791 ss., l'articolo di TERESA RUSSO.

3. insiste affinché il progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, quale risulta dalla Convenzione, continui a costituire la base per l'accordo CIG finale e complessivo, senza l'apertura di nuovi punti;

4. mette in guardia dal rischio che la mancata soluzione del problema concernente la capacità di agire di un'Unione allargata comporti una «Europa a varie velocità», un ritorno al metodo intergovernativo o persino una frammentazione dell'Unione;

5. invita la Presidenza italiana a pubblicare un elenco dettagliato in cui figurino gli accordi che sostiene siano stati raggiunti alla riunione di Bruxelles della CIG del 12-13 dicembre;

6. chiede alla prossima Presidenza irlandese di riconvocare la CIG a livello dei ministri degli Esteri nel gennaio 2004 per adottare una procedura che consenta di registrare progressi e per consolidare tutti i testi approvati finora in seno alla CIG;

7. chiede alla Presidenza irlandese di proporre una data - prima del 1° maggio 2004 - per una riunione CIG a livello dei capi di Stato e di Governo in cui poter decidere sulle questioni in sospeso;

8. sollecita la Presidenza irlandese, quando nel gennaio 2004 si presenterà dinanzi al Parlamento europeo a Strasburgo, a presentare il suo piano d'azione per una conclusione positiva della CIG;

9. incarica il suo Presidente di trasmettere la presente risoluzione alla CIG, al Consiglio, alla Commissione e ai Parlamenti degli Stati membri e dei Paesi prossimi aderenti e candidati.

"TREATY-CONSTITUTION E CUSTOM-CONSTITUTION" NELL'UNIONE EUROPEA*

Sommario: 1. *Costituzione europea una e molteplice* - 2. *Costituzione come documento normativo: unicità e pluralità del testo* - 3. *Costituzione innovativa: a. tabula rasa dei Trattati precedenti - b. nuova sistematica verticistica - c. presidenzialismo e collegialità istituzionale (team Presidency) d. power system euro-nazionale* - 4. *Unione costituzionale-internazionale* - 5. *Il multilevel normativo e strutturale* - 6. *Lo "statuto" dei diritti fondamentali: Trattato o Costituzione?*

1. Costituzione europea una e molteplice

Quando all'inizio del decennio degli anni Novanta, all'indomani del Trattato di Maastricht, istitutivo dell'Unione europea, un consistente dibattito politico cominciò a coltivare l'idea di una Costituzione europea già nata o in *statu nascendi*, sembrò totalmente capovolta l'impostazione prevalente degli anni Ottanta legata all'idea opposta di una Costituzione non nata o non ancora nata ovvero *tout court nondum nata*. Le origini tecnico-giuridiche di tale dibattito risalgono, notoriamente, alla sentenza della Corte costituzionale te-

* Nel presente lavoro l'espressione Trattato-Costituzione viene tradotta con l'altra, più diffusa nel mondo giuridico anglosassone, denominata *Treaty-Constitution* in analogia a quanto, nell'uso corrente, si dice con riguardo ai trattati di organizzazione internazionale come quello istitutivo dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (Trattato-Costituzione). Con tale espressione si vuole dire che la struttura di un'organizzazione, intesa come un insieme coerente di obiettivi, principi, competenze, organi e mezzi di azione, rappresenta, di per se stessa, una "Costituzione" di cui l'aspetto pattizio costituisce soltanto il momento iniziale legato alla volontà degli Stati costitutori. Viceversa, l'espressione «Costituzione consuetudinaria» viene tradotta con l'altra, *Custom-Constitution*, intesa come insieme o molteplicità di consuetudini costituzionali o di atti normativi condivisi aventi valore costituzionale. Notoriamente tale espressione deriva dal *common law* dove le costituzioni sono "non scritte" (come quella inglese) ovvero "scritte" mediante la stratificazione di testi originari integrati da emendamenti costituzionali e da principi costituzionali risultanti dalla giurisprudenza della Corte Suprema "garante" della Costituzione (così la Costituzione degli Stati Uniti d'America fondata sulla coppia dei testi di base 1776-1787).

desca denominata Maastricht-Urteil¹ chiaramente sintomatica della necessità di transitare ad una visione costituzionale o almeno costituzionalistica dell'integrazione europea ormai non più restringibile nei limiti delle categorie dell'internazionalismo, del comunitarismo e del costituzionalismo classico, anche se la traduzione delle nuove idee costituzionali - attraverso progressivi sviluppi pattizi lungo il decorso degli anni Novanta, contrassegnato dalla triade dei Trattati di base (Maastricht, Amsterdam, Nizza) - non poteva trascurare lo schema generale del costituzionalismo classico nel quale si associa tipicamente lo statuto dei cittadini, *de cive*, a quello dei pubblici poteri, *de potestate*.

Agli inizi del nuovo secolo, una serie ulteriore di fattori acceleratori interni all'Unione europea, quali l'allargamento a nuovi Stati ed il rafforzamento dei poteri istituzionali, nonché esterni, quali l'esigenza di fronteggiare l'insicurezza globale determinata dagli eventi *shock* dell'11 settembre 2001 almeno mediante una decisa affermazione dell'identità internazionale dell'Unione, hanno consolidato l'esigenza di pervenire ad un vero e proprio progetto di Trattato costituzionale formalizzato nel testo approvato dalla Convenzione europea (13 giugno e 10 luglio 2003) sotto il nome di una Costituzione per l'Europa e trasmesso al Presidente del Consiglio europeo il 18 luglio 2003. Eppure la stessa esigenza di un Trattato costituzionale nella sua ispirazione tipicamente dualista, cioè di combinazione di due strumenti eterogenei quali il trattato e la costituzione o, viceversa, la costituzione ed il trattato, ha immediatamente destato la sensazione di un "ibridismo" sia teorico che pratico capace di attraversare l'intero processo di fondazione o di rifondazione dell'Unione europea². I due orientamenti fra loro distinti e contrapposti, ma in fondo destinati ad un'utile simbiosi, hanno ispirato sia le tendenze anti (anti-costituzionaliste e anti-internazionaliste), sia quelle *pro* di sintesi di ambedue (sfondo, sottofondo costituzionale) collegate all'altra del quadro o della cornice internazionale o pattizia (Trattato costituzionale)³.

¹ Sentenza del 12 ottobre 1993 pubblicata nella traduzione italiana con note esplicative a cura di A. AZON - J. LUTHER in *Giur. Cost.*, 1994, p. 667 ss.

² Si vedano, tra gli altri, già per il passato D. GRIMM, *Treaty or Constitution: The Legal Foundations of the European Union in the Maastricht II Reform Process*, in *The European Yearbook of Comparative Government and Public Administration*, vol. II, 1995, p. 57 ss. ed ancora C. FRANCK, *Traité et constitution: les limites de l'analogie*, in P. MAGNETTE (ed.), *La constitution de l'Europe*, Bruxelles, Ed. de l'Univ. de Bruxelles, 2002, p. 31-39.

³ Più in particolare, come espressione emblematica di tale contrapposizione si è soliti riferirsi alla ormai storica dialettica tra il costituzionalista tedesco, sostenitore della tesi euro-scettica, D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?*, in G. ZAGREBELSKY - P. P. PORTINARO - J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, p. 339 ss. e il filosofo, fondatore della Scuola di Francoforte, fautore della tesi euro-ottimista, J. HABERMAS, *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in G. ZAGREBELSKY - P. P. PORTINARO - J. LUTHER (a cura di), *loc. cit.*, p. 369 ss. Inoltre, la letteratura in materia è assai vasta, pertanto, i richiami bibliografici che seguono sono meramente indicativi e, in ogni caso, si rimanda alle altre note contenute nel testo del presente articolo. In generale, sia comunque consentito richiamare coloro che rientrano tra i sostenitori, a vario titolo, dell'esistenza di una Costituzione europea: P. HABERLE, *Per una dottrina della costituzione europea*, in *Quad. Cost.*, 1999, p. 3-30.; P. MAGNETTE (ed.), *La constitu-*

In sede di preliminari osservazioni sull'idea di Costituzione europea - quale emersa nel decennio pregresso e quale pervenuta alla fase attuale di un progetto più o meno definito e compiuto, ma ancora rivedibile in sede di approvazione del testo finale - occorre assumere come punto di partenza dell'analisi proprio gli «elementi del dibattito costituzionale» ovvero del *Konstitutionelle-debatte* progressivamente allargatosi a tutti i Paesi dell'Unione ivi includendo, ovviamente, anche l'opinione pubblica, politica e la dottrina dei giuristi costituzionalisti, comunitaristi ed internazionalisti del nostro Paese. È inutile dire l'impressione di un senso reciproco di posizionamento, ma anche di spiazzamento da parte di schieramenti dottrinali abituati da tempo ad operare all'interno di confini determinati ed ora, viceversa, propensi a gestire campi teorici e "condomini" scientifici di portata molto più ampia. Si tratta, in definitiva, di un'operazione da segnalare per la sua assoluta singolarità e per il suo carattere sorprendentemente innovatore. Da un lato, in un'ottica di costituzionalismo negativo, tale da apparire un quasi *Monstrum*, cioè una contraddizione in termini logicamente insolubile qual è quella della *Constitutio*, atto supremo di imperio di un soggetto sovrano autonomo superiore e, viceversa, del *Pactum* costituzionale o della *Constitutional Convention*, come atto supremo di più soggetti statuali operanti *iure imperii* nei reciproci rapporti tra soggetti sovrani; ma, dall'altro, *Monstrum admirabile* quale combinazione giuridica di una Costituzione per l'Europa o intesa come un atto di commistione ardita, coraggiosa e, in un certo senso, ancora tutta da esplorare

tion de l'Europe, loc. cit., p. 10 ss.; A. VERHOEVEN, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, The Hague-London-New York, Kluwer Law International, 2002, in part. p. 119 ss.; L. TORCHIA, *Una Costituzione senza Stato*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, p. 405-456; P. ELEFTHERIADIS, *The European Constitution and Cosmopolitan ideals*, in *The King's College Law Journal*, 2001, p. 17-38; S. D. SCOTT, *Constituting Europe: In defence of Public Reason*, ivi, p. 75-99; J. GERKRATH, *L'emergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Bruxelles, Ed. de l'Univ. de Bruxelles, 1997; J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an emperor?" And other essays on European integration*, Cambridge University Press, 1999; L. KÜHNHARDT, *Towards Europe 2007. Identity, Institution-Building and the Constitution of Europe*, in P. A. ZERVAKIS - P. J. CULLEN (eds.), *The Post Nice Process: Towards a European Constitution?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, p. 15-43; F. SCHORKOPF, *Constitutionalization or a Constitution for the European Union?*, in A. BODNAR - M. KOWALSKI - K. RAIBLE - F. SCHORKOPF (eds.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union. German and Polish Perspectives*, Warsaw-Kraków-Heidelberg, Springer, 2003, p. 1-12; J. E. FOSSUM, *Constitution-making in the European Union*, in E. O. ERKISEN - J. K. FOSSUM, *Democracy in the European Union. Integration through deliberation?*, London and New York, Routledge, 2000, p. 111-140; I. PERNICE - F. MAYER, *De la constitution composée de l'Europe*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2000, p. 623 ss. Viceversa, ne escludono l'esistenza, tra gli altri: A. AZON, *La Costituzione europea come problema*, in *Riv. it. dir pubbl. com.*, 2000, p. 629-663; G. FERRARA, *Verso la Costituzione europea?*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, p. 162 ss. Di una «costituzione europea in divenire» parla A. BARBERA, *Esiste una «costituzione europea»?*, in *Quad. Cost.*, 2000, p. 59-81 e di una costituzione in senso sostanziale e non formale G. G. FLORIDIA, *Una costituzione per l'Europa. Ma in che senso? (appunti definitivi e di merito)*, in *Dir. pubbl. Comp. ed europeo*, 2002, p. 579 ss. Mentre U. K. PREUSS, *The Constitution of a European Democracy and the Role of the Nation State*, in *Ratio Juris*, 1999, p. 417-428, parla di «incomplete, polycentric, and dynamic character of a possible EC/EU constitution» ed ancora A. L. VALVO, *Futuri assetti decisionali ed istituzionali della Unione europea*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2003, n. 13, p. 111-117 che ritiene si tratti di un «processo costituente europeo, sia pur in itinere».

e verificare. Allo stesso tempo una e molteplice, cioè Costituzione non di uno Stato e per uno Stato, ma Costituzione di un'unione già esistente e per un'Unione europea sempre più vasta ed allargata, cioè Trattato di Unione a caratteri sia internazionali che costituzionali per una diversa combinazione dello statuto dei cittadini con quello della *Res publica* ovvero dei poteri costituzionali grazie ai quali si svolge l'azione interna ed internazionale della costituenda Unione.

Il presente lavoro, partendo da un'analisi generale delle problematiche connesse alla configurabilità di una Costituzione europea (par. 2), passa, poi, ad esaminare, seppur sommariamente, le principali innovazioni introdotte dal Progetto di Trattato costituzionale del 18 luglio 2003 (par. 3) per concentrarsi, infine, sulla doppia valenza dell'Unione europea quale Unione costituzionale-internazionale (par. 4), che trova conferma sia nella costruzione *multilevel* fatta propria dal Progetto di Trattato (par. 5), sia in alcune brevi considerazioni conclusive sui diritti fondamentali (par. 6). Con il presente lavoro non si intende in nessun modo ripercorrere gli itinerari dottrinali ben noti agli studiosi della disciplina grazie ai quali si era raggiunto un certo *modus vivendi* nell'affrontare lo studio del settore. Si danno, pertanto, per presupposti sia gli orientamenti generali in virtù dei quali i Trattati comunitari ed unionistici europei erano e restano comunque vincolati ad un fondamento internazionalistico, grazie al quale essi si intendono come parte e settore *sui generis* dell'ordinamento internazionale, sia le dottrine comunitarie ed unionistiche europee maggiormente legate all'individuazione dell'autonomia ordinamentale che si manifesta anche attraverso sviluppi pattizi e istituzionali idonei a garantire un migliore e più efficace funzionamento degli organi ed un migliore adeguamento alle realtà di una società in continuo mutamento all'interno ed all'esterno del continente europeo. Così come si danno, infine, per note e presupposte le tendenze statualistiche in senso stretto in virtù delle quali un'Europa senza Costituzione appare perfettamente concepibile in quanto già costituzionalizzata in ciascuna delle Costituzioni degli Stati membri mediante clausole costituzionali *ad hoc* o mediante principi costituzionali comuni.

Ciascuna di queste linee di pensiero va, ovviamente, posta a confronto con una realtà normativa totalmente nuova e diversa caratterizzata dall'apparizione di una vera e propria «Costituzione europea» intesa come legge fondamentale o, all'inverso, come legge suprema, sovrapposta a tutte le altre. Il presente lavoro intende dare, appunto, conto di tale impatto nel momento stesso in cui si verifica come conseguenza di un'abrogazione o sostituzione più o meno totale dei vecchi Trattati e di un'innovazione in certo modo "totalitaria" e senza precedenti nel cinquantennale panorama della scienza giuridica europea.

2. Costituzione come documento normativo: unicità e pluralità del testo

Nell'attuale fase di entusiasmo e, allo stesso tempo, di disorientamento del dibattito euro-costituzionale, non meraviglia la molteplicità dei modelli interpretativi, sia dottrinali⁴ che giurisprudenziali, avanzati per spiegare l'evoluzione dell'Unione europea e, secondo alcuni, la sua trasformazione in *a constitutional legal order*⁵. Secondo la tesi giurisprudenziale propria della tradizione di *common law*, un ruolo predominante sarebbe stato svolto dalla Corte di giustizia delle Comunità europee la quale, attraverso la dottrina degli effetti diretti, della supremazia e della preminenza del diritto comunitario⁶, avrebbe individuato gli elementi chiave di detta trasformazione, evidenziando, nel linguaggio adoperato, la tendenza al progressivo scostamento dal diritto internazionale⁷ al fine di approdare ad un nuovo ordine legale⁸. Pur

⁴ Cfr., tra gli altri, S. CASSESE, *La costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1991, p. 487 ss. e ID., *L'Unione europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, p. 987 ss.; A. VON BOGDANDY, *The legal Case for Unity: The European Union as a Single Organization with a Single Legal System*, *CMLR*, 1999, p. 887 ss.; N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999, p. 156 ss. e ID., *Democracy, Subsidiarity, and Citizenship in the "European Commonwealth"*, in N. MACCORMICK (ed.), *Constructing Legal Systems. "European Union" in a Legal Theory*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1997, p. 1 ss.

⁵ P. CRAIG, *Constitutions, Constitutionalism and the European Union*, in *EL Jour.*, 2001, p. 125-150; J.-C. PIRIS, *Does the European Union have a Constitution? Does it Need One?*, in *EL Rev.*, 1999, p. 559-565; G. F. MANCINI, *The Making of a Constitution for Europe*, *CMLR*, 1989, p. 595-614; F. SCHORKOPF, *Constitutionalization or a Constitution for the European Union?*, in A. BODNAR - M. KOWALSKI - K. RAIBLE - F. SCHORKOPF (eds.), *The Emerging Constitutional Law*, cit. supra, nota 3, in part. p. 3; J. H. H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Jour.*, 1991, p. 2403 ss. Da tale breve rassegna di letteratura sul costituzionalismo, dalla Comunità europea all'Unione europea, emerge un marcato sforzo propulsivo realizzatosi nel decennio degli anni Novanta. I rari cenni premonitori, svolti in precedenza dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, erano stati abbastanza isolati e spesso frutto di *opinion* promozionali degli Avvocati Generali o di puri e semplici *obiter dicta* delle decisioni giurisprudenziali (F. MANCINI, loc. cit.). Senza dubbio lo sviluppo di un vero e consapevole movimento euro-costituzionale appartiene alla dottrina prevalentemente inglese e tedesca finalizzata alla transizione da un ordinamento comunitario multi-nazionale ad un superiore ordinamento unionistico, segnato da una centralizzazione istituzionale e normativa molto più marcata. La più recente letteratura, approdata all'idea dello «Spazio pubblico europeo», rappresenta, pertanto, un frutto maturo del dibattito costituzionale di cui si è dato conto in questa nota.

⁶ Per una disamina di tale dottrina si veda, tra gli altri, B. DE WITTE, *Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order*, in P. CRAIG - G. DE BURCA (ED.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, p. 177 ss.

⁷ In senso contrario, si veda T. HARTELY, *The Constitutional Foundations of the European Union*, in *Law Quarterly Rev.*, 2001, p. 225-246, il quale conclude: «It will be seen that everything in this article follows from its initial premise that the Community Treaties are what they appear to be - treaties under international law».

⁸ In senso critico, si veda P. ELEFTHERIADIS, *Aspects of European Constitutionalism*, in *EL Rev.*, 1996, p. 32-42 il quale sostiene: «Unconditional supremacy of Community law is not the only possible model of legal integration. The gradual constitutional adjustments that have taken place in the legal systems of the Member States as a result of Community law are the best evidence that a process of decentralised convergence is a possible and effective alternative. This process may be a better basis for a new European legal order, if one considers that it was started by domestic judicial decisions and was firmly grounded on the respective legal traditions of the Member States».

essendo particolarmente seducente, la tesi prospettata presenta, però, il limite di ritenere le due realtà, trattato e costituzione, come alternative e, quindi, tali da non poter coesistere. Per quanto, infatti, i Trattati comunitari-unionistici trovino la loro matrice primaria nel diritto internazionale, non è possibile dimenticare che il trattato rappresenta un momento imprescindibile in quanto costituisce l'aspetto consensualistico e volontaristico irrinunciabile laddove si proceda con una moltitudine di Stati, mentre la costituzione rappresenta il momento immediatamente successivo, e cioè la struttura all'interno della quale si disciplina il rapporto istituito con l'atto⁹. Non è possibile confondere la struttura dell'atto con quella del rapporto. Non è possibile confondere l'atto istitutivo con "l'effettività" della vita costituzionale dell'Unione. Ciò non vuol dire, in ogni caso, minimizzare l'apporto fondamentale della Corte di Lussemburgo¹⁰, ma tentare di sminuire la polemica, oggi ricorrente, su una Costituzione senza Stato e senza popolo, senza potere costituente e senza legittimazione democratica.

In verità, le perplessità di coloro che ad oggi escludono che esista o possa esistere una Costituzione europea si fondano sul convincimento che l'unico modello di costituzione valevole, in senso spazio-temporale, sia quello ereditato dal costituzionalismo liberale moderno¹¹. Invero, per quanto la dottrina prevalente tenda a ricondurre il concetto di costituzione a quello derivato

⁹ In tal senso, cfr. K. LENAERTS - M. DESOMER, *New models of Constitution-making in Europe: The quest for legitimacy*, CMLR, 2002, in part. p. 122, per i quali «The characterization of a foundational document as a Constitution does not conflict with its being a true treaty. The basic treaties of the Union are international agreements concluded between the Member States, making up the constitutional contract of the Union. Comparable examples of constitutional contracts can be found in the pacts concluded for the foundation of centripetal federal (cf. The German Imperial Constitution of 1871) or confederal (cf. the US Articles of Confederation ratified in 1781) systems. A contractual Constitution may moreover itself be composite, i.e. composed of the constitutional rules originating in all relevant polities constituting the overarching polity and contributing to the latter's constitutional rules and principles. The Treaties on which the Union is founded have to be considered together with the Constitutions of the Member States – e.g. in respect of the transfer of national sovereign powers to the central level –, with which they form a Verfassungsverbund or "multilevel Constitution", setting up a "divided power system"».

¹⁰ In particolare si veda la sentenza dell'aprile 1986, *Parti ecologiste Les Verts c. Parlamento europeo*, nella quale la Corte afferma: «La Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato» ed ancora il Parere del 14 dicembre 1991 nel quale afferma: «il Trattato CEE, benché sia stato istituito in forma di accordo internazionale, costituisce la Carta costituzionale di una comunità di diritto (...)». Sul ruolo consapevolmente promozionale della Corte di giustizia (*the judge made law*) nella definizione della Costituzione europea, inoltre, si veda M. L. FERNANDEZ ESTEBAN, *The rule of law in the European constitution*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, in part. p. 7-37.

