

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LVI – n. 4 – *Ottobre-Dicembre 2017*

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

- Enrico Traversa* - La storia giuridica "segreta" del programma Erasmus (1985-87) Pag. 513
(*The Juridical Unknown Story of the Erasmus Program (1985-87)*)
- Bernardo Calabrese* - L'assetto delle competenze europee e nazionali in materia di proprietà industriale e intellettuale con particolare riferimento alle indicazioni geografiche » 539
(*The Order of European and National Competences on Intellectual Property with Particular Reference to Geographical Indications*)

COMMENTI

- Pietro Troianiello* - La trasformazione transfrontaliera delle società quale esercizio della libertà di stabilimento » 595
(*Cross-border Conversion of a Company as Exercise of Freedom of Establishment*)
- Gian Franco Simonini* - L'accertamento amministrativo sui requisiti essenziali di sicurezza di una macchina può essere eseguito dal Giudice ordinario? » 631
(*The Administrative Assessment on the Essential Safety Requirements of a Machine Can it Be Performed by any Judge, Either Civil or Criminal?*)

Marco Pinardi - Aiuti di Stato: il settore del trasporto aereo dopo "Brexit" Pag. 649
(*State Aid: the Aviation Sector after "Brexit"*)

Paolo Davide Farah - Riccardo Tremolada - La cooperazione energetica dell'Unione Europea e il gas naturale nel Bacino di Levante: quale ruolo per l'Associazione delle Autorità dell'Energia del Mediterraneo (MedReg)? » 675
(*EU Energy Cooperation and Natural Gas in the Levant Basin: Assessing the Role of the Mediterranean Energy Regulators' Association*)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

Emmanuele F. M. Emanuele - Il futuro dell'Europa? La doppia circolazione » 701
(*The Europe's Future? The Double Circulation*)

Fausto Capelli - Come prevenire la corruzione all'interno degli Enti locali » 709
(*How to Prevent Corruption Inside Local Institutions*)

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Per la Corte di giustizia l'esercizio della libertà di stabilimento include la possibilità per una società con sede legale in uno Stato membro di trasferire solo la propria sede legale in un altro Stato membro pur mantenendo la propria sede effettiva nel primo Stato membro

Sentenza della Corte di giustizia del 25 ottobre 2017 in causa n. C-106/16

Polbud– Wykonawstwo sp. z o.o., in liquidazione » 593
(con commento di *Pietro Troianiello*)

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

Sulla commercializzazione *on line* dei prodotti biologici la Corte di giustizia non riconosce alcuna esenzione

Sentenza della Corte di giustizia del 12 ottobre 2017 in causa n. C-289/16

Kamin und Grill Shop GmbH c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV

Pag. 615

Interpretazione della direttiva n. 2001/29/Ce nell'ambito della ritrasmissione di programmi televisivi: l'offerta di programmi registrati su *cloud* è soggetta al diritto d'autore

Sentenza della Corte di giustizia del 29 novembre 2017 in causa n. C-265/16

VCAST Limited c. RTI SpA

» 616

Interpretazione della direttiva n. 95/46/Ce nell'ambito di un reclamo presentato da un candidato in un concorso tendente a contestare il risultato dell'esame sostenuto

Sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017 in causa n. C-434/16

Peter Nowak c. Data Protection Commissioner

» 618

Registrazione dei segni «Master» e «MI PAD» come marchi comunitari

Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 5 dicembre 2017 in causa n. T-893/16

Xiaomi, Inc. c. Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO)

» 619

Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 7 dicembre 2017 in causa n. T-61/16

The Coca-Cola Company c. Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO)

» 620

Il gelato può essere venduto con la denominazione «Champagner Sorbet» se il gusto è allo Champagne

Sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017 in causa n. C-393/16

Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne c. Aldi Süd Dienstleistungs - GmbH & Co.OHG, con l'intervento di Galana NV

» 622

Divieto per i distributori di prodotti di lusso di ricorrere ad un terzo soggetto non autorizzato nella vendita *on line*

Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2017 in causa n. C-230/16

Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH

Pag. 625

Il Regolamento (Ue) n. 1259/2010 non trova applicazione in caso di «divorzi privati»

Sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017 in causa n. C-372/16

Soha Sahyouni c. Raja Mamisch

» 627

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

I requisiti essenziali di sicurezza di una macchina all'esame del giudice civile

Ordinanza del Tribunale di Siena, sezione unica, del 22 aprile 2017

Consorzio di Bonifica Oristanese c. Arnus Srl - Generali Italia Spa - CNH Spa

(con commento di *Gian Franco Simonini*)

» 629

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Gli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree nei nuovi orientamenti della Commissione europea

Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree -

(con il contributo di *Marco Pinardi*)

» 647

Consiglio europeo

Conclusioni del Consiglio europeo del 19 ottobre 2017

Conclusioni del Consiglio europeo del 20 ottobre 2017 (art. 50)

Conclusioni del Consiglio europeo del 14 dicembre 2017

Riunione del Consiglio europeo del 15 dicembre 2017 (art. 50) - Orientamenti

» 665

» 667

» 668

» 669

DOCUMENTAZIONE

Cooperazione energetica dell'Unione europea con i Paesi terzi: ruolo dell'Associazione delle Autorità dell'energia del Mediterraneo (MedReg)

Guidelines of Good Practice on Third Party Access in the Mediterranean Region

(con il contributo di *Paolo Davide Farah* e
Riccardo Tremolada)

Pag. 671

RECENSIONI

Ugo Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea* (Angela Di Stasi)

» 715

Hanno collaborato a questo numero

» 717

Indice 2017

» 719

ARTICOLI

LA STORIA GIURIDICA "SEGRETA" DEL PROGRAMMA ERASMUS (1985-87)*

Contrariamente a quanto segnalato sul n. 3/2017 della Rivista (p. 267), le pagine iniziali di questo n. 4/2017 della Rivista medesima, sono state riservate ad un articolo di Enrico Traversa, scritto per celebrare il trentesimo anniversario dell'adozione della Decisione che ha istituito il Programma Erasmus sugli scambi di studenti appartenenti alle Università di diversi Stati membri dell'Unione europea.

Enrico Traversa, divenuto in seguito direttore al Servizio giuridico della Commissione europea, ha fornito, a partire dal 1985 come giovane giurista presso lo stesso Servizio della Commissione, un contributo validissimo alla buona riuscita dell'iniziativa.

Partendo da un'intuizione geniale di un professore universitario britannico, Traversa è riuscito a convincere i suoi colleghi sulla possibilità di trovare, per via interpretativa, un fondamento giuridico sul quale costruire le prime basi del Programma Erasmus.

* Versione italiana dell'articolo originale in lingua francese apparso sul n. 4/2017, p. 147 ss., della *Revue du droit de l'Union européen*.

Le opinioni espresse in questo scritto sono espressione del punto di vista del loro Autore e non impegnano l'istituzione di appartenenza.

L'Autore ringrazia vivamente il dott. Giovanni Zaccaroni, dottore di ricerca nell'Università di Bologna e assistente alla cattedra di diritto dell'Unione europea nell'Università di Lussemburgo, per la traduzione verso l'italiano dell'originale in francese dell'articolo qui pubblicato.

L'apporto dei giuristi alla costruzione del Programma Erasmus è risultato quindi determinante, come è stato possibile dedurre dalle sentenze della Corte di giustizia che hanno successivamente analizzato la materia.

Ad essi va quindi riconosciuto il merito di aver saputo indirizzare correttamente le Istituzioni europee nella adozione di un Programma che, in trent'anni di applicazione, ha permesso ad oltre un milione di studenti europei di effettuare esperienze importanti e molto proficue come viene esposto nell'articolo di Enrico Traversa di seguito pubblicato.