¹¹ In tal senso, si veda F. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)* (voce), in *Enc. Dir.*, 1962, in part. p. 143, il quale individua tre caratteri della denominazione di «Costituzione»: il primo relativo al momento formativo, alla cui perfezione appare essenziale la partecipazione del popolo, quale titolare unico del potere di dar vita, con atto unilaterale, all'ordine costituzionale perché fornito di una potestà di volere sopraordinata su ogni altra; il secondo di carattere formale, consistente nella redazione per iscritto, attraverso un procedimento particolarmente solenne, di un complesso di norme coordinate fra loro in modo organico, regolanti i principi ritenuti essenziali all'assetto statale; l'ultimo attinente al fine politico delle libertà dei cittadini di fronte allo Stato.

dalle rivoluzioni liberali della fine del XVIII secolo, non è possibile negare che esso sia stato oggetto di una proliferazione lessicale e di una stratificazione semantica che abbraccia un arco di tempo ben più ampio. Il concetto di costituzione, infatti, anche se tradotto con differenti forme verbali (legge fondamentale, statuto, ecc.), non è un'invenzione dell'epoca moderna essendo già presente nell'antichità classica¹². Negare rilevanza a tale vissuto storico significa non voler abbracciare una visione a più ampio respiro in relazione ad un tema come quello della Costituzione europea che non può essere affrontato per concetti e categorie ritenute un'acquisizione insuperabile¹³.

Non è possibile, infatti, prescindere da un approccio di tipo dinamico che consideri la "Costituzione europea" per quello che è, e cioè il frutto del processo di integrazione europea che ha originato la convergenza tra la pluralità di esperienze costituzionali proprie degli Stati membri tutte confluite in un mega-testo che non cancella il passato storico dei Trattati comunitari e d'Unione, ma lo costituzionalizza diventando un testo unico regolatore dell'intero spazio costituzionale europeo. Essa è, pertanto, un prodotto storico specchio della coscienza sociale, pluri-documento normativo che riflette la natura composita dell'ordinamento comunitario espressione di una pluralità¹⁴.

¹² Cfr. C. GHISALBERTI, *Costituzione (premessa storica)* (voce), in *Enc. Dir.*, 1962, p. 133-139 ed ancora M. DOGLIANI, *Costituente (Potere)* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1989, p. 281-287, in part. p. 284-285, per il quale le distinzioni si fondano sul fatto che la Costituzione antica è intesa come l'insieme dei principi fondamentali esistenti *ex post* e deducibili in via d'astrazione dalle istituzioni funzionanti di un paese e dal loro sviluppo (costituzione come forma reale, come ordine oggettivo e spontaneo) o in senso fisico-descrittivo, come modo di essere di una comunità politicamente organizzata in un certo momento storico, mentre quella moderna è intesa, invece, come l'atto primigenio, antecedente alle istituzioni, che le istaura e le regola (costituzione come forma positiva, come ordine pensato e voluto). Più in particolare, tale distinzione si fonda sulla contrapposizione tra la scuola "storica" e la scuola positivista che giunge a considerare esistente una «Costituzione» in qualsiasi paese del mondo, in qualsiasi epoca storica ed addirittura in qualsiasi continente o parte di continenti ispirati ad una serie di principi o valori comuni. In tale dialettica, il costituzionalismo moderno, legato a testi documentali uni e unici, finisce per apparire più un episodio legato alla storia dello Stato nazionale e molto meno un riflesso di tradizioni costituzionali comuni capaci di legittimare la storia di un intero continente.

¹³ Si veda P. P. PORTINARO, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in G. ZAGREBELSKY - P. P. PORTINARO - J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit. *supra*, nota 3, p. 5-34, il quale, pur ritenendo che sussistano delle distanze tra il concetto antico e moderno di costituzione, non esclude che queste siano colmabili. In particolare, l'A. sottolinea l'irrelevanza del concetto giuridico di potere costituente nella definizione antica di costituzione. Ciò non vuol dire che tale idea fosse estranea al mondo antico, il quale contrariamente vedeva nella figura del grande legislatore il fondatore e l'ordinatore dei rapporti civili, ma significa semplicemente rinvenire un'interpretazione evoluzionistica del formarsi e del divenire delle costituzioni. Tale concezione evolutiva dell'ordine costituzionale appartiene anche alle costituzioni consuetudinarie proprie della tradizione britannica, frutto di uno sviluppo secolare e non atto di creazione. La stessa concezione hegeliana della storicità ritiene che la costituzione sia il prodotto del divenire cosciente dello «spirito del popolo» non qualcosa di fatto e di soggettivamente posto. Tale impostazione di tipo idealistico tende a retrodatare l'idea stessa di costituzione nel tempo e nello spazio. Una simile operazione, tuttavia, non può spingersi fino ad una cancellazione degli elementi peculiari ed essenziali del costituzionalismo moderno e di una sua retroattività storica all'interno della quale la legalità antica diventa *tout court* legalità costituzionale.

¹⁴ In tale senso, si veda L. TORCHIA, *Una Costituzione senza Stato*, cit. *supra*, nota 3, in part. p. 415, per la quale «il principio di pluralità è elemento originario e fondativo nell'ordinamento europeo

di popoli, di Stati, di ordinamenti giuridici nazionali e, quindi, di testi costituzionali, giurisprudenziali e dottrinari¹⁵ (*Custom-Constitution*), ma allo stesso tempo documento unico espressione dei principi genetici degli Stati membri e fondanti l'Unione (valori, art. I-2) e dei principi finali o di scopo (obiettivi, art. I-3)¹⁶ (*Treaty-Constitution*).

Tale dibattito è approdato nel testo del Trattato costituzionale europeo, il quale sembra individuare almeno tre radici o fondamenti costituzionali dello stesso. Essi rispettivamente vengono riportati alle tradizioni costituzionali più antiche della democrazia europea, al costituzionalismo liberale moderno e contemporaneo e, infine, ai risultati prodotti nell'ultima parte del XX secolo dall'evoluzione dei Trattati istitutivi delle Comunità europee e dell'Unione europea complessivamente indicato come patrimonio comunitario (*acquis communautaire*)¹⁷. In altre parole, la Costituzione europea si presenta come Costituzione genetica dell'Europa, come patrimonio storico dei suoi valori moderni e contemporanei ed infine come insieme di un universo comunitario da cui si è prodotto l'attuale ed ultimo stadio di sviluppo.

ed informa di sé tanto l'architettura di base come le relazioni fra i diversi soggetti ed elementi del sistema». Anche qui l'atteggiamento multi-statale tende a ricondurre ad una comunità di Stati la presenza di un testo costituzionale compiendo, così, un'operazione logica perfettamente legittima ai fini della ricostruzione di un modello culturale. Operazioni di tal genere non possono, peraltro, non incontrare lo scetticismo della corrente tradizionale culturale internazionalistica, la quale da sempre riconduce la pluralità degli ordinamenti al diritto "internazionale multi-nazionale" *ius gentium* e, viceversa, la tradizione uni-statale o mono-statale allo *ius civile* (costituzione in senso lato).

¹⁵ In tal senso, si veda P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione europea*, cit. supra, nota 3, in part. p. 6. Secondo il pensiero di tale A.: «il diritto costituzionale europeo non può rinunciare ad un'attenta analisi dei livelli testuali: perché esso in parte possiede ed in parte coproduce la propria materia nell'ambito di costituzioni di settore ed in una molteplicità di culture giuridiche nazionali». Malgrado il relativismo di tale impostazione, è opportuno segnalare come, nella tradizione internazionalista classica, l'osmosi verticale rappresenta il modo di pensare degli studiosi che operano sui concetti di diritto naturale (diritto delle genti e diritto interno, ivi incluso il diritto costituzionale). In tal senso, si può parlare di una Costituzione originaria della Comunità internazionale e di tante Costituzioni originarie comuni a più gruppi di Stati, di cui quella europea rappresenta l'esempio più significativo in base ai valori propri e peculiari che la fondano e la giustificano come «Costituzione europea». Non a caso, nel linguaggio giuridico corrente la predetta Costituzione si esprime attraverso due varianti terminologiche. La prima tra esse parla di Costituzione dell'Europa (esistente o preesistente), la seconda parla di Costituzione per l'Europa (non esistente, non ancora esistente o "come se già esistente").

¹⁶ Sul valore dei principi comuni nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea, v. *infra* par. 4.

¹⁷ Sul ruolo dell'*acquis communautaire* come *constitutional noyau dur* o *hard core*, cfr. A. VERHOEVEN, *The European Union in Search of a Democratic*, cit. supra, nota 3, p. 144 ss.

3. Costituzione innovativa: a. tabula rasa dei Trattati precedenti - b. nuova sistematica verticistica - c. presidenzialismo e collegialità istituzionale (team Presidency) - d. power system euro-nazionale

Una volta superata, o quanto meno, attenuata la polemica sul carattere pseudo-costituzionale della "Costituzione europea" e una volta prese le dovute distanze dall'eccessivo fervore e dall'estremo euro-scetticismo, non resta che procedere ad un'analisi più appropriata del testo del Progetto di Trattato del 18 luglio 2003¹⁸ secondo due direzioni di indagine legate: 1. alla "preesistenza" di una Costituzione *in nuce* o *in fieri* fin dall'epoca dei Trattati comunitari, integrati da quelli unionistici e organizzati per pilastri corrispondenti rispettivamente *ratione materiae* allo Spazio economico, di politica estera e di libertà, sicurezza e giustizia; 2. all'attuale esistenza di un testo costituzionale operante la *reductio ad unitatem* dei testi preesistenti stabilizzati in un quadro normativo unico. Nella prima direzione, va rilevato come la spinta euro-costituzionale può essere retrodatata agli albori delle Comunità. Allora, però, gli sforzi di dotare l'Europa comunitaria di una Costituzione, pur traducendosi in tre tentativi di elaborare documenti costituzionali¹⁹, rimasero purtroppo senza esiti concreti forse perché non esisteva ancora un'idea matura di Europa effettivamente unita o forse perché, per l'idea di Europa esistente, le proposte avanzate erano troppo ambiziose. Sta di fatto che l'attuale Progetto del 18 luglio 2003²⁰, pur rappresentando un ulteriore tentativo di elaborare un documento costituzionale, differisce dai precedenti in quanto è frutto di "un vissuto costituzionale" dell'Unione (Carta dei diritti fondamentali del 7 dicembre 2001²¹, artt. 6-7 TUE)²² e di una *reductio ad unum* di una

¹⁸ Pubblicato in *Guce* n. C 169 del 18 luglio 2003.

¹⁹ Per una disamina di tali elaborati costituzionali, si veda N. ANTONETTI, *I progetti costituzionali europei: caratteri storici e istituzionali (1953-1994)*, in U. DE SERVIO (a cura di), *Costituzionalizzare l'Europa ieri ed oggi*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 23-70; L. VIOLINI, *La Costituzione europea fra passato e presente*, in U. DE SERVIO (a cura di), *Costituzionalizzare*, loc. cit., p. 71-104 ed ancora J.-V. LOUIS, *Les projets de constitution dans l'histoire de la construction européenne*, in P. MAGNETTE, *La constitution de l'Europe*, cit. supra, nota 2, p. 41-52.

²⁰ Per un commento del testo del Progetto di Trattato del 18 luglio 2003 si rinvia a J.-C. ZYLBERSTEIN, *Vers une Constitution européenne. Texte commenté de traité constitutionnel établi par la Convention européenne*, Éditions 10/18, Paris, Département d'Univers de Poche, 2003.

²¹ Sul valore della Carta nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea, si veda M. PANEbianco (sotto la direzione di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle Alte Corti europee e della Corte costituzionale italiana*, Milano, Giuffrè, 2001 p. 3-19. Inoltre, N. WALKER, *The Charter of Fundamental Rights of the EU: Legal, Symbolic and Constitutional Implications*, in P. A. ZERVAKIS - P. J. CULLEN (eds.), *The Post Nice Process*, cit. supra, nota 3, p. 119-128; U. DI FABIO, *A European Charter: Towards a Constitution for the Union*, in *The Columbia Journal of European Law*, 2001 p. 159-172; L. S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, in *Quad. Cost.*, 2002 p. 565-575 e, inoltre, R. MICCÙ, *Il principio di omogeneità nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in V. ATRIPALDI - R. MICCÙ (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2003, in part. p. 131, dove l'A. definisce la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea come «la

pluralità di testi internazionali ed interni che concorrono a formare un'unica Costituzione euro-nazionale. Più specificamente, a partire da Maastricht si è verificata "un'emersione" dei principi costituzionali comuni o del "sommerso" costituzionale - precedente e preesistente al doppio livello dei Trattati, sia comunitari che unionistici - rispetto alla quale ogni ulteriore trattato (ivi compreso l'attuale processo costituzionale europeo, pervenuto nella fase del Trattato costituzionale) va inteso come un completamento o un'integrazione di un "combinato" costituzionale di natura essenzialmente storico-consuetudinaria.

Non bisogna, inoltre, dimenticare che il carattere progressivo (c.d. *step by step*), caratterizzante il processo d'integrazione europea, ha determinato una sorta di costituzionalismo sedimentato per strati normativi successivi e sovrapposti non sempre riconducibili ad un vero e proprio "sistema" normativo facilmente comprensibile e conoscibile da parte degli operatori istituzionali e degli stessi studiosi del diritto euro-comunitario. Detto in altri termini, il processo costituzionale, talora, è sembrato in contrasto con il sistema costituzionale divenendo, così, ambedue poco trasparenti e poco idonei alla disciplina di uno Spazio pubblico europeo aspirante a trasformarsi in un vero e proprio Spazio costituzionale europeo, caratterizzato da una tendenziale omogeneità tra spazi costituzionali nazionali e Spazio costituzionale dell'Unione. Resta, ovviamente, da verificare in quella denominazione «Trattato costituzionale» come si siano realmente affermati caratteri costituzionali europei senza far del tutto scomparire i caratteri precedenti ancora riscontrabili in una certa eterogeneità del testo²³.

A ciò si aggiungano, inoltre, i notevoli *sprint* evolutivi che, nell'ultimo decennio, hanno travolto l'Unione europea acuendo la necessità di una riforma

depositaria dell'identità costituzionale europea, la vera Carta d'identità europea la cui proclamazione ha significato un passo decisivo nell'affermazione dell'autonomia costituzionale dell'Unione; non solo un catalogo di valori, ma fattore organizzativo di connessione tra ordinamenti, ulteriore spinta ad un processo di integrazione che non va nel senso di una unione di Stati, ma in quello di una unione di ordinamenti in una costituzionalità condivisa di cui essa forma l'irreversibile base».

²² In tale sede non si intende soffermarsi sulla tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea - per la quale si rinvia all'opera di A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il sistema europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000, in part. p. 179 ss. - ma sottolinearne la progressiva evoluzione attraverso passaggi chiave. In particolare, dall'originaria carenza di qualsiasi previsione normativa in materia si è giunti, attraverso i Trattati di Maastricht, Amsterdam e Nizza, non solo a colmare il suddetto vuoto, ma a predisporre un meccanismo sanzionatorio in caso di violazione o anche solo di "rischio" di violazione. La tutela dei diritti fondamentali, infatti, poggia su un *underground* costituzionale che ne evidenzia lo sviluppo giurisprudenziale, per cui l'incorporazione della Carta di Nizza nella Parte II del Progetto di Trattato determina il passaggio finale idoneo a blindare le interpretazioni giurisprudenziali ed a segnare l'inizio di un'inversione di tendenza.

²³ La presenza di caratteri formali eterogenei risulta dalle numerazioni dell'articolato, distinte e separate per le quattro parti, nonché dal carattere eteroclitico del Progetto, rubricato per articoli nella Parte I, II e IV, ma per soli capitoli e sezioni nella Parte III tale da evidenziare un intento contrappositivo delle varie parti del Trattato che sembra destinato a permanere anche nel testo finale. Il tutto senza considerare la presenza di Protocolli e Dichiarazioni annesse tali da marcare ancora di più il carattere internazionale dello strumento costituzionale. In tale senso, v. AA. VV., *Una Costituzione per la nuova Europa*, Milano, Giuffrè, 2003.

ma generalizzata che si è tradotta nel mandato della *Convention*²⁴ contenuto nell'allegato I delle conclusioni del Consiglio europeo di Laeken del 14-15 dicembre 2001 («Dichiarazione sul futuro dell'Unione europea»). Il Progetto di Trattato del 18 luglio 2003 è, appunto, il risultato dei lavori della *Convention* e rappresenta un ponderato tentativo di assicurare non solo l'omogeneità costituzionale tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali (c.d. principio democratico), ma, soprattutto, l'omogeneità istituzionale tra le strutture di potere euro-nazionale dei due livelli. D'altronde è innegabile che i piccoli adattamenti tecnici²⁵, a cui si era fatto ricorso per sopperire al costante dinamismo del processo integrazionista europeo²⁶, avrebbero prima o poi mostrato tutti i loro limiti di fronte all'esigenza di ridisegnare l'architettura istituzionale di un'Europa riunificata ed allargata ad altri Stati europei (c.d. sinallagma approfondimento-allargamento o viceversa "nessun allargamento senza approfondimento")²⁷.

Ciò premesso, nell'idea di "costituzione-sistema" è implicita la messa a regime degli elementi essenziali e necessari di ogni sistema normativo concernenti fonti, valori, obiettivi generali, istituzioni e loro rapporti con i soggetti quali gli Stati e gli individui. Nel primo senso, circa la natura delle nuove fonti costituzionali, il Progetto di Trattato introduce il principio della *tabula rasa* dei Trattati comunitari-unionistici preesistenti, ciascuno dei quali abrogato e sostituito dal nuovo Trattato costituzionale, laddove in passato i testi preesistenti erano conservati seppur con integrazioni e modifiche. Dal secondo punto di vista, la riduzione ad unità dei valori ed obiettivi fondamentali dell'Unione ha condotto alla eliminazione necessaria della vecchia architettura a pilastri, ossia del regime tripartito, relegata nello sfondo della costruzione la quale viene a fondarsi su una struttura verticistica di ordinamenti territoriali a tre livelli coordinati dal noto principio di sussidiarietà (modello euro-nazionale-locale). Tuttavia, l'arretramento della tripartizione *ratione*

²⁴ Cfr. M. G. PUDER, *Constitutionalizing the European Union - More than a sense from the Convention on the future of Europe*, in *Fordham. Internat. Law Jour.*, 2003, p. 1562-1597.

²⁵ In senso critico, v. K. FUKUDA - H. AKIBA (ED.), *European Governance After Nice*, London and New York RoutledgeCurzon, 2003; I. WARD, *The European Constitution, the Treaty of Amsterdam, and the Search for Community*, in *Ga. J. Int'l and Comp. L.*, 1999, p. 519-540; U. DRAETTA, *L'evoluzione dei Trattati comunitari e della membership*, in A. QUADRIO CURZIO, *Profili della Costituzione economica europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 87 ss. Per una visione più generale ed attuale, sia consentito rinviare all'opera di C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2003.

²⁶ Processo tradottosi, dopo il Trattato istitutivo di Roma, nell'Atto unico europeo firmato a Lussemburgo il 17 febbraio 1986 e all'Aja il 28 febbraio 1986 (in *Guce* n. L 169 del 29 giugno 1987), entrato in vigore il 1° luglio 1987; nel Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 (in *Guce* n. C 224 del 31 agosto 1992), entrato in vigore il 1° novembre 1993; nel Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 (in *Guce* n. C 340 del 10 novembre 1997), entrato in vigore il 1° maggio 1999 e nel Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001 (in *Guce* n. C 80 del 10 marzo 2001), entrato in vigore il 1° febbraio 2003.

²⁷ La formulazione particolarmente sostenuta dalla Repubblica federale tedesca aveva preceduto la disciplina grazie alla formula diplomatica «*keine Erweiterung ohne Vertiefung*».

materiae non significa una totale cancellazione della disciplina relativa. Invero, la disciplina del primo pilastro, assorbito dalla Parte III del Trattato costituzionale, serba una sua autonomia logico-giuridica sotto il profilo della conservazione del patrimonio storico del diritto comunitario, della sua capacità di attrazione, rispetto alle altre parti, dello sviluppo di cooperazioni rafforzate in singoli settori, della marcata capacità decisionale da parte della maggioranza degli Stati membri nel Consiglio e, infine, di una maggiore semplificazione della procedura revisionale delle norme del Trattato²⁸. Inoltre, si stagliano, all'interno della Parte III, le discipline concernenti le materie già identificate come secondo e terzo pilastro, le quali appaiono strettamente interconnesse con la materia economico-monetaria nel quadro delle politiche generali dell'Unione. Anche qui, però, le procedure decisionali, spesso legate a criteri di unanimità, sembrano riecheggiare i vecchi metodi di cooperazione intergovernativa già privilegiati nel settore della politica di sicurezza e di difesa e dello spazio di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

Rispetto a tale nucleo centrale, la complessiva sistematica del Trattato costituzionale non appare, pertanto, più ispirata alla logica della disciplina

²⁸ Le modifiche esaminate nel presente paragrafo, ovviamente, non esauriscono tutte le innovazioni apportate dal Progetto di Trattato, dai lavori del gruppo di esperti giuridici incaricato di effettuare la revisione tecnico-giuridica del testo elaborato dalla *Convention*, nonché dai lavori della Conferenza intergovernativa che è stata impegnata a ricercare un accordo sul Progetto di Trattato costituzionale nel suo insieme. Accordo che, sebbene rimandato, attualmente, è oggetto dei lavori della *troika* italiana-irlandese-olandese. In ogni caso, di non poco conto sono state le proposte discusse nelle sessioni ministeriali della CIG, tra le quali di particolare interesse è sembrata quella diretta all'introduzione di procedure semplificate di revisione del Trattato costituzionale al fine di non irrigidire in modo eccessivo la struttura costituzionale dell'Unione ampliata. In tal senso, si è pensato di prevedere la possibilità di modificare le disposizioni relative alle politiche interne dell'Unione (Titolo III della Parte III, quando non ha come effetto di accrescere le competenze dell'Unione) senza dover ricorrere alla procedura tipica di revisione (Conferenza intergovernativa ed unanimità delle firme e delle ratifiche di tutti gli Stati membri), ma con decisione adottata dal Consiglio europeo a maggioranza qualificata, previa consultazione del Parlamento europeo e della Commissione, e approvata dagli Stati membri secondo le rispettive disposizioni costituzionali. Sulla stessa scia ci si è posti allorquando è stata discussa l'opportunità di prevedere le cc.dd. «clausole-passerella» tali da consentire il passaggio dal voto all'unanimità a quello a maggioranza qualificata ovvero da una procedura legislativa speciale a quella ordinaria con decisione unanime del Consiglio europeo, approvata a maggioranza qualificata dal Parlamento europeo e preceduta dalla notifica ai Parlamenti nazionali muniti di un potere ostativo all'adozione della decisione. In tal senso anche K. LENAERTS - M. DESOMER, *New models of Constitution-making in Europe: the Quest for Legitimacy*, cit. supra, nota 9, in part. p. 1244-1245, «In order to avoid a deadlock in constitution-making in an enlarged Union, the possibility of the categorizing the primary law provisions of the Union in different instruments that are subject to distinct amendment procedures could be considered. The requirements of output legitimacy – efficiency, system effectiveness, compliance with decisions – indeed mean that a formal distinction must be made between the Union's true constitutional nucleus, comprising its fundamental values and objectives as well as its institutional framework and basic decision-making procedures, on one hand, and the detailed provisions concerning the Union's different policies, on the other hand. In line with the demands of efficiency and effectiveness, since the latter category of provisions is much more subject to societal developments and political contingencies, the amendment procedure applicable to this category should be less rigid than the present Treaty amendment procedure contained in Article 48 TEU. On the contrary, as regards the provisions of a truly constitutional nature, since it is crucial for the integration process that all Member States fully identify with the same core of fundamental values and objectives, they should be subject to heavier amendment procedures».

ratione materiae, se non per una parte molto limitata, restando, invece, privilegiate, nelle rimanenti Parti I, II, IV, le dimensioni ordinamentali di struttura verticistica finalizzate a obiettivi e valori capaci di definire l'intera Unione come democratica (Parte I), rispettosa dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Parte II) e, soprattutto, aperta all'ingresso di nuovi Stati, all'evoluzione ed alle revisioni necessarie (Parte IV), le quali rinunciano al metodo della disciplina *ratione materiae* in favore di quella *ratione finis o per valorem*, com'è tipico del costituzionalismo moderno. Nel terzo ed ultimo senso, il quadro istituzionale unico, una volta in passato ridotto al solo livello comunitario-unionistico, si raddoppia e si triplica a livello nazionale e locale tra loro opportunamente collegati con il primo. Si vuole dire che il Trattato costituzionale recupera i livelli di competenza dei Parlamenti e dei Governi nazionali e locali come parti di un *power system* euro-nazionale.

Ulteriore aspetto da esaminare è il rafforzamento del sistema istituzionale avvenuto sotto il duplice profilo della disciplina dei poteri e della messa a punto delle procedure²⁹. Dal primo punto di vista, i poteri preesistenti possono ritenersi tutti confermati e consolidati, nessun escluso, con una sola, vera, unica innovazione concernente la rappresentatività "presidenziale" ovvero la presidenza delle stesse (presidenza del Consiglio europeo dei Capi di Stato e di Governo e presidente del Consiglio dei ministri nelle varie formazioni). Una prima novità del Progetto è stata, infatti, quella di prevedere una presidenza stabile per il Consiglio europeo (art. I-21) al fine di assicurare la continuità dell'impulso politico e, quindi, delle scelte fondamentali di politica dell'Unione europea, novità alla quale si è approdati non senza accessi dibattiti. Tuttavia, sebbene con l'allargamento dell'Unione la rotazione semestrale della presidenza risulta inadeguata, soprattutto per l'eccessivo lasso di tempo intercorso tra le presidenze di uno stesso Stato, non è da escludere che tale scelta possa condurre ad eleggere capo del Consiglio europeo, per ben due anni e mezzo, una personalità non in grado di svolgere il compito affidatogli.

Il secondo punto egualmente trattato è stato quello concernente la c.d. presidenza collegiale (*team Presidency*) del Consiglio dei ministri, formula da non confondere con la vecchia *troika* della presidenza semestrale rappresentandone piuttosto un vero e proprio superamento. Con l'espressione *team Presidency* si intende far riferimento al periodo di presidenza del Consiglio dei ministri, nelle

²⁹ Per un'analisi complessiva e peculiare delle innovazioni introdotte dal Progetto di Trattato, sia consentito rimandare al lavoro di A. TIZZANO (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Testi e documenti relativi alla Convenzione europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 10 ss. Più specificamente, l'A. compie un'analisi delle innovazioni apportate all'apparato istituzionale dell'Unione con particolare riferimento al livello parlamentare (europeo e nazionale), al livello consiliare (Consiglio europeo e dei ministri), al livello ministeriale (ministro degli esteri), nonché agli altri aspetti (Commissione, altre istituzioni ed organi). Nel complesso, l'A. individua un pluralismo innovativo nel senso di una particolare "tenuta" del quadro istituzionale classico e, quindi, dell'ortodossia dell'Unione sia pur in presenza di innovazioni importanti definite, nel presente testo, di *team Presidency*.

sue varie formazioni, all'interno del quale vengono associati in modo complementare o sussidiario ministri appartenenti a più Stati o Governi nazionali sotto il coordinamento e la direzione del Presidente di turno. Ferma restando la necessità di fissare alcune regole in modo da assicurare la parità di accesso per tutti gli Stati membri, l'esperienza della *team Presidency* rappresenta un deciso passo in avanti verso lo sviluppo del presidenzialismo e del verticismo del Consiglio dei ministri come espressione privilegiata dell'unità, dell'indirizzo e del coordinamento sia pure mitigata da una certa rotazione all'interno del periodo biennale o triennale di durata della presidenza. Tale discorso è riferibile anche al Presidente della Commissione europea chiamato a svolgere un'effettiva autorità sul Collegio attraverso il rafforzamento dei poteri di scelta dei commissari e di organizzazione della Commissione (art. I-26)³⁰.

Uno degli ulteriori sforzi della *Convention* è stato quello diretto a razionalizzare, uniformare e semplificare le procedure decisionali e gli strumenti giuridici³¹. In particolare, essa ha provveduto a ridenominare gli atti comunitari (legge europea, legge quadro europea, regolamento europeo, decisione europea) ed a ridurre l'eterogeneità degli stessi, derivante dalla suddivisione in pilastri, distinguendo, in ogni caso, le disposizioni comuni a tutti gli atti giuridici dell'Unione di cui al Capo I, Titolo V (artt. I-33, I-38) e le disposizioni particolari di cui al Capo II dello stesso titolo relative alla Politica estera di sicurezza comune, alla Politica di sicurezza e di difesa comune ed allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Ha, inoltre, provveduto a concentrare la molteplicità delle procedure decisionali nella sola funzione legislativa ordinaria e nelle funzioni legislative speciali; ad includere tra gli strumenti

³⁰ A tal proposito, gli aspetti più problematici hanno riguardato la limitazione della composizione della Commissione formata, per il futuro, dal Presidente, dal ministro degli affari esteri dell'Unione, che è uno dei vicepresidenti della Commissione, e da tredici commissari europei scelti in base ad un sistema di rotazione in condizione di parità tra gli altri Stati membri (art. I-25). In particolare, in sede di Conferenza intergovernativa, tale sistema non ha mancato di destare perplessità circa il rispetto del principio dell'eguaglianza formale di tutti i membri a garanzia di un'autentica collegialità e di un effettivo legame tra gli Stati membri e l'istituzione guardiana dell'integrazione europea. Più specificamente, è sembrata opinabile la scelta di voler migliorare l'efficacia operativa della Commissione attraverso misure di razionalizzazione organizzativa tendenti a creare due classi di commissari. È per tale motivo che si è proposto di rendere i commissari senza diritto di voto partecipi a pieno titolo dei lavori della Commissione e di assegnare loro affari comportanti l'assunzione di una piena responsabilità. Questa, ovviamente, non esaurisce il ventaglio delle proposte avanzate rispetto ad una questione ancora aperta al momento della stesura del presente articolo.

³¹ Sia consentito un ulteriore richiamo al pensiero di A. TIZZANO (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa*, cit. supra, nota 29, p. 32 ss. Più in particolare, in ordine al riordino degli strumenti normativi e degli assetti decisionali, l'A. sottolinea l'avvenuta definizione di un sistema degli atti normativi dell'Unione i cui elementi qualificanti vengono individuati nella nuova tipologia degli atti e nella loro gerarchia. Si identifica nel mutamento dei nomi un vero e proprio mutamento di sostanza nell'ottica di un sistema realmente "euro-legislativo". Incisive, inoltre, appaiono le conclusioni dell'A. circa le innovazioni del Progetto di Trattato, rispetto al precedente Trattato di Nizza, sul voto a maggioranza qualificata, tema ancora aperto alla data di scrittura del presente articolo. L'A. *tout court* identifica il voto a maggioranza qualificata come idoneo a determinare la nascita di una «procedura legislativa ordinaria», attribuendosi alla maggioranza consiliare la capacità di determinare il mutamento della funzione normativa dell'Unione, appunto, in senso legislativo.

giuridici i regolamenti delegati (art. I-35) chiamati a completare o modificare determinati elementi non essenziali della legge europea o legge quadro europea e, ancora, a prevedere atti esecutivi (art. I-36), nel caso in cui siano necessarie condizioni uniformi di esecuzione, sottraendo la relativa competenza al Consiglio per attribuirla alla Commissione, salvo le esplicite eccezioni (art. I-36, par. 2). Tali ultime disposizioni (artt. I-35 e I-36), che rispondono alla scelta del Progetto di Trattato di creare un *trait d'union* tra il livello comunitario-unionistico e quello nazionale-locale, non eliminano la competenza primaria degli Stati, i quali sono gli unici responsabili dell'attuazione degli atti giuridicamente obbligatori. Ed, infatti, lo stesso art. I-36 riconosce agli Stati membri rispettivamente, al par. 1, «il potere di prendere tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione» e, al par. 3, «un potere di controllo degli atti esecutivi dell'Unione, secondo le modalità prefissate dalle legge europea».

Tale previsione si ascrive nella generale costruzione a più livelli dell'Unione europea che il Progetto di Trattato ha cercato di rendere intellegibile sia attraverso una migliore ripartizione delle competenze dell'Unione, sia attraverso una maggiore legittimità democratica interna-esterna dell'Unione, laddove, sul piano interno, ci si intende riferire al rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo e, sul piano esterno, al ruolo dei Parlamenti nazionali che, rispetto al passato, sono stati investiti di un potere di allerta preventivo (c.d. *early warning*) qualora ritengano un progetto lesivo della competenza nazionale o locale. Alle generiche dizioni di «tempestiva trasmissione ai Parlamenti nazionali» e di «messa a disposizione dei governi degli Stati membri» il Protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea allegato al Progetto di Trattato, all'art. 1, par. 2 sancisce che: «Tutte le proposte legislative indirizzate al Parlamento europeo e al Consiglio dei ministri sono inviate simultaneamente ai Parlamenti nazionali degli Stati membri».

Dopo queste brevi osservazioni sulle innovazioni introdotte dal Progetto di Trattato e lungi dal volerne trattare in maniera esaustiva, anche in considerazione delle ulteriori evoluzioni che seguiranno l'attuale lavoro della *troika* italiana-irlandese-olandese, non resta che concentrare l'analisi (v., *infra*, par. 4) sulla natura costituzionale-internazionale dell'Unione europea.

4. Unione costituzionale-internazionale

Nell'ottica di un'Unione costituzionale³², il Progetto di Trattato incorpora

³² Sembra opportuno, in questa parte dedicata ai lineamenti dell'Unione europea come Unione costituzionale, citare il pensiero di un noto costituzionalista tedesco, paladino di una teoria di una Costituzione europea fondata sulla «tradizione costituzionale europea» e, perciò, preesistente e precedente rispetto a qualsivoglia tentativo di progetto di Trattato. Sul pensiero dell'A. in lingua italiana, v. D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?*, in G. ZAGREBLESKY - P. P. PORTINARO - J. LUTHER, *Il futuro della costituzione*, cit. *supra*, nota 3, p. 339 ss.; in lingua tedesca, v. H. MONHAUPT - D. GRIMM, *Verfassung*, Berlin, Dunker-Hunblot, 2003, II ediz. su cui si veda la recensione di M. PANEBIANCO in

tre settori prettamente costituzionali: una Costituzione per valori e di valori selezionati nella tradizione europea (obiettivi e competenze delle istituzioni, Parte I); i diritti fondamentali come insieme di valori dai quali si erge la Costituzione europea (Carta dei diritti fondamentali, Parte II) ed infine le competenze dell'Unione come sfere di attribuzione di poteri giuridici sotto il profilo positivo e negativo di conferimento e di privazione da parte degli Stati (c.d. Politiche della Parte III)³³. Tale ultimo settore comprende, inoltre, la ripartizione dei poteri secondo tre livelli (Parte I, Titolo III): locale, nazionale, europeo alla luce del principio di sussidiarietà (art. I-9), il quale - sebbene non rappresenti un'innovazione, essendo già presente nei tre Trattati unionistici (Maastricht, Amsterdam, Nizza) ed ancora prima nell'Atto unico europeo - ingloba un'idea specifica che rappresenta la vera novità: «l'idea federalistica» (intesa come quasi o pseudo-federalistica) da ritenersi non come un modello, ma come un metodo già entrato a far parte della Costituzione italiana (l. costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3) e del Progetto di Trattato del 18 luglio 2003. D'altro canto, è fuori discussione che lo Stato, in quanto tale, non necessita di definire le proprie competenze essendo il vero distributore delle stesse, il *Kompetenz Kompetenz*, ma, allorquando si procede ad individuare liste ed elenchi, il discorso si "federalizza". Proprio su questa scia si è posta la Costituzione europea che ha provveduto, ancora prima di dettare lo statuto dei diritti, a enucleare settori di competenza esclusiva (art. I-12), concorrente (art. I-13) e di azioni di sostegno, di coordinamento o di complemento (art. I-16).

In realtà, già prima di tale espressa allocazione di poteri, sia nei Trattati comunitari-unionistici, sia nelle interpretazioni della Corte di giustizia delle Comunità europee, erano ravvisabili norme regolanti le relazioni tra l'Unione e gli Stati membri, molto simili a quelle rinvenibili nella maggior parte degli Stati federali. Nonostante tale somiglianza, però, il contesto in cui risultavano radicati i principi costituzionali europei era ed è ancora oggi diverso. Sin dal Trattato di Roma del 1957, infatti, le nazioni europee erano decise a porre le basi di «un'unione sempre più stretta tra i popoli d'Europa» e, nonostante l'evoluzione del processo integrativo, l'idea iniziale non è mai stata abbando-

Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale, in corso di pubblicazione. Secondo il pensiero del noto costituzionalista tedesco, l'Unione europea, essendo un'Unione di popoli e non di un solo popolo, necessita, come sua base fondamentale, della pluralità delle Costituzioni nazionali, imputabili a ciascun Stato membro, tra loro connesse e riannodate attraverso le varie fasi del costituzionalismo antico, moderno e contemporaneo. In tal senso, appare emblematica la massima di storia costituzionale secondo la quale una costituzione non può essere prodotto di una sola istituzione e di un solo momento storico (*Nec unius hominis, nec unius temporis*).

³³ In particolare l'art. I-1 (Istituzione dell'Unione) espressamente specifica: «(...) la presente Costituzione istituisce l'Unione europea, alla quale gli Stati membri conferiscono competenze per conseguire obiettivi comuni (...)» e, ancora, in ordine al principio di attribuzione, l'art. I-9 (Principi fondamentali) al par. 2 precisa: «(...) l'Unione agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite dagli Stati membri nella Costituzione (...)».

nata³⁴. Non è un caso, infatti, che dal Progetto di Trattato ne esca una costruzione europea rispettosa dei diversi livelli ordinamentali (comunitario-unionistico e nazionale-locale), nonché fondata ed alimentata dalla loro interazione e dal loro continuo rapporto osmotico³⁵. A conferma di ciò è possibile individuare una teoria del costituzionalismo europeo³⁶ quale forma di "comunitarizzazione" che non cancella le Costituzioni nazionali, ma le mette a confronto. Un faccia a faccia che non si limita alla sola e ormai acquisita dimensione verticale del *multilevel constitutionalism*³⁷, ma si estende anche a quella orizzontale della comunitarizzazione dei diritti costituzionali nazionali.

Ciò premesso, nell'ottica di un'Unione internazionale³⁸ di Stati, la "co-

³⁴ A riscontro di tale immutata idea, si veda il riferimento contenuto nel Preambolo della Costituzione all'Europa «unita nella diversità». Inoltre, l'art. I-2 (Valori dell'Unione): «L'Unione si fonda sui valori della dignità umana, dell'uguaglianza, dello stato di diritto e del rispetto dei diritti umani. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società fondata sul pluralismo, sulla tolleranza, sulla giustizia, sulla solidarietà, e sulla non discriminazione»; l'art. I-3 (Obiettivi dell'Unione) che al par. 3 specifica: «Rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila alla salvaguardia e allo sviluppo del patrimonio culturale europeo». Ed ancora, nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione è possibile leggere: «L'Unione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo di questi valori comuni nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, nonché dell'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale; (...)».

³⁵ In tale senso, cfr. P. HÄBERLE, *Per una dottrina sulla costituzione europea*, cit. supra, nota 3, in part. p. 7.

³⁶ Costituzione europea che viene definito emergente da J. H. H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003, in quanto non ancora pienamente elaborato. In particolare, l'A. - richiamando una metafora dell'Esodo, sintetizzata nella formula «faremo e rifletteremo» - sottolinea il parallelismo con l'esperienza della costruzione europea (più attuativa che riflessiva e con una popolazione che l'A. definisce «favorevolmente indifferente») ed individua in Maastricht e nel dopo Maastricht il momento costituzionale più importante della storia dell'Unione europea, in quanto fu il primo vero momento pubblico di riflessione europea ancora in corso, ancora in evoluzione ed in via di perfezionamento. Anche se si tratta di un'impostazione molto legata al "termometro" dell'opinione pubblica (in senso istituzionale), essa ha una forte capacità esplicativa circa la "psicologia" dell'epoca della Convenzione europea nel biennio 2002-2003 e negli anni che immediatamente lo precedono.

³⁷ Per una definizione del *multilevel constitutionalism* si rinvia a I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?*, CMLR, 1999, p. 703-750; ID, *Multilevel constitutionalism in the European Union*, in *EL Rev.*, 2002, p. 511- 529. Tale filone, definibile di costituzionalismo neo-territoriale o multi-territoriale, risente chiaramente delle tendenze federalistiche legate all'esperienza americano-germanica ed identifica un fattore costruttivo del processo costituente senza, per altro, poter porre un'impossibile equivalenza o equazione tra costituzione e *multilevel*.

³⁸ Sembra opportuno, in questa parte dedicata all'Unione europea come Unione internazionale a tendenza confederale o federale, citare il pensiero dell'Autore italiano maggiormente critico circa la mancanza di un potere costituente in un euro-sistema costituzionale di un'Unione senza popolo S. DEVALLE, *Una costituzione senza popolo? La Costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Milano, Giuffrè, 2002. È evidente, infatti, come la natura dell'Unione, caratterizzata da un forte deficit democratico, permanga *mutatis mutandis* anche nel nuovo sistema delineato dal Progetto di Trattato, seppure compensato da un rafforzamento del fattore di sovranazionalità e di sovrastatalità grazie alle riforme istituzionali idonee ad identificare una volontà politica capace di "colloquiare" nel contesto euro-internazionale. Le premesse teoriche di tale idea di Unione internazionale trovano la loro reale prospettiva nello *ius communicationis* grazie al quale l'Unione europea si colloca nel contesto universale e globale. Illuminanti, a tal proposito, sono le considerazioni teoriche generali della Scuola di Francoforte, J. HABERMAS, sintetizzate nella formula «dell'agire comunicativo» a cui l'A. ampiamente si riferisce. In conclusione, l'importanza del contributo alla ricostruzione del Progetto di Trattato costituzionale sta

munitarizzazione" o l'integrazione tra sistemi giuridici può avvenire secondo il metodo internazionalistico o secondo quello comparatistico. Più specificamente quest'ultimo tende, attraverso la comparazione, a omogeneizzare, armonizzare creando un *tertium genus*: il diritto comparato costituzionale inteso come il "sistema dei sistemi" in grado di fornire una visione di insieme tale da superare le divergenze esistenti nei diversi sistemi giuridici nazionali³⁹. Esso tende, così, a vedere l'ordinamento mondiale come unico: unico diritto, unica costituzione. In tale visione tutto il diritto si omogeneizza, ossia è ricondotto alla medesima radice o origine, ma se ciò, da un lato offre maggiori sicurezze, dall'altro cancella le differenze.

Resta da verificare, in ordine all'Unione europea, in che misura sia necessario omogeneizzare o, viceversa, quanto debba rimanere disuguale, partendo dal presupposto che, nel sistema europeo, la diversità è un valore, è un diritto fondamentale: il diritto all'identità nazionale che si preserva difendendo i diritti fondamentali delle Costituzioni nazionali, nonché le tradizioni costituzionali sia nazionali che locali. È necessario aver ben chiara la *summa divisio* tra principi costituzionali comuni e principi costituzionali nazionali, tra *ius commune*⁴⁰ (art. 6, par. 1 e 2)⁴¹ e *ius particolare* o nazionale (principi

nell'aver privilegiato la prospettiva confederale grazie alla quale l'Unione, capace di una propria identità, si "costruisce" come soggetto dotato di capacità di interlocuzione e dialogo intorno ad un nucleo di valori e principi condivisi, suscettibili di essere affermati e difesi come propri della democrazia nell'attuale momento storico. In altre parole, l'Unione europea intesa come "voce" della democrazia e per la democrazia internazionale.

³⁹ In tal senso, sia consentito un rinvio all'opera di K. ZWIEGERT - H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, (ed. it. a cura di A. DI MAJO E A. GAMBARO, trad. di B. BASSO), Milano, Giuffrè, 1998.

⁴⁰ A tal proposito, sia consentito citare il pensiero di I. CARACCILO, *La rilevazione dei valori democratici nell'Unione europea. Una proiezione internazionale per l'identità giuridica occidentale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003, in particolare Cap. II, p. 58 ss. L'A. esamina la codificazione dei valori democratici nell'Unione europea attraverso il processo di consolidamento dei principi giuridici comuni agli Stati membri e dei principi generali del diritto comunitario, di cui all'art. 6 del TUE, cogliendo le sottili coincidenze e differenze tra il par. 1 ed il par. 2 del suddetto articolo, tra i principi caratterizzanti i sistemi democratici degli Stati europei, che vengono ridotti ad unità divenendo i fondamenti del sistema unionistico-europeo, e i principi – quali i diritti fondamentali desunti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri – che «individuano i caratteri essenziali, "esistenziali", dell'ordinamento giuridico comunitario» e ne rappresentano i principi costituzionali. Ed ancora sull'individuazione di principi generali comuni, si vedano J. BENOÏT-XE, *Principles in the European Constitutionalising process*, in *The King's College Law Journal*, 2001, p. 100-110; M. KORDELA, *Principles of Law as a Theoretical Category – Remarks on the Background of the General Principles of Community Law*, in A. BODNAR - M. KOWALSKI - K. RAIBLE - F. SCHORKOPF (eds.), *The emerging Constitutional Law of the European Union*, cit. *supra*, nota 3, p. 569 ss.; F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000 e l'opera di A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002.

⁴¹ Nel Progetto di Trattato del 18 luglio 2003 il contenuto dell'art. 6 TUE è stato scisso in due articoli ed inserito in Titoli differenti. Rispettivamente l'art. I-2 (Valori dell'Unione) riproduce, ampliandolo, il testo dell'art. 6, par. 1 ed è ubicato nel Titolo I (Definizione ed Obiettivi dell'Unione), mentre il par. 2 dell'art. 6 è stato recepito dal più ampio art. I-7 (Diritti fondamentali) ed è contenuto nel Titolo II (Diritti fondamentali e Cittadinanza dell'Unione).

fondamentali degli ordinamenti degli Stati membri)⁴². Più in particolare, la dottrina tedesca ha da tempo evidenziato la formazione di principi giuridici costituzionali comuni (*Prinzipien-bildung*), individuabili nella disciplina dei diritti fondamentali, delle competenze e delle istituzioni democratiche dell'Unione che, costituendo la *Grundnorm* del diritto costituzionale europeo, consentirebbero di ridurre ad unità la molteplicità delle fonti del sistema⁴³. Inoltre, non sono mancati tentativi di *reductio ad unitatem* attraverso l'individuazione del principio di «tolleranza» costituzionale, quale criterio normativo del federalismo europeo⁴⁴.

Ne consegue una «Costituzione europea» formata da due anime che convivono per cui non è possibile ragionare in termini di un monismo onnivalente essendo, invece, necessario un comunitarismo moderato che si traduca in un'omogeneità costituzionale imperfetta o in una disomogeneità costituzionale convergente⁴⁵. Una Costituzione omogenea, ma imperfetta che riconosca

⁴² Più specificamente ci si vuole riferire all'art. I-5 (Relazione tra l'Unione e gli Stati membri), par. 1: «L'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri legata alla loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie regionali e locali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza interna (...)», che riunisce le disposizioni contenute in differenti articoli (artt. 6 e 33 del TUE) e precisa gli elementi essenziali dell'identità nazionale menzionando le strutture fondamentali politiche e costituzionali e l'organizzazione regionale e locale.

⁴³ Per un'analitica ricostruzione di tali principi costituzionali comuni, si veda l'opera di A. VON BOGDANDY, *Europäisches Verfassungsrecht Theoretische und Dogmatische Grundzüge*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer Verlag 2003, su cui si segnala la recente recensione di M. PANEbianco, in questa *Rivista*, 2003, p. 641-643.

⁴⁴ In tal senso, cfr. J. H. H. WEILER, *Federalismo e costituzionalismo: il «Sonderweg» europeo*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 22-42., in part. p. 31 ss. e ID., *The Promised Constitutional Land*, in *The King's College Law Journal*, 2001, in part. p. 10 ss.

⁴⁵ A tal uopo appare significativo richiamare l'opera di V. ATRIPALDI, *Verso un Trattato che stabilisce una Costituzione per l'Europa*, in V. ATRIPALDI - R. MICCÙ (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, cit. supra, nota 21, p. 3-48, nella quale l'A. definisce l'omogeneità costituzionale e l'identità nazionale, come «due principi ordinamentali del processo di integrazione europea che coesistono e si alimentano vicendevolmente costituendo un sistema di interazioni sul quale si legittima la coesistenza tra Unione europea e Stati membri». Si tratta, però, ad avviso dell'A., di «un rapporto dicotomico che contribuisce a costruire l'identità europea che non può essere vista staticamente». Inoltre, il quadro normativo, a cui andrebbe ricondotta tale omogeneità, è rappresentato dagli artt. 6, 7, 46 e 49 TUE. Indicativa appare, inoltre, l'opera di R. MICCÙ, *Il principio di omogeneità nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in V. ATRIPALDI - R. MICCÙ (a cura di), *L'omogeneità costituzionale*, loc. cit., p. 49-133. In tale contesto, sia consentito sottolineare il pensiero dell'A. che definisce il principio di omogeneità costituzionale come un principio fondamentale del diritto costituzionale comune europeo, utile per spiegare l'attuale stadio di evoluzione dell'ordinamento europeo in rapporto a quello degli Stati membri. Ad avviso dell'A., tale principio trova espressione negli artt. 6 e 7 del TUE ed integra, insieme ad altre disposizioni dei Trattati, una clausola di omogeneità costituzionale dell'Unione europea, che è il presupposto del processo di costituzionalizzazione e di federalizzazione dell'Unione. Tuttavia, nel valutare l'impatto di tale clausola di omogeneità sulla autonomia costituzionale degli Stati membri, l'A. ritiene che «la tutela dell'identità nazionale dei singoli Stati trovi il proprio limite nell'art. 6, par. 1 che definisce una comune identità costituzionale europea non derogabile dai singoli Stati membri, neanche mediante il ricorso alla loro specificità nazionale». Resta qualche perplessità sulla circostanza che tale principio, recepito dalla norma pattizia è, in ogni caso, desumibile dalla tradizione costituzionale comune che è preesistente e precedente rispetto ai Trattati.

nella propria imperfezione la sua esistenza e che miri a conciliare ad unità le diversità in modo tale da farle coesistere. Ciò è ancora più evidente se si considera, come già evidenziato, la numerazione adoperata nel testo del Progetto di Trattato che non è unica e, quindi, tale da omogeneizzare, ma doppia, duplice, differente tale da evidenziare la dualità-molteplicità dei testi⁴⁶.

È proprio la costante tendenza ad «un'unione sempre più stretta fra i popoli d'Europa» fermamente ancorata al principio costituzionale del rispetto delle loro diversità culturali, nonché delle identità nazionali degli Stati membri che fa dell'Unione europea un'Unione costituzionale-internazionale di Stati, popoli, individui in una duplice dimensione verticale come Unione di Costituzioni (*Verfassungsverbund*) e orizzontale come Unione di Stati (*Staatenverbund*) nell'ambito di un nuovo ordinamento costituzionale europeo che fa degli Stati, dei popoli e degli individui i suoi soggetti di diritto⁴⁷. Più specificamente, un'Unione costituzionale come Unione multi-Costituzione che non dà vita ad un soggetto unico (Stato federale), ma trova la sua base in principi costituzionali comuni agli Stati e Unione internazionale come Unione multi-statuale che si fonda in un Trattato o in una consuetudine in grado di recepire i principi costituzionali comuni sui quali costruire l'intero ordinamento comunitario-unionistico. Tutto ciò spiega anche le peculiarità uniche del federalismo o pseudo-federalismo costituzionale europeo⁴⁸ che consentono di differenziarlo dalle altre possibili varianti di un concetto polisemantico non necessariamente riducibile alla sola figura dello Stato federale⁴⁹.

⁴⁶ V. *supra*, nota 23.

⁴⁷ Cfr. I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited?*, cit. *supra*, nota 37, in part. p. 707. «This concept treats European integration as a dynamic process of constitution-making instead of a sequence of international treaties which establish and develop an organization of international cooperation. The question "Does Europe need a Constitution" is not relevant, because Europe already has a "multilevel constitution": a constitution made up of the constitutions of the Member States bound together by a complementary constitutional body consisting of the European Treaties (*Verfassungsverbund*). The European Union is a divided power system, in which each level of government – regional (or *Länder*), national (State) and supranational (European) – reflects one of two or more possible political identities of the citizens concerned. And each of these identities corresponds to a different level of society». Tale interpretazione del dinamismo costituzionale europeo come *multi-treaty* e *multilevel* rappresenta un'efficace descrizione del processo in corso e si identifica con l'idea segnalata nel presente lavoro di un dualismo normativo tra *Treaty-Constitution* e *Custom-Constitution* individuate come le due forme produttive uniche ed essenziali della comunità internazionale degli Stati capaci di riflettere la preesistenza di principi costituzionali comuni.

⁴⁸ In tal senso si veda J. H. H. WEILER, *Federalismo e costituzionalismo: il «Sonderweg» europeo*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, cit. *supra*, nota 44, il quale ricorre alla dizione «Sonderweg» per indicare la «via speciale», il percorso alternativo tra due realtà opposte e dominanti seguito dall'Europa che combina una soluzione istituzionale di stampo «confederale» con una struttura legale di naturale «federale». Anche a questo proposito, l'asserita valenza costituzionale dell'Unione (*alias* processo costituzionale dell'Unione) va, comunque, messa a confronto con la sua valenza internazionale secondo la formula: Unione di Stati = Unione di popoli; G. BOGNETTI, *Lo speciale federalismo dell'Unione europea*, in A. G. PETRONI, *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 245-320.

⁴⁹ Cfr. G. BOGNETTI, *Federalismo* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1991, vol. VI, p. 273-302, che, in adesione al concetto del «processo federalistico» di J. C. FRIEDRICH, *Theory and Practice in*

Tale costituzionalismo viene, infatti, chiamato post-nazionale o post-moderno o condiviso in quanto nel consenso di tutti trova la sua unità. Esso è espressione dell'esautoramento dello Stato nazionale che, nel mutato contesto dell'interdipendenza sempre crescente dell'economia e della società mondiale, non è più in grado di fare affidamento sulla sua sola capacità di azione e sulla sua autonomia sovrana. La sopravvenienza di esigenze e l'elaborazione di concetti che superano le frontiere in sede economica, sociale, culturale inevitabilmente toccano i fondamenti della struttura statale mettendo in crisi il sistema degli Stati nato con la pace di Westfalia. Dal modello statale unico ed unitario si transita adesso verso quello c.d. post-nazionale⁵⁰ multi o sovra nazionale, in quanto risultante dalla integrazione di più ordinamenti statuali coesistenti. Alla tradizione statualistica rigidamente accentratrice del potere sovrano nell'unico soggetto Stato si sostituisce la tradizione statual-federalistica o confederale-federalistica caratterizzata da un'organizzazione pluralistica e decentrata del potere che trova il suo fondamento in una proliferazione ed in una confluenza di fonti riconducibili a più documenti costituzionali tutti coesistenti nel Progetto di Trattato del 18 luglio 2003.

L'espressione più forte di questa coesistenza si rinviene nella Parte II del Progetto di Trattato che recepisce la Carta dei diritti fondamentali⁵¹, ultima

Europe and America, 1968, Boston e ID., *Trends of Federalism in Theory and Practice*, 1968, New York «(...) rifiuta la statica equazione: federalismo = instaurazione di uno Stato federale in senso stretto ed attribuisce al termine un significato largo, coprente l'insieme dei processi onde gli ordinamenti tendono a ripartire, in varia maniera e misura, verso l'interno e verso l'esterno, i poteri politici tra distinti centri o livelli di governo; processi di "federalizzazione" che vanno studiati nella loro mobile dinamicità», con la giustapposizione del federalismo costituzionale "classico" al federalismo internazionale contemporaneo. Ed ancora G. BOGNETTI, *L'evoluzione del federalismo moderno e i diversi modelli dello Stato federale*, in A. G. PETRONI, *Modelli giuridici ed economici*, loc. cit., p. 19-85.

⁵⁰ Per una disamina del modello post-nazionale, si vedano, tra gli altri, J. HABERMAS, *Die Postnationale Konstellation*, Politische Essays, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1998 (trad. it. di L. CEPPA, *La Costellazione postnazionale*, Milano, Feltrinelli, 2002); ID., *Beyond the nation-state? On some consequences of economic globalization*, in E. O. ERIKSEN - J. E. FOSSUM (ed.), *Democracy in the European Union*, cit. supra, nota 3, p. 29-41; E. O. ERIKSEN - J. E. FOSSUM, *Post-national integration*, in E. O. ERIKSEN - J. E. FOSSUM (ed.), loc. cit., p. 3-28; T. FLEINER, *State-Nation-Nationalities-Minorities. New Nation State Concept for a European Constitution*, in T. FLEINER - N. SCHMITT, (ed.), *Vers une Constitution européenne. L'Europe et les expériences fédérales - Towards a European Constitution. Europe and Federal Experiences*, Fribourg, Institut du Fédéralisme Fribourg Suisse, 1996, p. 17-39; P. A. KRAUS, *Cultural Pluralism and European Polity-Building: Neither Westphalia nor Cosmopolis*, in *Journ. Comm. M. St.*, 2003, p. 665-686; J. SHAW, *Process and Constitutional Discourse in the European Union*, in *Journal of Law and Society*, 2000, p. 4-37; D. CHALMERS, *Post-nationalism and the Quest for Constitutional Substitutes*, ivi, p. 178-217.

⁵¹ La letteratura esistente sulla Carta dei diritti fondamentali è molto vasta. Pertanto, ci si permette di fornire alcuni riferimenti bibliografici ai soli fini indicativi. In particolare in lingua italiana, G. F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2001; A. SPADARO, *La Carta europea dei diritti fra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in *Quad. Reg.*, 2002, p. 139 ss.; M. P. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una Carta di carattere funzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 1 ss.; V. ANGIOLINI, *Carta dei diritti dell'Unione europea e diritto costituzionale: incertezze apparenti e problemi veri*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, p. 923 ss.; A. WEBER, *IL futuro della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 31 ss.; A. MANZELLA - P. MELOGRANI - E. PACIOTTI - S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, Il

Carta del XXI secolo adattata ed incorporata senza modifiche sostanziali (se si escludono alcune modifiche al titolo VII, il testo è rimasto del tutto immutato). Essa deve la sua formazione ad una molteplicità di fonti (espressamente richiamate nel Preambolo) attuate ed interpretate alla luce della teoria delle fonti costituzionali di cui all'art. II-52 (Portata ed interpretazione dei diritti e dei principi). Proprio in tale articolo è, infatti, rinvenibile una teoria della costituzione che si inquadra nel modello delle Unioni costituzionali di Stati democratici e di diritto di origine internazionale e pattizia che, al di là di qualsiasi rigido assetto, si fonda sulla libera circolazione dei valori costituzionali comuni di una società globalizzata. A conferma di ciò, si veda anche il carattere aperto della futura Costituzione europea (art. I-1, par. 2) che, consentendo l'ingresso ad altri Stati, evita di ingessare la materia costituzionale (costituzione materiale) e conferma la sua natura di comunità costituzionale in continua evoluzione.

Resta da constatare quale sia l'idea di costituzione che viene fuori dal Progetto di Trattato. Ciò è possibile coniugando la Parte I riguardante i valori, le competenze e le istituzioni con la Parte II concernente i diritti fondamentali e la Parte III relativa alle politiche ed azioni dell'Unione. Da una simile operazione consegue una Costituzione europea che, alla stregua delle Costituzioni di stampo statualistico - nelle quali ogni diritto è collegato ad una doppia regola, la prima ne stabilisce il contenuto, la seconda i metodi e le modalità di salvaguardia (proclamazione del diritto-garanzia del diritto o *ius-iurisdictio*) -, disciplina il sistema dei poteri e dei diritti come intimamente connessi. È facile constatare, infatti, come alla suddivisione dei poteri della Parte I faccia da *pendant* il catalogo dei diritti fondamentali della Parte II tale da assicurare che ad una maggiore specificazione delle sfere di poteri di un ordinamento costruito per cerchi concentrici (europeo, nazionale, locale) corrisponda un parallelismo delle garanzie direttamente proporzionale che, anche nella Carta, si traduce in uno stretto sinallagma tra *ius* e *iurisdictio* (Corte di giustizia delle Comunità europee di Lussemburgo e Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo). D'altronde, tale parallelismo trova ulteriore conferma nelle clausole di applicazione generale che reggono le azioni e politiche dell'Unione (artt.III-1 – III-6) da intendersi quali strumenti di coerenza con gli obiettivi della Parte I e misure di garanzia "sostanziale" dei diritti della Parte II.

Una simile prospettiva, tuttavia, per essere focalizzata a pieno, non può trascurare il Preambolo del Progetto di Trattato, vera e propria filosofia costituzionale dell'Unione, da cui deriva un'idea di Costituzione europea

Mulino, 2001; A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ri-cognizione?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 241 ss. Ed inoltre F. C. MAYER, *La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2003 p. 175 ss. e L. S. ROSSI, «*Constitutionnalisation*» de l'Union européenne et des droits fondamentaux, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2002, p. 27 ss.

frutto non di un'epoca, di un popolo o di un'istituzione, ma di un'attività permanente sedimentata attraverso un periodo a più fasi. Più specificamente, essa affonda le sue radici nella tradizione costituzionale greco-romana, prosegue nel solco del costituzionalismo medievale fino ad incamerare i principi del costituzionalismo moderno, figlio delle rivoluzioni americana e francese, superando, tuttavia, la rigidità dei suoi caratteri per approdare ad una Costituzione come *Vassen* (legame) di una pluralità di elementi (sia interni che internazionali) che fanno Costituzione⁵².

5. Il multilevel normativo e strutturale

Con l'espressione Unione *multilevel*, i protagonisti del dibattito costituzionale, nonché i primi osservatori del Progetto di Trattato hanno voluto segnalare il carattere verticale della nuova struttura articolata su due livelli: costituzionale ed internazionale (c.d. doppia legittimazione)⁵³. Con tale espressione, evidentemente, si segnala il superamento della vecchia architettura orizzontale a tre pilastri risultante dai Trattati di Unione ed ora sostituita dal nuovo schema nel quale il recente Trattato unico si sostituisce a tutti gli effetti (c.d. *tabula rasa*)⁵⁴. È appena il caso di sottolineare che il *multilevel* può essere inteso e viene inteso in un doppio senso sia normativo⁵⁵ che strutturale, derivandone conseguenze molto diverse ai fini della configurazione

⁵² Cfr. H. MONHAUPT - D. GRIMM, *Verfassung*, cit. supra, nota 32.

⁵³ In tal senso, V. ATRIPALDI, *Verso un Trattato che stabilisce una Costituzione per l'Europa*, cit. supra, nota 21, in part. p. 4, per il quale il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea «nasce e deve necessariamente vivere su una doppia legittimazione che non può provenire soltanto dall'interno del processo di integrazione europea, con la conseguenza che l'aspirazione alla Costituzione europea non può essere l'aspirazione ad una Costituzione in senso tradizionale, se non in senso di una *Multilevel Constitution*, cioè di una Costituzione a più livelli, che trovi la sua legittimazione da una parte nei trattati e dall'altra nelle diverse Costituzioni dei Paesi che fanno parte del processo di integrazione».

⁵⁴ Circa la "ristrutturazione" dell'architettura del precedente sistema, sia consentito un ulteriore rinvio alle osservazioni critiche di A. TIZZANO, *Una Costituzione per l'Europa*, cit. supra, nota 29, p. 15 ss. L'A. particolarmente si sofferma su alcuni dati caratteristici: *a.* la soppressione dei pilastri, identificabili con il principio normativo della *tabula rasa* rispetto ai Trattati precedenti; *b.* la personificazione dell'Unione, terminologia corrente per indicare il rafforzamento dei poteri esterni. L'A. specificamente esamina la *tabula rasa* nel senso di una riorganizzazione dell'impianto normativo pattizio precedente che egli riconduce a tre fattori di carattere materiale: *a.* l'unificazione dei Trattati vigenti nel senso ovviamente di una loro estinzione cui fa seguito una recezione materiale di precedenti contenuti visti in un'ottica unitaria; *b.* la semplificazione ed il riordino dell'apparato normativo, inteso ovviamente come riduzione della molteplicità dei precedenti testi normativi, di un loro riordino nel senso di riavvicinamento di testi prima separati e di una loro lettura unitaria; *c.* i problemi relativi alla "qualità" del nuovo testo inteso quest'ultimo come ricerca di un nuovo *ordo iuris* perseguito dagli autori del Progetto di Trattato nell'ottica di un passaggio ad una forma trasparente.

⁵⁵ Cfr. L. VIOLINI, *La Costituzione europea tra passato e presente*, cit. supra, nota 19, in part. p. 101. «La dottrina del *Verfassungsverbund* – o del *multilevel constitutionalism* – conformemente alla natura del processo di integrazione europea non concepisce l'ordine costituzionale come un ordine statico bensì come un processo normativo che può prendere le mosse dalla dimensione europea o da quella nazionale per introdurre mutamenti che coinvolgono l'intero sistema in vista di quella «unione sempre più stretta tra i popoli europei» che è uno degli scopi del Trattato sull'Unione europea».

della nuova Unione europea, sotto il duplice profilo dei livelli di competenze e degli strumenti di azione (*governance*)⁵⁶.

Il *multilevel* vuole sottolineare come evidente, in senso negativo, il carattere orizzontale della vecchia Unione europea ridotta ad un livello unico (*uni-level*); infatti, ridotto al solo livello dei trattati internazionali, e cioè alla somma dei Trattati comunitari e di Unione, non si poteva parlare in senso stretto di una costituzione se non con una evidente forzatura di linguaggio. Non a caso gli autori del diritto comunitario rifuggivano dalla nozione di una Costituzione europea non limitabile alla sola presenza di un apparato più o meno complesso di strutture normative, governative e giurisdizionali. Nell'ottica del nuovo Progetto di Trattato, invece, il livello costituzionale viene raggiunto da una doppia competenza nazionale e regionale così come accade in tutti gli Stati a modello federale dove si distinguono le strutture centrali (federali – *Bund*) rispetto a quelle decentrate (*Länder*). Viceversa, il livello internazionale viene raggiunto dalla doppia competenza euro-globale con particolare riferimento alle relazioni economiche e politiche internazionali (Unione economica e monetaria, Politica estera di sicurezza comune, Politica di difesa).

In altre parole, nella logica dell'indagine sin qui condotta, anche la costruzione *multilevel*, fatta propria dal Progetto di Trattato, sembra confermare la natura costituzionale-internazionale dell'Unione europea frutto di un processo dinamico di *constitution-making*, che non elimina la sequenza dei Trattati internazionali da cui trae origine, bensì li combina con le Costituzioni degli Stati membri, nonché con le prassi giurisprudenziali delle Corti costituzionali nazionali e della Corte di Lussemburgo⁵⁷. In quest'ottica, diverse teorie dottrinali sono state avanzate per spiegare tale sistema *multilevel*, alcune, in particolare, riconducibili alle c.d. «clausole di integrazione» delle Costituzioni nazionali che sostengono l'esercizio condiviso dei poteri sovrani ai differenti livelli d'azione in un sistema giuridico integrato⁵⁸, altre, al modello delibera-

⁵⁶ In tal senso, cfr. P. CRAIG - G. DE BÚRCA, *The evolution of EU Law*, cit. supra, nota 6, p. 16 ss. In particolare, gli Autori, in adesione all'opera di G. MARKS - L. HOOGHE - K. BLANK, *European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multi-level Governance*, in *Jour. Comm. M. St.*, 1996, p. 341 ss., sostengono: «The essence of this theory is that integration is a polity creating process in which authority and policy-making are shared across multiple levels of government – subnational, national and supranational. While national governments are major players in this process, they do not have a monopoly of control. Decision-making competences are shared by actors at different levels rather than monopolized by state executives. Supranational institutions, including the Commission, the EP, and the ECJ, have independent influence in policy-making that cannot be derived from their role as agents of state executives». Ed ancora C. JEFFREY, *Sub-national Mobilization and European Integration: Does it Make Any Difference?*, in *Jour. of Comm. M. St.*, 2000, p. 1-23, in part. p. 7 ss.; J. NEYER, *Discourse and Order in the EU: A Deliberative Approach to Multi-Level Governance*, in *Jour. Comm. M. St.*, 2003, p. 687-706.

⁵⁷ In questo senso anche I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, cit. supra, nota 37.

⁵⁸ Ancora I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and Treaty of Amsterdam: European constitution-making a revisited?*, cit. supra, nota 37, p. 716 ss. L'A., in particolare, sostiene: «In a democratic system, government action cannot exist except if founded on, and representing, the will

tivo che, nel processo di *policy-making* nell'Unione europea, meglio si accorderebbe alla teoria del *multi-level governance*⁵⁹. Entrambe, tuttavia, lasciano irrisolto un problema che necessariamente si pone in un siffatto sistema e cioè quello della imprescindibile combinazione, coesistenza e coordinamento non solo delle istituzioni (c.d. governo delle istituzioni), ma anche delle fonti (governo delle fonti) prodotte ai vari "livelli". Ne consegue lo sforzo del Progetto di Trattato di mettere ordine nel così complesso sistema giuridico dell'Unione europea al fine di consentire la coesistenza dei vari sistemi "legali" interconnessi e dei vari livelli di una struttura *multi-governance*.

A ben vedere, la caratteristica essenziale di un sistema così concepito è l'assoluta originalità della legittimazione di ciascun "livello", tuttavia, saldamente legato agli altri da una serie di principi generali regolanti il funzionamento dell'intera struttura. Già da una veloce e generica disamina è possibile constatare come in ordine al governo delle fonti, intese quali prodotti di ordinamenti giuridici distinti seppure riannodati e connessi, siano per lo più individuabili principi di derivazione giurisprudenziale. In linea generale, infatti, il principio di supremazia del diritto dell'Unione, oggi recepito nell'art. I-10 del Progetto di Trattato e il principio di diretta applicabilità dei regolamenti, già previsto nel Trattato di Roma, hanno trovato effettiva applicazione solo dopo una lunga dialettica tra Corti costituzionali nazionali e Corte di giustizia delle Comunità europee, peraltro non scevra da comportamenti recalcitranti degli Stati membri. Ebbene, il Progetto di Trattato sembra aver risolto il problema con l'introduzione di un'innovazione non solo terminologica, ma anche sostanziale grazie alla quale la nuova nomenclatura degli atti comunitari, mediante la coppia leggi europee e leggi quadro europee, elimina ogni possibilità di conflitto con le leggi nazionali nel senso della chiara ed inequivoca supremazia delle prime rispetto alle seconde (primato costituzio-

of the people in accordance with the procedures laid down in the constitution. As a consequence, Article 48 (ex N) TEU provides for the ratification of each amendment to the Treaty by all the Member States "in accordance with their respective constitutional requirements (...). Where Treaty amendments are not in accordance with the provisions of national constitutions, constitutional amendment is regarded in some Member States as a precondition for ratification. Through these national procedures, not only does the process of European integration receive, at least indirectly, a specific legitimacy from the nation-States, but the founding treaties as well as each amendment agreed upon by the governments appear as the direct expression of the common will of the peoples of the Union (...). Although the form of an international treaty is maintained, such treaties can be regarded, therefore, as a common exercise of constitution-making power by the peoples of the participating State. Constituting the European Union and making its policies are joint exercises of the people's sovereignty. The resulting constitutional process has a double effect: supranational institutions are created and vested with new powers and, as far as they are incompatible with provisions of the national constitutions, these provisions are changed either implicitly or by express amendment». E inoltre, «The Treaties together with the national constitution are the constitution of the European Union made by the peoples of the Member States through their treaty-making institutions and procedures».

⁵⁹ Si vedano nuovamente P. CRAIG - G. DE BÚRCA, *The evolution of EU Law*, cit. *supra*, nota 6, p. 16 ss. e J. NEYER, *Discourse and Order in the EU: A Deliberative Approach to Multi-Level Governance*, cit. *supra*, nota 56.

nale della legge europea rispetto alla legge interna).

In ordine al governo delle istituzioni, appaiono, invece, rilevabili una serie di principi ordinatori relativi, in particolare, al ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea. Essi, nello specifico, si traducono nei principi di comunicazione di informazioni e di cooperazione interparlamentare, nonché di sussidiarietà e di proporzionalità. Sebbene tali principi attengano alla necessaria interazione tra i livelli di governo, essi, tuttavia, si distinguono in quanto diretti, i primi, a potenziare l'influenza dei Parlamenti nazionali nella fase ascendente di formazione degli atti comunitari e, i secondi, rispettivamente a salvaguardare l'ulteriore principio di prossimità che si traduce nella formula delle «decisioni prese il più possibile vicino ai cittadini dell'Unione», nonché a fissare limiti «quantitativi» all'intervento comunitario⁶⁰. Essi, inoltre, trovano una disciplina più o meno esaustiva nei Protocolli addizionali al Progetto di Trattato anche se risultano ulteriormente rimessi alle disposizioni degli ordinamenti costituzionali e delle prassi costituzionali proprie di ciascun Stato membro⁶¹. Non va dimenticato, infatti, che i depositari ultimi dell'attuazione del diritto comunitario sono, in ogni caso, gli Stati membri che conservano un importante ruolo di mediazione nel sistema *multilevel*⁶².

Naturalmente resta del tutto impregiudicato valutare il coefficiente di omogeneità o di disomogeneità di tali principi, ben tenendo presente la distinzione di fondo tra principi costituzionali comuni e veri e propri principi desunti dal sistema dei Trattati precedenti, oggi recepiti e riordinati nel sistema del Trattato unico. Per valutare tale coefficiente bisognerà attendere alla prova il funzionamento reale dell'Unione dal momento che i principi costituzionali "fotografati" nel Trattato (*Treaty-Constitution*) dovranno comunque convivere con la molteplicità delle opzioni normative, addirittura, con la

⁶⁰ Cfr. D. CURTIN - I. DEKKER, *The Constitutional Structure of the European Union: Some Reflections on vertical Unity-in-Diversity*, in P. BEAUMONT - C. LYONS - N. WALKER, *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford - Portland Oregon, Hart Publishing, 2002, p. 59-78. L'A., tuttavia, fa leva sul principio di leale cooperazione che definisce: «as a key indicator of the intricate and evolving character of the relationship between the EU legal order and the national legal orders».

⁶¹ In particolare, in relazione all'ordinamento giuridico italiano, si intende far riferimento alla ben nota legge 9 marzo 1989, n. 86, c.d. legge La Pergola recante: «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari» che, sebbene già oggetto di numerose modifiche parziali, è oggi all'esame per una riforma integrale.

⁶² Sull'importanza del ruolo degli Stati si rinvia al pensiero di A. MANZELLA, *L'identità costituzionale dell'Unione europea*, in *Scritti in onore di Leopoldo Elia*, t. I, 1999, Milano, p. 923 ss. per il quale «Nel sistema dinamico a più livelli di governo (dai comuni all'Unione) lo Stato nazionale è chiamato a svolgere tre funzioni fondamentali: quella di interconnessione tra tali diversi livelli di governo; quella di rappresentanza degli interessi nazionali nell'Unione; quella di collettore di consenso intorno agli obiettivi dell'Unione». Ed inoltre I. WARD, *The European Constitution and Nation State*, in *16 Oxford J. Legal Stud.* 161, (1996), p. 161-174 il quale, in adesione al principio di A. MILWARD, *The European Rescue of the Nation-State*, London, Routledge, 1992 sottolinea: «The Community is not the "antithesis" of the nation-state (...) The evolution of Community has been an integral part of the reassertion of the nation-state as an organizational concept (...)».

sovraabbondanza delle competenze, dei mezzi disponibili per l'Unione europea, nonché con le necessarie garanzie offerte dal rispetto dei diritti fondamentali di fronte all'esercizio dei predetti poteri. Tanto significa un necessario confronto tra la natura multi-costituzionale dell'Unione ed i suoi sviluppi multi-legislativi alla luce di tradizioni legislative complesse sia interne che esterne all'Unione (*Custom-Constitution*).

6. Lo "statuto" dei diritti fondamentali: Trattato o Costituzione?

Nell'ottica del presente lavoro, l'indagine fin qui condotta risulta ulteriormente avvalorata da alcune brevi considerazioni conclusive, riservate alla Parte II del Progetto di Trattato, concernenti la c.d. costituzionalizzazione dei diritti fondamentali. Premesso che l'obbligatorietà dei diritti fondamentali deriva pacificamente dall'inserimento della relativa disciplina nel testo del Progetto di Trattato, resta, però, aperta ed impregiudicata la questione concernente il suo rango "costituzionale" negata o affermata a seconda dell'importanza meramente pattizia (*Treaty-Constitution*) o consuetudinaria (*Custom-Constitution*) della stessa. A nostro avviso la soluzione deve essere conseguente alle affermazioni già fatte in precedenza ed alle posizioni già assunte nel presente lavoro.

Invero, la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali non è tesi accettabile⁶³, né sulla base dell'argomento desunto dalla collocazione *ratione materiae*, né tanto meno dalla sua qualificazione come propria dei principi e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. La materia dei diritti fondamentali, infatti, notoriamente gode di un doppio livello di protezione, l'uno costituzionale e l'altro internazionale senza che essi possano essere confusi data la distinta natura della fonte, nell'un caso costituzionale e nell'altro internazionale. In altri termini, le convenzioni europee e quelle internazionali di protezione dei diritti umani non per questo assumono rango costituzionale e, neppure, il richiamo di principi costituzionali comuni vale a mutare o rinforzare la natura pattizia dell'atto garante della tutela. A conferma di ciò vale la pena ricordare che la tutela internazionale dei diritti umani è

⁶³ In tal senso, sia consentito richiamare la fondamentale opera di D. GRIMM, *Il futuro della costituzione*, cit. *supra*, nota 3, p. 129 ss., che, nell'argomentare sulle problematiche connesse all'adempimento dell'obbligo di tutela dei diritti fondamentali, sottolinea come «La formazione della società ha in gran parte a che fare con una complessità tanto alta da non poter essere globalmente anticipata e che perciò solo imperfettamente può essere determinata sul piano legislativo. Ciò giustifica la sostituzione progressiva dei classici programmi condizionali con programmi finali che si limitano a predisporre l'obiettivo dell'azione ed a enumerare alcuni aspetti che è doveroso considerare. Anche la realizzazione di siffatti programmi non dipende, però, dalla volontà dell'operatore giuridico, ma da numerosi fattori esterni e dunque è costantemente aperta alla contingenza delle situazioni (...)». L'A., inoltre, evidenzia come l'adeguamento dei diritti fondamentali a siffatta complessità sia solo «un successo apparente dello Stato di diritto e della democrazia. Di tutto ciò la prova migliore è nella loro crescente proceduralizzazione che corrisponde al tentativo di compensare la diminuita tutela sostanziale con la partecipazione degli interessati al processo decisionale amministrativo».

subordinata al c.d. previo esaurimento delle vie di ricorso interno e, pertanto, sussidiaria a livelli di tutela predisposti dai sistemi costituzionali nazionali, intesi come livelli, se non ottimali, quanto meno ideali di tutela sia sotto il profilo positivo di vicinanza o prossimità del soggetto attivo ai meccanismi di garanzia, sia sotto il profilo negativo di constatazione dell'insufficienza delle procedure predisposte dai singoli ordinamenti nazionali⁶⁴.

Tutt'altro discorso va fatto, invece, nell'ottica della Costituzione consuetudinaria o Costituzione multi-fonte⁶⁵ all'interno della quale la parte II del Progetto di Costituzione europea diventa solo uno degli indici e degli elementi costitutivi di un assetto costituzionale *lato sensu*. Evidentemente, in tale assetto, le garanzie dei diritti fondamentali vanno viste insieme ad altri elementi qualificanti senza dei quali non può parlarsi in senso tecnico di una Costituzione vera e propria. Non a caso la Parte I della Costituzione dedicata allo statuto dei poteri è ben diversa da quella della Parte II, la quale espressamente rinvia ad una serie di garanzie giurisdizionali europee ed ai *basket* giurisprudenziali⁶⁶ derivanti dalle consolidate tradizioni della Corte di Strasburgo (Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950) e della Corte di Lussemburgo (art. 7 TUE). Il che significa che nelle tradizioni europee i diritti fondamentali, almeno allo stato attuale, non sono "monumenti costituzionali", ma piuttosto elementi di «statuti»⁶⁷ normativi e non di testi costituzionali in senso proprio.

In definitiva, richiamando un concetto già espresso precedentemente (vedi *supra*, par. 3), si vuole dire che, nell'ambito dell'Unione europea, si è verificato un graduale processo di "emersione del sommerso" costituzionale che trova nel Progetto di Trattato del 18 luglio 2003 solo un suo momento espressivo ed esemplificativo e, comunque, mai esaustivo o definitivo.

Teresa Russo**

⁶⁴ In tale senso, cfr. A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale*, cit. *supra*, nota 22, p. 103 ss.

⁶⁵ Tale terminologia è frutto del pensiero di M. PANEBIANCO (sotto la direzione di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 21, in part. p. 21. Ad avviso dell'A. «la scelta della doppia via costituzionale ed internazionale implica soluzioni diverse ai fini della tutela dei diritti fondamentali, affidati nel diritto interno ad un'unica Carta costituzionale ed a una sola Corte suprema ordinaria o costituzionale e viceversa nel diritto internazionale risultato di più fonti normative, nonché di più Corti internazionali sussidiarie rispetto a quelle interne ("Carta multi-fonte e multi-corte")».

⁶⁶ Sia consentito un ulteriore richiamo all'opera di M. PANEBIANCO (sotto la direzione di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, loc. cit., p. 9 ss., che specifica l'importanza dei lavori preparatori della Carta in quanto «espressione di un'opera di consolidamento delle norme costituzionali preesistenti intese come principi comuni di diritto costituzionale europeo unitamente alle Convenzioni internazionali europee e comunitarie già in vigore per la tutela dei diritti fondamentali», rafforzata dai vari *basket* interpretativi frutto di consolidati e plurimi indirizzi "euro-costituzionali" di giurisprudenza nel dialogo tra le Alte Corti nazionali ed europee.

⁶⁷ Ancora M. PANEBIANCO, *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 21, che parla di «statuto dell'uomo europeo».

** Dottoranda in diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Salerno.

DOCUMENTAZIONE

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 16 - 17 ottobre 2003*

1. Il Consiglio europeo si è riunito a Bruxelles il 16 e 17 ottobre 2003. La riunione è stata preceduta da una relazione del Presidente del Parlamento europeo, Pat Cox, a cui ha fatto seguito uno scambio di opinioni sui punti principali all'ordine del giorno.

I. Conferenza intergovernativa (CIG)

2. Il Consiglio europeo si è compiaciuto del fatto che, a seguito della sessione inaugurale della Conferenza intergovernativa tenuta il 4 ottobre a Roma, i lavori della Conferenza sono ora in corso. Ha ricordato il suo sostegno all'impostazione e al calendario proposti dalla Presidenza in linea con le conclusioni della riunione del Consiglio europeo di Salonicco. Il Consiglio europeo ha invitato i ministri a proseguire attivamente le discussioni a livello politico. Ha preso atto dell'intenzione della Presidenza di condurre consultazioni con tutti i partecipanti nella prospettiva di finalizzare il progetto di trattato costituzionale sulla base del progetto elaborato dalla Convenzione e alla luce delle discussioni in seno alla CIG, in preparazione della prossima riunione della CIG a livello di Capi di Stato o di Governo.

II. Rilancio dell'economia europea

3. Dopo un periodo di incertezza stanno emergendo in Europa alcuni segni positivi. Un miglioramento del contesto economico internazionale, bassi livelli di infla-

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet http://europa.eu.int/european_council/websites/index_it.htm (n.d.r.).

zione, prezzi del petrolio stabilizzati, migliori condizioni nei mercati finanziari sono fattori chiave per una ripresa dell'attività economica, il cui rafforzamento è previsto nel corso del 2004. Poiché la situazione resta fragile è necessario un messaggio di fiducia nel potenziale economico dell'Unione europea. Mantenere politiche macroeconomiche sane, accelerare le riforme strutturali e promuovere l'investimento nell'infrastruttura e nel capitale umano sono priorità chiave. In questo contesto le politiche economiche dovrebbero continuare ad avere come obiettivo una crescita sostenibile e creatrice di posti di lavoro e il rafforzamento della coesione economica e sociale.

4. Questo Consiglio europeo si pone l'obiettivo di concentrare immediatamente l'attenzione sulla maniera di promuovere la crescita e di organizzare i lavori in vista dell'adozione di decisioni concrete nel Consiglio europeo del 12 e 13 dicembre. Esso cerca inoltre di evidenziare la necessità di proseguire l'azione su un ampio fronte per creare le condizioni di un contesto economico e sociale favorevole alla crescita sostenibile, nel contesto della strategia di Lisbona.

5. Accelerare la creazione delle reti europee dei trasporti, dell'energia e delle telecomunicazioni incrementando l'investimento in capitale umano sarà di importanza cruciale per la crescita, come pure per contribuire alla realizzazione di un'effettiva integrazione dell'Europa allargata, con significativi aumenti di produttività.

6. A tal fine il Consiglio europeo approva i principi dell'Iniziativa per la crescita proposta e la relazione interinale presentata dal Consiglio Ecofin e invita le parti interessate a procedere nell'iniziativa secondo le linee di seguito indicate. Questa iniziativa sarà coerente con il patto di stabilità e di crescita, con i massimali delle prospettive finanziarie attuali e con gli impegni derivanti dagli indirizzi di massima per le politiche economiche.

7. L'azione prioritaria all'interno dell'Iniziativa per la crescita avrà luogo nel contesto della realizzazione del programma di riforme strutturali stabilito a Lisbona, compresa una maggiore flessibilità per i prodotti, i capitali e il mercato del lavoro, e tenendo conto degli attuali sforzi volti a dare concretezza alle indicazioni fornite dai precedenti Consigli europei di primavera nei settori che contribuiranno a rafforzare il potenziale di crescita a più lungo termine dell'Unione. Il potenziamento della competitività svolgerà un ruolo cruciale al riguardo, tenendo presenti nel contempo le considerazioni ambientali e la dimensione sociale.

A. INIZIATIVA PER LA CRESCITA: INCREMENTARE GLI INVESTIMENTI IN PROGETTI CHIAVE

Collegare gli Stati membri: i progetti RTE

8. La realizzazione di infrastrutture di trasporto moderne e efficienti che assicurino un facile e migliore accesso per tutti gli Stati membri avrà un duplice effetto positivo: incrementerà direttamente la crescita e massimizzerà i vantaggi del mercato interno. Particolare attenzione sarà riservata alla nuova proposta sui progetti prioritari delle RTE dei trasporti, accompagnata da proposte volte ad accrescere il volume e

l'efficienza degli investimenti in questi progetti, e ad altre proposte attualmente all'esame del Consiglio «Trasporti, telecomunicazioni e energia». A tal fine si approfondirà ulteriormente la possibilità di un più elevato tasso di cofinanziamento comunitario, per esempio in casi specifici che prevedono l'attraversamento delle frontiere o di barriere naturali. In particolare, gli Stati membri sono invitati ad adoperarsi per eliminare rapidamente gli ostacoli tecnici, giuridici e amministrativi che si frappongono all'attuazione delle tratte transfrontaliere dei progetti RTE. L'azione relativa alle infrastrutture deve essere accompagnata da una moderna politica dei trasporti che attribuisca la debita importanza a considerazioni di sicurezza e sostenibilità.

Assicurare l'approvvigionamento energetico e le reti di telecomunicazioni

9. Il completamento di un mercato integrato dell'energia elettrica e del gas in un'Europa allargata migliorerà la sicurezza dell'approvvigionamento e la competitività, dando così un ulteriore impulso alla crescita. Ciò dovrebbe includere quantomeno il conseguimento del livello di interconnessione elettrica chiesto a Barcellona, al quale contribuiranno notevolmente i progetti prioritari nell'ambito delle reti transeuropee dell'energia. Lo sviluppo di infrastrutture energetiche garantirà altresì il pieno coinvolgimento dei nuovi vicini dell'UE e dei Paesi *partner* nel mercato europeo. Data la forte dipendenza dell'UE da importazioni di energia e l'importanza dei Paesi vicini, in particolare quelli delle regioni del Mediterraneo, della dimensione settentrionale e dell'Europa orientale come fornitori o Paesi di transito, occorre discutere modalità e strumenti per promuovere nuove reti di energia con tali Paesi, anche nella prospettiva della Conferenza ministeriale euromediterranea sull'energia che si terrà a Roma in dicembre.

10. Lo sviluppo delle reti di telecomunicazioni è parimenti di fondamentale importanza per incrementare la crescita in un'Europa allargata. La disponibilità e la promozione della banda larga diffusa unitamente a reti efficienti sono particolarmente necessarie in un'economia basata sulla conoscenza, nella quale la trasmissione delle informazioni svolge un ruolo vitale nell'accrescere la competitività.

Investire nel capitale umano: innovazione, ricerca e sviluppo e competenze

11. L'innovazione, la ricerca e sviluppo e le competenze sono decisivi per il potenziale di crescita dell'Europa. L'azione si concentrerà sulla mobilitazione degli investimenti e sulla creazione delle giuste condizioni normative in settori quali le infrastrutture di ricerca, i parchi scientifici, i progetti di innovazione industriale e di ricerca e sviluppo, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, il finanziamento delle strutture per l'istruzione e la formazione, attraverso maggiori investimenti nell'istruzione e una migliore integrazione con le politiche del lavoro e sociali. Vari strumenti europei dovrebbero svolgere il loro ruolo, in particolare le piattaforme tecnologiche europee, gli strumenti della BEI, i fondi strutturali e azioni preparatorie quali quella proposta in materia di ricerca nel settore della sicurezza. Si cercherà an-

che di affrontare il problema delle prime unità di produzione commerciale, in cui la singola impresa può non sfruttare appieno i vantaggi derivanti dalle spese sostenute in materia di ricerca, sviluppo e innovazione e, quindi, avere un livello di innovazione complessiva inferiore a quello ottimale. Va prestata particolare attenzione alle esigenze delle PMI innovative che operano alle frontiere della tecnologia e al trasferimento di tecnologie alle regioni periferiche.

Azioni successive: decisioni sul *follow-up*

12. Per compiere i rapidi progressi necessari per realizzare una valutazione finale dell'Iniziativa e adottare decisioni concrete nella riunione di dicembre, il Consiglio europeo, tenendo conto della relazione Ecofin:

- invita la Commissione, la BEI e le pertinenti formazioni del Consiglio a definire, fatte salve le priorità definite nella proposta della Commissione, un «programma ad avvio rapido» che individui un elenco di progetti in un'Unione allargata, basati su criteri trasparenti e corredati delle relative valutazioni della loro rilevanza per l'integrazione del mercato interno nell'Europa allargata, della redditività economica e finanziaria, dell'impatto sulla crescita e dell'effetto di stimolo esercitato sul capitale privato;

- invita la Commissione e la BEI a presentare, in tempo utile per un'accurata preparazione da parte del Comitato economico e finanziario della sessione del Consiglio Ecofin del 25 novembre, le relazioni finali sull'Iniziativa per la crescita; tali relazioni dovrebbero in particolare:

- studiare il modo migliore per accrescere la partecipazione del settore privato al finanziamento dei progetti, anche ricorrendo allo strumento di finanziamento strutturato della BEI;
- sviluppare strumenti volti ad attirare il capitale privato, in particolare attraverso la cartolarizzazione degli attivi esistenti, ed esaminare quali attivi potrebbero essere utilizzati a tali scopi;
- migliorare il coordinamento delle procedure tra il finanziamento della Bei, i Fondi strutturali, la linea di bilancio RTE e il sesto programma quadro;
- definire un quadro per una valutazione complessiva dell'iniziativa dopo 5 anni tutte le formazioni pertinenti del Consiglio contribuiranno a tale valutazione. La Commissione riferirà annualmente al Consiglio europeo nella relazione di primavera.

13. Il Consiglio è inoltre invitato a finalizzare proposte intese a eliminare gli ostacoli tecnici, giuridici e amministrativi che si frappongono alle RTE, con particolare riguardo alle tratte transfrontaliere, ai partenariati pubblico/privato (PPP), ai progetti di innovazione e di ricerca e sviluppo; la Commissione chiarirà inoltre i principi del SEC 95 sul trattamento contabile nazionale dei PPP, per assicurare una maggiore trasparenza compresa la registrazione delle garanzie statali nei conti nazionali e il trattamento dei meccanismi di cartolarizzazione.

14. Il Consiglio europeo invita gli Stati membri a completare l'iniziativa per la crescita con programmi nazionali di crescita. Il Consiglio coordinerà l'iniziativa per la crescita con tali iniziative in corso a livello nazionale ed europeo, in modo da garantire la complementarità e l'uso ottimale delle risorse, potenziando così l'impatto globale dell'iniziativa e riferirà al Consiglio europeo di primavera del 2004 sulle azioni intraprese a tale riguardo.

B. CREARE CONDIZIONI FAVOREVOLI ALLA CRESCITA E ALL'OCCUPAZIONE

Migliorare la competitività dell'economia europea

15. Una strategia integrata in materia di competitività europea implica un'azione orizzontale volta ad assicurare che venga perseguita una serie di politiche per contribuire coerentemente all'obiettivo di migliorare i fattori di competitività per le imprese e l'industria. Le politiche fondamentali a tale proposito riguardano il mercato interno, l'azione a sostegno dell'industria, della ricerca e della tecnologia, con l'alleggerimento degli oneri amministrativi e normativi a necessario supporto. Il Consiglio europeo sottolinea il ruolo centrale del Consiglio «Competitività» nell'assicurare che tale approccio integrato venga applicato sul campo, contribuendo così alla creazione di un contesto favorevole per le imprese, di un mercato interno efficiente e di maggiori attività di ricerca e innovazione. Il Consiglio europeo invita la Commissione a presentare nella riunione di dicembre una relazione contenente proposte intese a migliorare il quadro industriale al fine di evitare la deindustrializzazione.

Mercato interno (Omissis)

Politiche industriali (Omissis)

Ricerca e innovazione (Omissis)

Miglioramento della regolamentazione (Omissis)

20. Una regolamentazione più efficace sia a livello europeo che nazionale è della massima importanza. Le istituzioni devono assicurare la rapida attuazione delle disposizioni dell'accordo interistituzionale «Miglioramento della regolamentazione» per migliorare la qualità della normativa dell'UE, anche tramite valutazioni dell'impatto normativo. La semplificazione della normativa dell'UE e il miglioramento dell'efficienza e della trasparenza delle pubbliche amministrazioni rafforzeranno notevolmente la competitività economica, incoraggiando la fiducia delle imprese e migliorando gli standard del servizio pubblico.

Sviluppare la dimensione sociale

21. La priorità che rivestono in questo frangente le azioni per imprimere dinamismo alla crescita e sviluppare la competitività deve procedere di pari passo con poli-

tiche sociali efficaci, e in particolare la creazione di posti di lavoro, che restano parte integrante del modello socioeconomico europeo. In linea con la comunicazione della Commissione è necessario rendere più efficaci i processi di coordinamento esistenti sulle politiche adottate dagli Stati membri nel campo della protezione sociale, contribuendo in tal modo alla necessaria modernizzazione dei sistemi di protezione sociale. A tal riguardo il Consiglio dovrebbe esaminare la comunicazione della Commissione sul coordinamento aperto nel settore della protezione sociale ed elaborare conclusioni operative in tempo per il Consiglio europeo di primavera del 2004, nel rispetto del principio di sussidiarietà e della diversità dei sistemi nazionali.

(Omissis)

La dimensione ambientale

24. Ulteriori azioni per migliorare la sostenibilità e la protezione ambientale contribuiranno ad incrementare la crescita. Gli obiettivi ambientali faranno da catalizzatore per l'innovazione e la modernizzazione in settori chiave come l'energia e i trasporti e per promuovere nuovi investimenti in tecnologie pulite e più efficaci sul piano energetico e delle risorse. La messa a punto, entro il 2003, del piano d'azione della Commissione sulle tecnologie ambientali contribuirà alla loro promozione e divulgazione. Il Consiglio chiede inoltre una sollecita approvazione della proposta di direttiva sull'uso dei meccanismi flessibili del protocollo di Kyoto all'interno del sistema comunitario per lo scambio di emissioni di gas ad effetto serra che promuoverà la diffusione delle tecnologie pulite salvaguardando la competitività dell'industria europea.

III. Rafforzamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia

Gestione delle frontiere comuni dell'Unione

25. Il Consiglio europeo sottolinea che con l'imminente allargamento le frontiere dell'Unione si amplieranno e rammenta l'interesse comune di tutti gli Stati membri a instaurare una gestione più efficace delle frontiere, in particolare per migliorare la sicurezza dei cittadini.

(Omissis)

Controllo dei flussi migratori

30. Il Consiglio europeo conferma l'assoluta priorità politica attribuita alla questione dell'immigrazione e ribadisce il suo impegno per giungere a un approccio equilibrato tra, da un lato, l'urgente necessità di mettere fine all'immigrazione clandestina e lottare contro la tratta di esseri umani e, dall'altro, l'accoglienza e l'integrazione degli immigrati legali, conformemente ai principi e alle priorità stabiliti dai Consigli europei di Salonicco, Siviglia, Laeken e Tampere.

(Omissis)

Cooperazione giudiziaria e di polizia

34. Il Consiglio europeo esorta a proseguire gli sforzi volti a una più stretta cooperazione di polizia, giudiziaria e doganale e a rafforzare la cooperazione in materia di applicazione della legge, in particolare per quanto concerne la lotta concreta contro le gravi forme di criminalità e il terrorismo.

(Omissis)

IV. Varie

Agricoltura portoghese (Omissis)

Banca centrale europea (Omissis)

V. Relazioni esterne

OMC (Omissis)

Iniziativa «Europa ampliata-nuovi vicini» (Omissis)

Partenariato euromediterraneo (Omissis)

Dimensione settentrionale (Omissis)

Moldova (Omissis)

Relazioni con il mondo arabo (Omissis)

Medio oriente (Omissis)

Iraq (Omissis)

Iran (Omissis)

Premio Nobel per la pace (Omissis)

Kosovo (Omissis)

Bolivia (Omissis)

Guatemala (Omissis)

Regione dei Grandi Laghi (Omissis)

Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles, 12 dicembre 2003**

1. Il Consiglio europeo si è riunito a Bruxelles il 12 dicembre 2003. La riunione è stata preceduta da una relazione del Presidente del Parlamento europeo, Pat Cox, a cui ha fatto seguito uno scambio di opinioni sui punti principali all'ordine del giorno.

I. Crescita economica*Azione europea a favore della crescita*

2. In base alle relazioni presentate dal Consiglio Ecofin, dalla Commissione e dalla Bei, il Consiglio europeo approva l'azione europea a favore della crescita. Tale azione contempla investimenti materiali e immateriali in due grandi settori: le infrastrutture delle reti transeuropee (RTE), inclusi i trasporti, le telecomunicazioni e l'energia; l'innovazione e la R&S compresa la tecnologia ambientale. Essa costituisce un passo importante nell'attuazione dell'agenda di Lisbona dell'Unione per migliorare la competitività, l'occupazione e il potenziale di crescita dell'Unione allargata attraverso maggiori investimenti sia in capitale fisico che umano per integrare la riforma strutturale. Il Consiglio europeo accoglie con favore i lavori svolti dalla Commissione, dalla BEI e dalle pertinenti formazioni del Consiglio, relativi all'istituzione di un «programma ad avvio rapido» e all'individuazione secondo una rigida serie di criteri di un elenco provvisorio di progetti di azione immediata; tali progetti saranno presi in considerazione dalla BEI e dal FEI conformemente ai principi stabiliti nella relazione del Consiglio Ecofin. Se altri progetti rispondono agli stessi criteri l'elenco può essere integrato, secondo la procedura seguita per la sua compilazione, nel quadro delle relazioni annuali legate al Consiglio europeo di primavera.

(Omissis)

Collegare il mercato interno

Reti transeuropee dei trasporti (Omissis)

Telecomunicazioni (Omissis)

** Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo, sopra riportato, è reperibile sul sito internet http://europa.eu.int/european_council/websites/index_it.htm (n.d.r.).

Competitività

10. Il Consiglio europeo prende atto con interesse dei progressi nella definizione di un approccio orizzontale integrato alla competitività, tra l'altro mediante la coerenza, le sinergie e le complementarità tra le politiche ed invita il Consiglio a valutare ulteriormente la comunicazione della Commissione, individuando in particolare, in cooperazione con la Commissione, proposte che abbiano un impatto significativo sulla competitività o che comportino un onere eccessivo per taluni settori industriali. In tale contesto, occorrerebbe valutare ulteriori modalità di attuazione, efficienti in termini di costi, delle decisioni dell'UE nel settore del cambiamento climatico, nonché i costi potenziali dell'inattività. Consapevole dell'importanza del settore industriale nella competitività dell'economia europea e in vista degli obiettivi fissati dalla strategia di Lisbona, il Consiglio europeo resta in attesa di ricevere la relazione della Commissione relativa alla deindustrializzazione durante la prima metà del 2004.

11. Il Consiglio europeo accoglie con favore l'importante accordo su un orientamento generale in materia di offerte pubbliche di acquisto, che è una componente essenziale del piano d'azione per i servizi finanziari per quanto riguarda l'integrazione dei mercati finanziari europei entro il 2005. Il Consiglio europeo ricorda inoltre la necessità di approvare il brevetto comunitario in base all'approccio politico comune già raggiunto nel marzo 2003. Esso sottolinea la necessità di sviluppare le telecomunicazioni a banda larga e di recepire in modo totale ed efficace il nuovo quadro normativo per le comunicazioni elettroniche.

(*Omissis*)

Occupazione

13. Il Consiglio europeo esprime soddisfazione per la relazione «Incrementare l'occupazione in Europa» presentata dalla *task force* diretta dal signor Kok e per i risultati dei lavori svolti in materia dal Vertice sociale straordinario per la crescita e l'occupazione dell'11 dicembre.

14. La relazione della *task force* sottolinea la necessità di accelerare l'attuazione delle riforme necessarie in materia di occupazione. L'Europa deve colmare un ampio divario per raggiungere gli obiettivi occupazionali fissati a Lisbona. La crescita economica è insufficiente e la disoccupazione è troppo alta. Tutto ciò è estremamente urgente alla luce delle maggiori sfide a lungo termine che l'Europa deve affrontare, quali la globalizzazione, la trasformazione economica mondiale e le conseguenze dell'invecchiamento della società.

15. Il Consiglio europeo sottolinea che, conformemente al parere della *task force*, il miglioramento dei risultati dell'UE in materia di occupazione nel contesto della strategia per l'occupazione dipende da quattro requisiti essenziali:

- migliorare l'adattabilità dei lavoratori e delle imprese;
- attirare un maggior numero di persone verso il mercato del lavoro;
- investire in modo sempre più efficace nel capitale umano;
- garantire l'effettiva attuazione delle riforme mediante una migliore *governance*.

(*Omissis*)

II. Libertà, sicurezza e giustizia

Gestire le frontiere comuni dell'Unione (Omissis)

Controllo dei flussi migratori (Omissis)

Cooperazione giudiziaria e di polizia

24. Il Consiglio europeo esprime apprezzamento per gli ulteriori progressi fatti dal Consiglio nel settore della cooperazione tra forze di polizia, tenendo particolarmente conto della firma del protocollo di modifica della convenzione Europol. Su tale base, l'Europol assumerà un ruolo vieppiù importante nell'azione svolta dagli Stati membri nella lotta alla criminalità organizzata e al terrorismo.

(Omissis)

Dialogo interconfessionale (Omissis)

III. Allargamento

30. Il Consiglio europeo esprime apprezzamento per le conclusioni e le raccomandazioni della Commissione contenute nelle sue relazioni globali di controllo, nel suo documento di strategia e nelle relazioni periodiche presentate il 5 novembre 2003.

Nuovi Stati membri

31. L'Unione attende fervidamente di accogliere la Repubblica ceca, l'Estonia, Cipro, la Lettonia, la Lituania, l'Ungheria, Malta, la Polonia, la Slovenia e la Slovacchia come membri a pieno titolo dell'Unione il 1° maggio 2004. L'integrazione dei nuovi Stati membri nella famiglia europea esaudirà le aspirazioni dei cittadini europei in tutto il nostro continente.

(Omissis)

Bulgaria e Romania

34. Il Consiglio europeo sottolinea la continuità e l'irreversibilità del processo di allargamento in atto, del quale la Bulgaria e la Romania fanno parte integrante. Negli anni passati questi Paesi hanno portato avanti in misura significativa i rispettivi preparativi in vista dell'adesione, che si riflettono nel soddisfacente stato di avanzamento dei loro negoziati di adesione.

35. Obiettivo comune dell'Unione a 25 è accogliere nel gennaio del 2007 la Bulgaria e la Romania come Membri dell'Unione, se esse saranno pronte. I negoziati saranno conclusi sulla stessa base e secondo gli stessi principi applicati ai dieci Paesi aderenti. La Bulgaria e la Romania dovrebbero proseguire alacramente il loro preparativi e compiere ulteriori progressi sul campo, in modo che i negoziati di adesione possano giungere a positiva conclusione nel 2004 sulla base di meriti propri, e possa essere firmato il trattato di adesione al più presto nel 2005. Il Consiglio europeo sottolinea che l'Unione è determinata ad agevolare il rispetto di questa scadenza. A tal fine, è di importanza cruciale che ambedue i Paesi portino le rispettive capacità amministrative e giudiziarie al livello richiesto.

(Omissis)

Turchia

38. Il Consiglio europeo esprime apprezzamento per i notevoli e risoluti sforzi compiuti dal governo turco per accelerare il ritmo delle riforme, molte delle quali sono di importanza significativa sotto il profilo politico e giuridico. I pacchetti legislativi finora adottati, primi importanti passi compiuti per assicurare un'efficace attuazione, come pure i progressi compiuti nell'affrontare numerose priorità nel quadro dei criteri politici di Copenaghen e nel partenariato riveduto per l'adesione, hanno avvicinato la Turchia all'Unione. La Turchia ha altresì compiuto progressi significativi nel soddisfare i criteri economici di Copenaghen. Tuttavia, occorre un ulteriore costante impegno, specialmente riguardo al rafforzamento dell'indipendenza e del funzionamento del sistema giudiziario, al quadro generale dell'esercizio delle libertà fondamentali (libertà di associazione, di espressione e di culto religioso), all'ulteriore allineamento delle relazioni tra sfera civile e sfera militare con la prassi europea, alla situazione nel sud-est del Paese e ai diritti culturali. La Turchia deve inoltre superare gli squilibri macroeconomici e le carenze strutturali.

(Omissis)

IV. Cipro

41. In linea con le sue pertinenti conclusioni, il Consiglio europeo ribadisce la sua preferenza che il 1° maggio 2004 aderisca all'Unione una Cipro riunificata, in modo da consentire a tutti i ciprioti di godere di un avvenire di sicurezza e prosperità e dei benefici dell'adesione all'UE. Esso ritiene che vi siano buone prospettive per il raggiungimento di una soluzione equa, praticabile e funzionale entro il 1° maggio 2004, coerentemente con le relative risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU. Il Consiglio europeo rivolge pertanto nuovamente a tutte le parti interessate, in particolare alla Turchia e ai responsabili turco-ciprioti, un pressante invito a sostenere attivamente gli sforzi del Segretario Generale delle Nazioni Unite e, in questo contesto, esorta a riprendere immediatamente i colloqui sulla scorta delle sue proposte. L'Unione rammenta la sua disponibilità ad accettare una soluzione i cui termini siano conformi ai principi su cui si fonda l'UE. In questo contesto il Consiglio europeo accoglie con favore la disponibilità della Commissione ad offrire assistenza per una rapida soluzione nel quadro dell'*acquis*. L'Unione, quando sarà stata trovata una soluzione, è pronta a fornire assistenza finanziaria per lo sviluppo della parte settentrionale di Cipro e la Commissione sarebbe incaricata di predisporre tutti i provvedimenti necessari a ritirare la sospensione dell'*acquis*, conformemente al Protocollo dell'atto di adesione.

V. Relazioni esterne, PESC, PESD**A. RELAZIONI ESTERNE**

Balcani occidentali (Omissis)

Partenariato euromediterraneo (Omissis)

Iraq (Omissis)

Terrorismo (Omissis)

Processo di pace in Medio Oriente (Omissis)

Mondo arabo (Omissis)

Relazioni transatlantiche (Omissis)

Federazione russa (Omissis)

Ucraina (Omissis)

Cina (Omissis)

America Latina e Caraibi (Omissis)

Africa (Omissis)

Repubblica democratica popolare di Corea (Omissis)

«Green Diplomacy» (Omissis)

Tregua olimpica (Omissis)

B. PESC E PESD

Strategia per la sicurezza (Omissis)

PESD (Omissis)

Relazioni UE-ONU (Omissis)

VI. Altre decisioni

Programma strategico pluriennale (Omissis)

Residence Palace (Omissis)

ALLEGATO

Dichiarazione del Consiglio europeo sulle relazioni transatlantiche

(Omissis)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

LA SVEZIA E L'UNIONE MONETARIA: ANALISI DI UN RAPPORTO CONTROVERSO

Sommario: **1.** *Il "No" degli svedesi all'Euro* - **2.** *L'ambigua posizione tenuta durante i negoziati* - **3.** *La scelta di stare fuori* - **4.** *L'esclusione dal primo gruppo di Paesi* - **5.** *Una scelta pragmatica* - **6.** *La sconfitta del referendum.*

1. Il "No" degli svedesi all'Euro

Con 56,1% di voti contrari a fronte dei 41,8% favorevoli, la Svezia¹, sconvolta dall'omicidio del ministro degli esteri Anna Lindh², ha scelto di non sostituire la "vecchia" Corona con la moneta unica europea. Si è trattato di una sconfitta pesante per il Primo ministro Göran Persson e per la sua coalizione, da anni impegnati a favore dell'integrazione del Paese in Europa. Il progetto di bissare il successo del 1994, allorché il Governo di Ingvar Carlsson traghettò la Svezia all'interno della dimensione comunitaria, non ha così potuto realizzarsi.

¹ La legge n. 83 del 2002 aveva concesso il diritto di voto nel *referendum* anche ai residenti di nazionalità non svedese, qualora fossero cittadini dei Paesi nordici o comunitari ovvero risiedessero in Svezia da almeno tre anni.

² Anna Lindh era una delle più strenue sostenitrici dell'integrazione della Svezia in Europa. Il suo omicidio, avvenuto tre giorni prima del voto, suscitò una tale commozione che alcuni commentatori ritennero che avrebbe potuto influenzare l'opinione popolare in senso *pro* Euro. I sondaggi diffusi il giorno stesso del voto effettivamente davano un distacco assai ridotto tra i due schieramenti: secondo DN/TEMO i "No" rappresentavano il 46% ed i "Sì" il 40%, mentre per EXP/TV4 i "Sì" raggiungevano persino il 43% a fronte del 42% dei "No" (*Svenska Dagbladet*, 14 settembre 2003).

Non va però dimenticato che il partito socialdemocratico, da tempo al potere in Svezia, e lo stesso esecutivo si erano presentati divisi nelle dichiarazioni di voto, indebolendo oltremodo la campagna governativa. Persino un Ministro importante come quello dell'industria Leif Pagrotsky aveva messo in guardia i suoi connazionali, sostenendo che «se la Svezia farà a meno della *Riksbank* (la Banca centrale svedese) l'inflazione salirà. Ed inflazione alta significa meno lavoro e maggiore disoccupazione»³.

Eppure le resistenze all'introduzione dell'Euro sembravano essersi attenuate, tanto che al termine del 2002 i sondaggi davano in sostanziale vantaggio il fronte del "Sì"⁴. Era stata proprio questa manifestazione di crescente ottimismo, accanto ad una ritrovata convergenza politica, a porre fine agli inizi del 2003 alla politica di *wait and see* del Governo con la decisione di indire il *referendum*⁵. Tale cambio di rotta era valutato con grande interesse anche dalla vicina Danimarca⁶ e dalla Gran Bretagna, Paesi tuttora estranei all'area dell'Euro, che potevano risultare influenzati da un eventuale risultato positivo.

La mutevolezza delle opinioni manifestata dagli svedesi rispecchia, invece, la realtà di un Paese che vede una parte importante della propria popolazione non disposta a sacrificare la propria autonomia ed indipendenza in nome di un centralismo europeo mai completamente accettato. Simile *animus* è stato recentemente rinvigorito dalla crescente sfiducia nei confronti dell'amministrazione comunitaria, non in grado di assicurare quei risultati che gli svedesi, votando nel 1994 a favore dell'adesione all'Unione europea, si aspettavano⁷. Ancora le parole di Pagrotsky, benché pronunciate oltre un anno prima del voto, sono affatto significative: «la Banca centrale europea ha 17 membri in consiglio e viene considerata malfunzionante. Con 25 membri, come sembra che sarà in futuro, funzionerà anche peggio. Un rappresentante svedese nella BCE non avrà probabilmente alcun posto fisso»⁸.

³ *Svenska Dagbladet*, 19 agosto 2003.

⁴ Secondo la società di sondaggi RIFO all'inizio di ottobre 2002 i "Sì" erano pari al 44%, i "No" al 34%. Ancora incerti gli altri (<http://home.swipnet.se/~w-93281/eval.htm>).

⁵ Il 23 gennaio 2003, il Governo manifestò l'intenzione di sottoporre una proposta di legge al Parlamento «sulla indizione di un *referendum* popolare riguardante l'adesione all'Euro» (messaggio alla stampa del 23 gennaio 2003).

⁶ Il 28 settembre 2000 si era tenuto in Danimarca un *referendum* sull'Euro, ma esso aveva dato esito negativo per effetto del 53,1% di voti contrari (<http://europa.eu.int/scadplus/leg/it/lvb/l25061.htm>).

⁷ Il 13 novembre 1994 gli svedesi si erano espressi favorevolmente all'ingresso della Svezia nell'Unione europea con il 52,2% di "Sì" ed il "46,9" di "No".

⁸ *Dagens Industri*, 21 febbraio 2002.

2. L'ambigua posizione tenuta durante i negoziati

La questione relativa all'adozione dell'Euro si trascina in Svezia da diversi anni, rappresentando un fattore problematico già dai negoziati di adesione. Il Governo di Stoccolma era già allora scarsamente propenso ad accogliere un cambiamento rapido e profondo del proprio sistema economico e cercava, perciò, di concordare una posizione che gli permettesse di rimanere al di fuori dell'Unione monetaria. Venne portata avanti l'idea che la Svezia, una volta soddisfatti tutti i criteri stabiliti a Maastricht, avrebbe avuto il diritto - ma non il dovere - di partecipare all'UME a partire dal 1° gennaio 1999. L'obbligo sorto con il Trattato sull'Unione europea era, secondo il pensiero svedese, di partecipare alla moneta unica, non di aderirvi già dal suo inizio.

Una simile posizione non rappresentava comunque una novità in seno ai Paesi membri della Comunità. Sia la Gran Bretagna che la Danimarca, infatti, avevano optato per una posizione di neutralità rispetto all'Euro, formalmente riconosciuta nel Trattato di Maastricht⁹. La Svezia, tuttavia, mancò di ufficializzare il proprio dissenso in una previsione normativa, rimanendo esso definito da note informali scambiate tra le due delegazioni¹⁰.

La situazione svedese è desumibile da un protocollo dei negoziati sottoscritto dal rappresentante svedese Ulf Dinkenspiel il 9 ottobre 1993 che ben evidenzia le ambiguità svedesi: «la Svezia intende partecipare all'emergente Unione economica e monetaria. (...) ed è perciò disposta a contribuire all'elaborazione di questa come punto prioritario della sua adesione. Una posizione finale riguardo al passaggio dalla seconda alla terza fase sarà presa alla luce dei futuri eventi e secondo le previsioni del Trattato»¹¹.

Il protocollo stabiliva, quindi, che la Svezia dichiarava la sua intenzione di partecipare alla moneta unica. Tale obbligo era però lenito dalla necessità di ottenere il consenso interno nelle forme previste dal proprio ordinamento. Il Governo chiarì la sua posizione nella successiva Proposta n. 1994/95:19: «la questione relativa al passaggio dalla seconda alla terza fase dell'UME è

⁹ Nei protocolli finali, facenti parte integrante del Trattato, è menzionato che la Costituzione danese contiene norme per le quali è richiesto lo svolgimento di un *referendum* preliminare all'eventuale partecipazione del Paese alla terza fase dell'UME. Viene riconosciuto, inoltre, che la Gran Bretagna si è riservata il diritto di aderire solo a seguito di una decisione separata di Governo e Parlamento.

¹⁰ La mancata negoziazione di un'eccezione è in parte certamente giustificabile dal fatto che la Svezia è entrata nell'Unione europea quando il Trattato di Maastricht era già in vigore. Diversamente Danimarca e Regno Unito avevano ottenuto le rispettive deroghe durante gli accordi che portarono alla firma del Trattato sull'Unione europea.

¹¹ Il contenuto di tale protocollo è stato reso pubblico per merito del giornalista D. RYDÉN su *Sydsvenska Dagbladet* del 15 luglio 1995 e 20 luglio 1995 ed è stato ripreso da U. BERNITZ, *European law in Sweden*, Stockholms Universitet, Juridiska fakulteten: Jure, 2002, p. 56.

una questione interna. La decisione relativa a se la Svezia compierà questo passo sarà presa dal Parlamento»¹².

Il conferimento di un simile potere al *Riksdag* non è una novità nella storia dell'integrazione svedese nella Comunità europea. Il Parlamento è considerato come l'organo che deve sovrintendere al trasferimento di poteri verso Bruxelles in quanto custode e difensore della sovranità popolare espressa nel primo articolo della Costituzione¹³. Quando, a fronte dell'ingresso nell'UE, si era trattato di porre dei limiti alla riduzione di sovranità svedese, la Costituzione fu emendata nel senso che il Parlamento poteva autorizzare il trasferimento di competenze solo qualora avesse ritenuto i principi basilari della forma di governo ed i diritti e le libertà degli individui tutelati anche dalla nuova ripartizione dei poteri¹⁴.

La previsione di un potere di *opt-out* in capo al *Riksdag* – che non trova riscontri nel Trattato – è frutto anche di un equivoco che l'ambigua posizione negoziale dei rappresentanti svedesi ha certamente agevolato. Unione europea ed Unione monetaria sono recepite in modo dissimile, quasi che la seconda non sia un prodotto logico e legittimo della prima: addirittura, prima del *referendum* sull'adesione svedese all'Unione europea, la campagna a favore del "Sì" dava enfasi proprio al fatto che l'ingresso nella Comunità non comportava anche la partecipazione all'UME, lasciando intendere l'assenza di interazione tra i due momenti. Non deve perciò sorprendere se molti svedesi ritengono ancora oggi che non vi sia alcun obbligo di aderire all'UME e che questa sia considerata come qualcosa di rinunciabile.

3. La scelta di stare fuori

Meno di un anno dopo l'ingresso nell'Unione europea, il Governo si determinò ad approfondire la questione monetaria nominando una commissione speciale al fine di studiare le conseguenze di un eventuale ingresso svedese nell'Unione economica e monetaria. L'organo, formato da dottori in discipli-

¹² Prop. 1994/95:19, p. 444.

¹³ «Tutto il potere pubblico in Svezia proviene dal popolo. La democrazia svedese (...) deve essere realizzata mediante una forma di governo democratica e parlamentare» (art. 1, cap. 1, *Regeringsform*).

¹⁴ «All'interno dei confini della cooperazione nell'Unione europea, il Parlamento può trasferire diritti di decisione che non tocchino i principi della forma di governo (...). Il Parlamento può trasferire il potere di decisione alla Comunità europea fin tanto che questa provveda a tutelare i diritti e le libertà in modo corrispondente alla protezione fornita dal *Regeringsform* e dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (art. 5, cap. 10, *Regeringsform*).

ne economiche, fu presieduto dal prof. Lars Calmfors¹⁵ e prese il nome di «Commissione sull'UME» (*EMU-utredning*).

Il sostanzioso rapporto che ne derivò¹⁶ fornì in modo dettagliato gli aspetti economici e politici dell'argomento, ma ignorò quasi del tutto quelli giuridici. Un cenno a questi è rintracciabile solo nel paragrafo dedicato alla «libertà di commercio della Svezia» (*Sveriges handlingsfrihet*). Qui, dopo un rapido riferimento all'intenso dibattito presente sui giornali, venne riportata l'opinione critica del prof. Ulf Bernitz¹⁷ e riconosciuto che né il Trattato di adesione né un suo protocollo ufficiale facevano parola su una qualche deroga o concessione a favore della Svezia. La Commissione chiosò il paragrafo affermando in modo semplicistico che, «al di là di ogni relazione giuridica, nella pratica non è credibile che un Paese venga ad essere costretto a partecipare alla moneta unica contro il suo volere»¹⁸.

Il consuntivo del rapporto della Commissione fu, senza sorprese, sfavorevole alla partecipazione all'Euro, sancendo che «sia le ragioni di tipo politico sia quelle di tipo economico parlano più contro che a favore di una partecipazione svedese già dal 1999»¹⁹. Questo giudizio venne affiancato e rinforzato da quello della Commissione parlamentare sulla finanza che concordò di suggerire all'esecutivo una politica di attesa²⁰.

Il Governo, a cagione di ciò, sottopose una nuova proposta in cui espresse la ferma intenzione della Svezia di non partecipare alla terza fase dell'UME a partire dal suo inizio. Oltre ai motivi di carattere prettamente economico, fu sottolineato lo scarso *appeal* popolare di cui godeva l'argomento. In particolare si rimarcò che «una partecipazione all'unione monetaria necessita di un forte ancoraggio democratico (...). Non c'è un sufficiente appoggio popolare per partecipare alla moneta unica già dal 1° gennaio 1999. I sondaggi e molti altri indicatori ne offrono una chiara immagine».

Per quanto riguarda i motivi concreti che contribuivano alla suddetta ostilità popolare, è interessante notare come, a parere dell'esecutivo, essi non fossero direttamente legati a questioni concernenti l'Unione monetaria, essendo maggiormente riconducibili ad un dato emozionale. Si dice infatti nella

¹⁵ Lars Calmfors è professore di economia internazionale all'Università di Stoccolma ed è uno dei più prestigiosi economisti svedesi.

¹⁶ SOU 1996:158, *Sverige och EMU*.

¹⁷ Ulf Bernitz è professore di diritto comunitario alla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Stoccolma e fu uno dei primi a criticare la posizione attendista della Svezia.

¹⁸ SOU 1996:158, p. 26.

¹⁹ Quattro furono le principali argomentazioni utilizzate contro l'immediata partecipazione all'UME: il rischio dell'ingresso in un periodo d'alta disoccupazione; il pericolo di un impoverimento delle finanze pubbliche; la necessità di un vasto dibattito precedente la decisione finale; la probabilità che – oltre alle scettiche Gran Bretagna e Danimarca – anche Italia, Portogallo e Spagna non partecipassero all'UME dal suo inizio (SOU 1996:158, p. 434).

²⁰ 1997/98:FiU9.

proposta: «una parte di quelli che votarono "Sì" all'Unione europea contavano presumibilmente che la partecipazione potesse influire sulla realtà quotidiana in modo più rapido e positivo. Può avere influenzato la posizione della gente nei confronti dell'Unione monetaria anche la necessaria revisione del *budget* statale, benché una decisione del genere sia stata presa indipendentemente dall'UME»²¹.

4. L'esclusione dal primo gruppo di Paesi

Quando si trattò di dichiarare quali Paesi membri possedessero i requisiti per adottare l'Euro, la Svezia venne allora considerata, al pari di Danimarca e Gran Bretagna, uno Stato in possesso di una deroga speciale. Tuttavia la decisione fu assai diversa da quella che riguardò gli altri due Paesi. Al momento di formulare la propria raccomandazione, così come previsto dall'art. 121.2 del Trattato, la Commissione europea si limitò a ricordare che solo «Regno Unito e Danimarca esercitano la propria facoltà di avvalersi di una deroga» e che, di conseguenza, «non occorre valutare se questi Stati soddisfino le altre condizioni»²².

Conseguentemente, quando tra il 2 ed il 3 maggio 1998 il Consiglio europeo selezionò gli Stati idonei a proseguire verso la terza ed ultima fase dell'UME²³, l'esclusione della Svezia si fondò su una diversa motivazione. Mentre fu completamente ignorato l'argomento svedese della competenza del Parlamento a decidere sull'adesione, fu posto l'accento, invece, sul fatto che la Svezia non aveva rispettato due dei criteri di convergenza. Fu comunicato che il Paese scandinavo non aveva, infatti, aderito al Sistema monetario europeo nei due anni previsti e che la legislazione riguardante la Banca centrale svedese era ritenuta incompatibile con il Trattato e con lo Statuto del Sistema europeo delle banche centrali²⁴. A margine di tutto ciò fu considerato che la corona aveva subito forti oscillazioni nei confronti delle altre valute²⁵.

²¹ Prop. 1997/98:25, *om Sverige och den ekonomiska och monetära unionen*, p. 66.

²² Raccomandazione della Commissione per una raccomandazione del Consiglio a norma dell'art. 109 J, par. 2 (<http://europa.eu.int/html/dossiers/00181/00181-it.pdf>).

²³ Cfr. Decisione del Consiglio del 3 maggio 1998 a norma dell'art. 109 J, par. 4, in *Guce* n. L. 139 del 11 maggio 1998, p. 30 ss.

²⁴ La Commissione sostenne che la legislazione nazionale sulla Banca centrale svedese non era compatibile con gli artt. 108 e 109 del Trattato e con lo Statuto della SEBC in quanto non garantiva la sua indipendenza dal controllo politico (Relazione della Commissione 25 marzo 1998, COM(98) 1999 def. - non pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*).

²⁵ La Svezia aveva rispettato, invece, gli altri criteri di convergenza, ossia quelli sull'inflazione, sui tassi di interesse e sui requisiti fiscali. L'inflazione media nell'UE era del 2,7%, mentre in Svezia era pari al 1,2%. Il riferimento europeo per gli interessi a lunga scadenza era del 7,8%, mentre in Svezia si attestava sul 6,5%. Inoltre il debito pubblico svedese rappresentava solo il 76,6% del

Senza tanti rimpianti da parte sua, la Svezia venne, al pari della Grecia²⁶, lasciata fuori dall'UME. Il Paese acquisì lo *status* di «Stato membro con deroga»²⁷ ed i suoi conti economici vennero mantenuti sotto osservazione dalla Commissione e dalla Banca centrale europea²⁸.

Nonostante le innegabili lacune svedesi, è opportuno notare che pure altri Stati membri, che invece furono ammessi alla terza fase, non si dimostrarono perfettamente rispettosi dei parametri previsti dal Trattato. Può essere menzionato che sia l'Italia che la Finlandia iniziarono a partecipare al Sistema monetario internazionale solo durante il periodo prospettato, e che la stessa Italia ed il Belgio erano gravate da un debito pubblico che andava oltre il 120% del prodotto interno lordo²⁹. Per essi, che intendevano partecipare al progetto dell'UME, la Commissione chiuse un occhio.

5. Una scelta pragmatica

A parere di molti, la decisione che escluse in questo modo la Svezia permise alla Commissione europea di evitare imbarazzi sul comportamento del Paese scandinavo sull'UME, in particolare sulla possibilità che questo concretasse una violazione del Trattato³⁰. L'avvio di un procedimento d'infrazione avrebbe inevitabilmente comportato un confronto diretto tra le istituzioni comunitarie ed il Parlamento di Stoccolma e rischiato di porre a repentaglio la stessa legittimità della partecipazione svedese alla Comunità. Meglio, perciò, fare passare per un inadempimento ciò che rappresentava, invece, una vera e propria resistenza all'integrazione.

In realtà l'ipotesi di un'infrazione sembra essere, in questi casi, più latente che reale da un punto di vista giuridico. Secondo l'art. 10, la Svezia, come

prodotto lordo nazionale. Sul punto v. M. SIDEK, *Swedish accession to Euroland*, in *Europarättslig Tidskrift*, 2002, p. 194.

²⁶ La Grecia rimase fuori dal primo gruppo in quanto non era riuscita a rispettare alcuno dei criteri di convergenza.

²⁷ V. art. 122.1 del Trattato. Tale espressione è usata impropriamente a significare lo *status* del Paese membro non in regola con i parametri necessari per partecipare all'UME, non certo di quello che gode una specifica eccezione come Regno Unito e Danimarca.

²⁸ Cfr. art. 122.2 del Trattato.

²⁹ Cfr. Decisioni del Consiglio nn. 98/307/CE-98/315/CE, che abrogano le decisioni relative all'esistenza di un disavanzo eccessivo rispettivamente in Belgio, Germania, Austria, Francia, Italia, Spagna, Portogallo, Svezia e nel Regno Unito, in *Guce* n. L 139 dell'11 maggio 1998.

³⁰ In particolare: P. CRAMÉR, *Sverige och ministerrådets beslut rörande EMU*, in *Europarättslig Tidskrift*, 1999, p. 78 ss. e U. BERNITZ, *Sverige och Europarätten*, in *Europarättslig Tidskrift*, 2001, p. 499 ss. e ID., *European law in Sweden*, cit. *supra*, nota 11. P. CRAMÉR ha ironicamente definito la decisione della Commissione come un esempio di pragmatismo giuridico-politico, nel senso che una tale scelta, formalmente ineccepibile, ha in realtà inteso celare la decisione svedese di non partecipare alla moneta unica.

ogni Stato membro, ha "solo" un obbligo di lealtà nei confronti del Trattato e, perciò, delle previsioni sull'UME. Queste ultime prevedono sanzioni soltanto a partire dall'avvio della terza fase, mentre nel periodo precedente l'unico deterrente è rappresentato dalla possibilità di dare pubblicità a determinate misure assunte dall'Unione nei confronti di uno Stato³¹. Nessuna norma prevede, invece, il caso e le conseguenze di eventuali dissensi manifestati dagli Stati membri.

Venendo ai parametri non soddisfatti dalla Svezia occorre fare una distinzione. La mancata connessione della corona ai meccanismi di scambio del Sistema monetario europeo fu certamente una scelta consapevole dell'amministrazione svedese, che ritiene tuttora questo l'ultimo dei passi da fare in vista di un'eventuale adozione della moneta unica.

Per quanto concerne la legislazione sulla Banca nazionale, il problema riguardava soprattutto i tempi. Il Governo aveva predisposto un progetto di legge diretto all'indipendenza della Banca nazionale, così come previsto dall'art. 116.5 del Trattato, ma questo venne presentato solo il 4 marzo 1998. Ciò non permise al Parlamento di approvare la normativa prima dell'entrata in funzione della BCE, prevista per il primo giugno dello stesso anno³².

La riforma sull'indipendenza della *Riksbank* dal Parlamento, pur rimasta di poca utilità ai fini dell'ingresso nell'UME, ha rappresentato comunque una profonda innovazione per la Svezia. Essa ha cambiato un ordine che resisteva dal 1668, quando fu deciso che la Banca centrale doveva essere soggetta al potere politico del Parlamento. Le critiche verso questo cambiamento storico, che sembrava andare contro il principio democratico secondo cui «colui che è depositario del potere deve poterne rispondere», sono state sopite solo grazie al progressivo miglioramento della situazione economica svedese che, d'altra parte, è stato anche uno dei motivi dell'insuccesso dell'Euro in Svezia³³.

³¹ Gli artt. 99.4 e 104.7 prevedono, infatti, un procedimento al termine del quale il Consiglio, su proposta della Commissione, può rendere pubbliche le proprie raccomandazioni al Paese che non sia coerente con gli indirizzi economici decisi dal Consiglio ovvero abbia un eccessivo disavanzo pubblico. Sul punto v. L. DANIELE., *Unione economica e monetaria, obblighi degli Stati membri e poteri sanzionatori delle istituzioni*, in *Dir. Un. Eur.*, n. 4/96, p. 931 ss.

³² Bisogna tenere conto che per l'emanazione di una legge costituzionale, quale quella sulla Banca centrale svedese, occorrono due approvazioni parlamentari inframmezzate da nuove elezioni politiche (cfr. art. 15, cap. 8, *Regeringsform*). Per un quadro sulle riforme costituzionali svedesi a seguito dell'ingresso nell'UE v. L. PEGORARO, *I problemi dell'integrazione della Svezia nell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, n. 4/03, p. 797 ss.

³³ T. SVERENIUS, *Krona eller Euro*, Rimbo, Fisher & Co., p. 13. Anche in questa sottomissione all'organo parlamentare si può leggere una manifestazione dell'ineffabile e storico principio di democraticità e rappresentatività dell'ordinamento svedese. L'esempio più clamoroso, in questo settore, è certamente rappresentato dal fatto che solo dal 1979 ai giudici sono stati conferiti poteri per operare un controllo di legittimità sulle leggi statali e, perciò, compiere un controllo sull'attività del Parlamento.

6. Il naufragio del referendum

Con le modifiche costituzionali riguardanti la sua Banca centrale, la Svezia era dunque in regola anche con il requisito previsto dall'art. 116.5. La legge di riforma, approvata il 26 novembre 1998, entrò in vigore dal primo gennaio dell'anno successivo. In base ad essa il Governo ha assunto il controllo delle questioni generali sui cambi valutari ed è stato previsto che «nessuna autorità può stabilire come la Banca centrale debba decidere nelle questioni di politica monetaria»³⁴.

Rimaneva da soddisfare l'obbligo previsto dall'art. 121.1 del Trattato sull'associazione al Sistema monetario europeo. Una volta compiuta anche questa operazione, nulla ostava all'inizio della procedura di purgazione della "deroga" svedese (v. art. 122.2).

La decisione in tale settore era affidata al Governo. Questo, ed è storia recente, si era riservato di procedere successivamente ai risultati di una specifica consultazione referendaria, così come era avvenuto per l'adesione alla Comunità europea³⁵. Solo allora l'obbligo di partecipazione al Sistema monetario europeo sarebbe stato rispettato, con tempi comunque assorbiti dalla scelta di posticipare al 2006 l'eventuale ingresso dell'Euro. Il Ministro dell'economia internazionale Gunnar Lund aveva affermato, infatti, che la moneta unica sarebbe circolata solo tre anni dopo per ragioni di sicurezza, effettività e risparmio. In particolare ci si augurava che, così facendo, si sarebbe evitato l'aumento da "arrotondamento" dei prezzi che aveva coinvolto alcuni degli Stati membri già in possesso della moneta unica³⁶.

Inutile dire che il risultato negativo del 14 settembre ha impedito il proseguimento di ogni attività in tal senso, vanificando gli sforzi compiuti dalla coalizione guidata da Persson. Il Ministro delle finanze Bosse Ringholm ha riassunto la posizione dell'esecutivo riconoscendo che il popolo svedese ha mandato un chiaro segnale sulla questione dell'UME e che ciò porta ad affermare che «non è tempo per la Svezia di entrare nell'Unione monetaria. Tuttavia la Svezia continuerà ad essere un membro attivo della Comunità»³⁷.

La prospettiva della partecipazione all'Euro sembra quindi essere divenuta remota, giacché la netta vittoria dei "No" rende difficile la proposizione

³⁴ Artt. 12 e 13, cap. 9, *Regeringsform*. In precedenza la *Riksbank* era responsabile anche per la politica relativa ai cambi con le altre valute, il che rappresentava qualcosa di insolito da un punto di vista comunitario. Negli altri Stati membri, infatti, era di norma il Governo ad esserlo (cfr. Prop. 1997/98:40, p. 43).

³⁵ La decisione di indire un referendum sulla moneta unica era già stata presa nel 1997 dalla Commissione sulle finanze allorché fu deciso di non entrare nella terza fase dell'UME dal 1999 (cfr. Messaggio alla stampa, 25 novembre 1997).

³⁶ Messaggio alla stampa del 28 gennaio 2003.

³⁷ Messaggio alla stampa del 14 settembre 2003.

di una nuova consultazione popolare in tempi brevi³⁸. Ad uscirne sconfitto è soprattutto il Primo ministro Persson, che aveva scommesso gran parte della sua credibilità sulla questione della moneta unica. Il *premier* svedese ha commentato che «il risultato del voto mostra che c'è un grande scetticismo su tutto il progetto dell'Unione monetaria» ed ha fornito come spiegazione il fatto che «diversi Paesi partecipanti all'UME devono lottare contro una difficile situazione economica, mentre l'economia svedese si dimostra in salute».

«In questa situazione, convincere la Svezia a cambiare moneta è un compito per niente facile», ha concluso sconsolato³⁹.

Lorenzo Pegoraro*

³⁸ Al contrario il *premier* danese Rasmussen ha informalmente assicurato l'indizione di una nuova consultazione popolare sull'Euro nel 2004 o 2005, nonostante la precedente sconfitta nel referendum del settembre 2000 (*The Economist*, 14-20 giugno 2003).

³⁹ *Svenska Dagbladet*, 16 settembre 2003.

* Dottore in giurisprudenza. Borsista, nell'anno accademico 2002-2003, presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università di Göteborg.

RECENSIONI

Bruno Nascimbene (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo - Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 315, € 24,00

Il volume raccoglie le relazioni, gli interventi e le comunicazioni, opportunamente integrati ed aggiornati, presentati in un ciclo di seminari su «Il processo avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo» e in un convegno su «La tutela dei diritti fondamentali in Europa. A cinquant'anni dalla firma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» svoltisi a Milano.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo - ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848 - è stata aperta alla firma il 4 novembre 1950 ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953. Da allora ha avuto un'importanza crescente nell'orientare gli atti normativi e l'esercizio dei poteri degli Stati: ciò è avvenuto in primo luogo grazie alla giurisprudenza evolutiva e interpretativa della Corte, che ha riempito di contenuto le disposizioni della Convenzione, contribuendo a configurare giuridicamente e a far percepire nella concretezza dei rapporti tra cittadini ed istituzioni i diritti individuali tutelati.

L'opera è strutturata in quattro parti. La prima parte (Profili Generali) si apre con il contributo di A. Bultrini, *Il meccanismo di protezione dei diritti fondamentali istituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cenni introduttivi*, che offre una panoramica su alcuni degli aspetti essenziali del funzionamento del sistema istituito dalla Convenzione; segue l'articolo di S. Granata, *Le garanzie in materia penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. I casi italiani*, che esamina alcune delle decisioni e delle sentenze più significative adottate dalla Commissione e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di processo penale e sistema penitenziario italiano con particolare riguardo alle condizioni di detenzione dei detenuti sottoposti al regime carcerario speciale previsto dall'art. 41 bis della legge n. 354 del 26 luglio 1975. L'Autrice si sofferma sulle garanzie dell'equo processo (art. 6 della Convenzione), sul divieto della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (art. 3 della Convenzione) e sul diritto al rispetto della corrispondenza (art. 8 della Convenzione).

Nella seconda parte (La Convenzione e gli effetti nell'ordinamento nazionale), nei contributi di B. Conforti, *L'applicabilità diretta e sistematica della Convenzione e la tutela del singolo*; G. A. Conte, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, G. Raimondi, *La Convenzione europea e la giurisprudenza italiana*, trova specifica trattazione il tema della diretta applicabilità da parte del giudice interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo posto che «non ci si può trincerare dietro la convinzione ormai superata che le disposizioni delle convenzioni si rivolgono agli Stati e non agli individui» (p. 85); è altresì oggetto di accurata analisi la problematica dell'esecuzione e degli effetti delle sentenze della Corte europea. Come è noto, quando la Corte europea dei diritti dell'uomo conclude per l'esistenza di una violazione della Convenzione accorda alla vittima, se il diritto interno dello Stato convenuto consente solo parzialmente di rimuovere le conseguenze della violazione, una compensazione pecuniaria (art. 41 della Convenzione) che, generalmente, ricomprende le spese processuali esposte e, se del caso, un indennizzo per i danni materiali e/o morali. Le sentenze che constatano una violazione della Convenzione hanno condotto lo Stato convenuto - e, talvolta, anche gli altri Stati - ad adottare misure di ordine generale per conformarsi o i tribunali interni ad adattare la loro giurisprudenza. In qualche caso, la semplice adizione ha comportato o accelerato mutamenti di ordine legislativo, regolamentare o giurisprudenziale. F. Abruzzo, *Libertà di stampa, tutela dell'informazione e dei giornalisti alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, analizza il tema del diritto di cronaca, del diritto di critica e del diritto all'informazione con particolare attenzione ai principi consacrati dalla giurisprudenza della Corte europea «fonte di parametri interpretativi che oltrepassano spesso i limiti del caso concreto e assurgono a criteri di valutazione del rispetto, in seno ai vari sistemi giuridici, degli obblighi derivanti dalla Convenzione» (p. 119); B. Nascimbene, *La Convenzione, la condizione dello straniero e la giurisprudenza*, compie una puntuale e attenta disamina dei limiti al «diritto sovrano dello Stato di ammettere, respingere, espellere, estradare lo straniero» (p. 154). L'Autore afferma che «A parte l'esistenza di possibili limiti derivanti sia dal diritto consuetudinario in materia di trattamento degli stranieri, sia dal diritto umanitario, è nei trattati, in particolare in quelli, come la Convenzione europea, che riconoscono e offrono garanzie giurisdizionali alla protezione dei diritti della persona, che si riscontrano correttivi o limiti a quel diritto sovrano» (*ibid.*).

Ad ulteriore conferma della stretta interdipendenza tra diritto nazionale e diritto europeo in materia di tutela sostanziale e processuale dei diritti della persona, la terza parte (Altri strumenti per la protezione dei diritti dell'uomo) contiene (R. Brillat, *La Protezione dei diritti dell'uomo e la Carta sociale europea. Da Roma '90 a Roma 2000. Dieci anni di cambiamenti per la Carta*, I. Viarengo, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*) un'analisi

degli atti che «confermano i comuni vincoli e le tendenze in atto nella comunità internazionale e in quella più ristretta, europea» (p. XII e XIII). L'opera si conclude con una parte quarta nella quale è contenuta un'appendice di documentazione «utile a migliorare la conoscenza e "l'accesso" agli atti e strumenti maggiormente rilevanti» (p. XIII).

Giovanna Lisotta

Pasquale De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 271, € 22,00

L'Autore, nel volume oggetto di recensione, si prefigge lo scopo di ricostruire il significato della nozione di giurisdizione degli Stati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel Patto sui diritti civili e politici. È infatti opinione dell'A. che «sia la giurisprudenza adottata dagli organi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sia la giurisprudenza adottata dal Comitato dei diritti dell'uomo abbiano finito per dar corpo ad una nozione di giurisdizione sostanzialmente *autonoma*, non solo - com'è ovvio - rispetto alla nozione di sovranità territoriale degli Stati dal punto di vista del diritto internazionale, ma anche con riguardo alle categorie tradizionalmente utilizzate per configurare le altre forme del potere statale internazionalmente rilevante» e che «tale nozione risulta strettamente collegata alla funzione di tutela dei diritti individuali, caratterizzante sia la Convenzione, sia il Patto sui diritti civili e politici». L'indagine si articola in tre capitoli. Nel primo capitolo, tenuto conto dei problemi che emergono dal disposto dell'art. 1 della Convenzione europea e dall'art. 2, par. 1, del Patto sui diritti civili e politici, l'A., dopo aver esaminato i lavori preparatori concernenti le due succitate disposizioni, si sofferma sulla giurisprudenza relativa al fenomeno dell'ampliamento della giurisdizione degli Stati contraenti, adottata dagli organi istituiti dai due strumenti. Nel secondo capitolo, alla luce dell'individuazione dei caratteri di fondo degli orientamenti seguiti dai summenzionati organi, viene analizzata e valutata criticamente l'idoneità delle tesi elaborate in dottrina relativamente all'evoluzione della loro giurisprudenza. L'A. conclude per la loro insufficienza in quanto sostanzialmente inadeguate ad offrire una chiave di lettura unitaria e approfondita della nozione di giurisdizione risultante dalla citata giurisprudenza. Nel terzo e ultimo capitolo viene definito il significato della nozione di giurisdizione cui fanno riferimento l'art. 1 della Convenzione europea e l'art. 2, par. 1, del Patto sui diritti civili e politici e viene posto «in luce che tale fenomeno e la stessa nozione di giurisdizione da esso desumibile si

spiegano proprio con riferimento alla nozione di potere statale emergente dalla suddetta giurisprudenza; e cioè, con riferimento al *potere degli Stati di incidere sul godimento dei diritti sanciti dal Patto e dalla Convenzione*». Il volume è corredato da un esaustivo indice della giurisprudenza e da un altrettanto puntuale indice bibliografico.

Giovanna Lisotta

Michael Kloepper, *Informationsrecht*, Monaco, Verlag C. H. Beck, 2002, pp. XLVII-733, € 72,00

L'opera qui recensita risulta dalla collaborazione tra un noto costituzionalista dell'Università von Humboldt di Berlino e l'Avvocato Neun della stessa città e si presenta come particolarmente ampia e complessa anche per l'estrema attualità del tema trattato. Da tempo, infatti, la libertà di informazione e della comunicazione hanno cessato di essere un puro e semplice capitolo dei diritti fondamentali della persona in quanto divenute settore determinante del diritto pubblico e privato nella prospettiva dell'ordinamento europeo ed internazionale. È la stessa riformata Costituzione italiana (art. 117) ad avere inserito «l'ordinamento della comunicazione» tra le materie di rilevanza costituzionale per cui un'opera del genere acquista un interesse anche maggiore dal punto di vista comparatistico e comunitario.

L'impianto dell'opera si articola in quindici capitoli di cui il primo gruppo dedicato ai fondamenti della disciplina, al diritto europeo ed internazionale (pp. 42-64) ed al diritto costituzionale della informazione con particolare riferimento alle sue "idee guida" e ai suoi principi strutturali (pp. 1-171). Un secondo gruppo di capitoli risulta, viceversa, dedicato alla articolazione interna della disciplina in oggetto nella sua duplice divisione del diritto civile e penale e della responsabilità da illecito (pp. 171-281). La terza e più ampia parte dei capitoli facenti parte dell'opera viene dedicata ai settori speciali della disciplina con riguardo alla protezione dei dati di carattere personale e del segreto degli stessi, nonché al diritto di accesso all'informazione (pp. 249-447). I capitoli finali sono dedicati *ratione materiae* ai sub-settori classici della disciplina, quali il diritto delle telecomunicazioni, il diritto postale, il diritto dei servizi comuni all'informazione e alla comunicazione elettronica (ad es. commercio elettronico) ed infine al diritto televisivo e dei *media* a mezzo stampa (pp. 400-703).

Dal punto di vista dello studioso di teoria generale, bisogna segnalare l'impostazione quadripartita di ciascun capitolo sempre dedicato alle fonti di diritto interno statale tedesco di livello centrale (*Bund*) e regionale (*Landër*), nonché ai profili di diritto comunitario, europeo ed internazionale. Sempre in

tale ottica, si segnala l'estrema importanza della parte generale dedicata all'esame dei fondamenti della disciplina. Di estremo rilievo è l'analisi dedicata al parallelismo tra la «società dell'informazione», nel senso comune e corrente dell'espressione, rispetto a quello correlato di ordinamento dell'informazione, nel senso costituzionale ed euro-internazionale, quest'ultimo ispirato ai principi della liberalizzazione dei servizi risultanti dagli sviluppi tecnologici e di mercato. Ad avviso dell'A., novità del genere comunque non determinano l'esigenza di individuare un sub-ordinamento legislativo sottoposto alle spinte di maggioranze politico-parlamentari mutevoli. Tanto meno, i fattori di mutamento determinano la necessità di collocare la disciplina in questa o in quella parte speciale, quale ad esempio il diritto economico, dal momento di un comune interesse di tutti i settori potenzialmente attinenti all'informazione-comunicazione in tutti i suoi aspetti.

Sulla base di tali osservazioni generali, il volume analizza tutte le dimensioni del fenomeno in quanto esso è utile ai fini generali di una società diretta a garantire a tutti la conoscenza, intesa come obiettivo comune di un'epoca globalizzata. Risultano, pertanto, trattate in modo specifico tutte le dimensioni della «informazione-comunicazione costituzionale» riferita sia alla vita privata individuale nei suoi aspetti civili ed economici aziendali, sia alla vita statale nei suoi aspetti riguardanti la formazione dell'opinione pubblica in una comunità democratica, sia, infine, la comunicazione politica tra i vari attori della vita istituzionale. Particolare interesse è dedicato, inoltre, all'informatica giuridica nei settori dell'informazione legislativa, giurisdizionale e dell'*E-Government*.

Il catalogo dei principi generali della disciplina desunto dall'ordinamento costituzionale tedesco appare particolarmente significativo per il lettore italiano, sia sul versante della tutela della garanzia dei diritti di libertà in favore della sfera privata e di un libero «flusso di informazioni» tra loro contrapposte, sia infine nell'ottica di un comune interesse di tutte le società democratiche al funzionamento di sistemi di comunicazione di massa. A tal proposito, il capitolo centrale del lavoro (Cap. IV, pp. 118-171) individua una lista di principi materiali grosso modo corrispondenti nei vari sistemi costituzionali-nazionali, destinati a vivere in rapporto di reciproca armonizzazione tra le varie opzioni e i differenti modelli giuridici possibili per ciascun legislatore o interprete. Citiamo, tra questi, il diritto del libero accesso al mercato di formazione dell'opinione pubblica, la cooperazione fra autonormazione privata e legislazione pubblica, il rispetto dei diritti fondamentali delle persone e l'obbligo generale della comunità statale ed internazionale a vigilare sull'armonizzazione delle condizioni minime e degli *standard* comunicativi della società contemporanea (v. p. 157 ss. sulla c.d. nuova concezione comunitaria ed europea).

Valutata complessivamente quest'opera rappresenta un contributo fon-

damentale della nuova dottrina costituzionalistica tedesca alla determinazione delle basi teoriche e dottrinarie di un settore giuridico caratterizzante i criteri di comportamento degli operatori privati e pubblici di una società contemporanea e fortemente caratterizzata da enormi potenzialità di sviluppo in tutti i settori dell'ordinamento.

Mario Panebianco

Alberto Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2002, pp. 149, € 13,00

Sovente le Corti costituzionali nel motivare le proprie decisioni in casi controversi adoperano la metafora del bilanciamento tra pretese giuridiche confliggenti. In Italia, l'interesse per la tematica del bilanciamento è cresciuto contemporaneamente al suo impiego da parte della Corte costituzionale. La dottrina italiana, nel cercare riferimenti comparatistici, ha rivolto l'attenzione all'esperienza giuridica tedesca e all'esperienza giuridica statunitense. L'Autore, nel volume che qui si recensisce, mette in evidenza la ricchezza giurisprudenziale della prima e sottolinea gli aspetti teorici e dogmatici della seconda.

Obiettivo dell'opera non è quello di proporre «una definizione del bilanciamento», ma di rilevare «le incongruità cui può dar luogo la logica strumentale non orientata da una teoria dei valori costituzionali».

Giovanna Lisotta

Libri ricevuti nell'anno 2003

(con riserva di recensione)

- AA. VV.** (a cura di Belli F. - Santoro V.), *La Banca Centrale Europea - Gli aspetti istituzionali della Banca centrale della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2003
- AA. VV.** (Abrami A. - Adornato F. - Agostini C. - Albisinni F. - Angiolini V. - Baldi Lazzari S. - Bernardi A. - Bianchi D. - Bivona G. - Borghi P. - Bucciante A. - Canfora I. - Casadei E. - Carmignani S. - Casarotto A. G. - Cocozza F. - Costato L. - Cristiani E. - D'Addezio M. R. - D'aloia C. - Di Lauro A. - Di Martino P. - Ferrucci N. - Fioravanti C. - Francario L. - Galloni G. - Gallizioli G. - Germano' A. - Gencarelli F. - Giuffrida G. - Giuffrida M. - Goldoni M. - Jannarelli A. - Maccioni G. - Malaguti C. - Manservisi S. - Massart A. - Mazzo M. - Nappi P. - Paoloni L. - Parizzi M. - Petrelli L. - Ragionieri M.P. - Romagnoli E. - Rook Basile E. - Rossi R. - Ruggeri Laderchi F.P. - Russo L. - Salaris F. - Sciaudone A. - Sirsi E. - Sgarbanti G. - Viscardini Dona' W. - Viti D.), *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario* - Terza edizione, Padova, Cedam, 2003
- AA. VV.** (Azoulay L., Baudisch M., Bécard E., Boutruche S., Fayolle L., Gauttier P., Goffin C., Lukas Kaleda S., Kochenov D., Niedzwiedz M., Parmar S., Sideri K., Snyder F., Steinberg P., Thym D.) a cura di Snyder F., *L'Union européenne et la gouvernance - The European Union and Governance*, Bruxelles, Bruylant, 2003
- AA. VV.** (Belli F., Contento G., Patroni Griffi A., Porzio M., Santoro V. a cura di) con la collaborazione di Anselmi L., Antonucci A., Appio C. L., Bassi A., Belviso U., Bonfatti S., Brozzetti A., Capelli F., Capolino O., Cappiello F., Capriglione F., Carbonetti F., Cardarelli F., Carriero G. L., Comporti C., Corvese C. G., De Varti B., Donativi V., Falcone G., Fiamma F., Grassi P., Greco G., Jannarelli A., Irace A., Losappio G., Lucantoni P., Macario F., Maccarone S., Mai-meri F., Majello U., Marano P., Martina G., Maugeri M., Mazzini F., Minervini G., Motti C., Negrini W., Nigro A., Parrella L., Patroni Griffi U., Pipitone M., Principe A., Restino M., Rispoli Farina M., Rossano C., Salerno M. E., Sandulli M., Santoro V., Spena A., Stammati S., Tucci G., Valensise P., Vella F.), *Testo*

unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Vol. I (artt. 1-79) e Vol. II (artt. 80-162), Bologna, Zanichelli, 2003

AA.VV. (Prodi R., Amato G., Clementi F., Pinelli C., Barazzoni F., Pizzetti F., Tiberi G., Cangelosi R. A., Buccino Grimaldi G., Carbone L., Gianniti L. Chiti M. P., Cerulli Irelli V., Carabba M., Busia G., De Minico G.) a cura di Bassanini F. - Tiberi G., *Una Costituzione per l'Europa - Dalla Convenzione europea alla Conferenza Intergovernativa*, Bologna, Il Mulino, 2003

Amato C., *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori - Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito*, Milano, Giuffrè, 2003

Bargiacchi P., *Contributo allo studio dei fattori giuridici e politici dell'ordine internazionale*, Milano, Giuffrè, 2003

Benacchio G. - Simoni V., *Repertorio di diritto civile e commerciale comunitario (norme comunitarie - leggi di attuazione - giurisprudenza - dottrina)*, Padova, Cedam, 2003

Bertozzi S., *La Comunità europea di difesa - Profili storici, istituzionali e giuridici*, Torino, Giappichelli, 2003

Brancasi A. (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, Bologna, Il Mulino, 2003

Buonfiglio A. - Ferrelli N., *Arbitrato e conciliazione in agricoltura - Guida alla Camera nazionale arbitrale ed allo sportello di conciliazione istituiti presso AGEA*, Milano, Giuffrè, 2003

Cendon P. - Baldassari A. (a cura di), *I codici di Leggi d'Italia - Codice Civile e leggi complementari (Annotato con la Giurisprudenza)*, Vol. I, Novara, De Agostini Professionale, 2003

Centro nazionale di informazione e documentazione europea (Cide), *Una Costituzione per la nuova Europa - Progetto di Trattato*, Milano, Giuffrè, 2003

Ciampi A., *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padova, Cedam, 2003

De Cicco A., *Legislazione e tecnica doganale - Transazioni commerciali con l'estero, strategie per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, contrasto alle frodi nella globalizzazione dei mercati, esame di casi pratici*, Torino, Giappichelli, 2003

De Salvia M., *Compendium de la CEDH – Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme - Vol. 1 - Jurisprudence 1960 à 2002 [seconda edizione]* Kehl, N. P. Engel, 2003

Flauss J.-F. (a cura di), *La protection diplomatique - Mutations contemporaines et pratiques nationales - Actes de la journée d'étude du 30 mars 2001 organisée à la mémoire de Georges Perrin*, Bruxelles, Bruylant, 2003

- Gestri M.**, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, Giuffrè, 2003
- Gilardoni A. - Lorenzoni G.**, *Public utilities locali - Alleanze e aggregazioni*, Milano, Egea, 2003
- Guerinoni E.**, *Il danno da vacanza rovinata - Lineamenti - normativa - giurisprudenza - materiali*, Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2003
- Krämer L.**, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2002
- Maglia S. - Medugno M. - Dallavalle M.**, *Il nuovo codice degli alimenti*, Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2003
- Malatesta A.**, *La Banca Centrale Europea - Gli aspetti istituzionali della banca centrale della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2003
- Mansi F. P.**, *Il giudice italiano e le controversie europee - Dalla convenzione di Bruxelles del 1968 alla Convenzione di Lugano del 1988 ed al Regolamento (Ce) n. 44/2001 - Competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni*, Milano, Giuffrè, 2003
- Marrella F.**, *La nuova lex mercatoria - Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale - Trentesimo volume - Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da Francesco Galgano*, Padova, Cedam, 2003
- Mengozi P.**, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2003
- Mastronardi F.**, *La Convenzione sul futuro dell'Europa - Prove di Costituzione europea*, Napoli, Edizioni Simone, 2003
- Nascimbene B.** (a cura di), *Il processo comunitario dopo Nizza*, Milano, Giuffrè, 2003
- Orsello G. P.**, *Ordinamento comunitario e Unione europea - sesta edizione agg. al 1° gennaio 2003 ridotta per gli studenti dei corsi di laurea triennale*, Milano, Giuffrè, 2003
- Picozza E.**, *Processo amministrativo e diritto comunitario - Seconda edizione*, Padova, Cedam, 2003
- Schulze R. - Zimmermann R.** (a cura di), *Testi fondamentali di diritto privato europeo*, Milano, Giuffrè, 2003
- Sirotti Gaudenzi A.**, *Il commercio elettronico nella società dell'informazione*, Napoli, Esselibri, 2003
- Starita M.**, *Processi di riconciliazione nazionale e diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003

Tesauro G., *Diritto comunitario - Terza edizione*, Padova, Cedam 2003

Vuillermoz R., *La Belgique, l'Espagne et l'Italie face à l'intégration communautaire - Quelle adaptation des rapports entre l'Etat et ses collectivités régionales?*, Bruxelles, Bruylant, 2003

Ziller J., *La nuova Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003