Fausto Capelli

Sommario: **1.** *Introduzione: la genesi dei programmi «Comett» ed «Erasmus»* - **2.** *La sentenza Gravier della Corte di giustizia e la nozione di formazione professionale* - **3.** *Il programma «Comett» sulla cooperazione fra università e imprese* - **4.** *Il programma «Erasmus» sugli scambi di studenti fra università* - **5.** *La sentenza Erasmus della Corte di giustizia* - **6.** *La sentenza Comett II della Corte di giustizia* - **7.** *Conclusione: gli obiettivi del programma «Erasmus» si trovano oggi enunciati nel testo stesso del Trattato UE.*

1. Introduzione: la genesi dei programmi «Comett» ed «Erasmus»

Non vi è alcun dubbio sul fatto che il programma «*Erasmus*» sia agli occhi dei cittadini europei la realizzazione più riuscita e più concreta dell'Unione europea insieme alla moneta unica (l'Euro) e alla soppressione dei controlli alle frontiere interne dell'Unione (lo spazio Schengen).

Quello che i cittadini europei certamente non sanno è che all'origine di molti di questi grandi passi in avanti nella costruzione di un'Europa federale, vi sono stati, spesso, la visione, lo spirito d'iniziativa, l'impegno e la tenacia di un numero limitato di persone, che si sono trovate a esercitare funzioni direttamente connesse all'uno o all'altro di questi grandi progetti ad un momento favorevole dell'opinione pubblica degli Stati membri e del clima politico generale.

L'*équipe* «Affari sociali» del Servizio giuridico della Commissione europea era, all'epoca (1985), una delle unità più piccole del Servizio stesso. Essa assisteva la Direzione generale V (quinta - DG V), «Affari sociali» della Commissione. Questa DG era competente per tutto quello che riguardava la libera circolazione dei lavoratori, il diritto al lavoro, il Fondo Sociale Europeo (sostegno finanziario ai programmi nazionali di formazione professionale), l'igiene e la sicurezza sul lavoro e l'istruzione. Il di-

rettore dell'*équipe* «Affari sociali» dell'epoca decise di affidare al giovane giurista che ero il compito di assistere tre direzioni della DG V, «Fondo Sociale Europeo», «Istruzione» e «Diritto del Lavoro», sia per quanto riguardava le risposte a quesiti di carattere giuridico (pareri legali), sia nei processi dinanzi alla Corte di giustizia (ricorsi diretti della Commissione contro uno Stato membro e rinvii pregiudiziali a seguito di questioni concernenti l'interpretazione del diritto comunitario poste da un giudice nazionale). È in questa veste di consigliere giuridico di queste tre direzioni della DG V che un bel giorno del giugno 1985 ebbi il piacere di ricevere, nel mio ufficio del decimo piano del *Berlaymont* (l'edificio che ospita gli uffici del Presidente e dei membri della Commissione europea), il direttore della direzione «Istruzione» della DG V, *Hywell Jones*, un cordiale professore gallese distaccato presso la Commissione europea. Egli mi presentò due programmi di scambio di studenti universitari, che aveva elaborato insieme ai propri collaboratori.

Il primo, di sicuro il più ambizioso, riguardava l'attribuzione di borse di studio finanziate dal bilancio della Comunità economica europea (così denominata all'epoca) per consentire agli studenti di uno Stato membro di passare un semestre in un'università di un altro Stato membro. La *conditio sine qua non* per il finanziamento comunitario era che gli esami superati nell'università dello Stato membro ospitante fossero riconosciuti dall'università dello Stato di provenienza dello studente (programma denominato «*Erasmus*»).

Il secondo programma aveva l'obiettivo più limitato di promuovere, anch'esso mediante la concessione di borse di studio finanziate dal bilancio comunitario, tirocini presso le imprese di uno Stato membro diverso da quello in cui si trovava l'università di provenienza dello studente interessato (programma «*Comett*»).

Queste due bozze di proposte di programmi transfrontalieri di scambio di studenti universitari costituivano una "*prima*" assoluta nella legislazione comunitaria e, di conseguenza, ponevano problemi giuridici totalmente nuovi. Il primo e principale problema esposto dal professor *Jones* era certamente quello delle competenze legislative della Comunità nel settore dell'insegnamento universitario, e, più precisamente, il problema della base giuridica delle due proposte di decisione del Consiglio.

Secondo il direttore della direzione «Istruzione» della DG V, infatti, se le due proposte avessero dovuto fondarsi su quello che all'epoca era l'art. 235 del Trattato CEE¹ sarebbero state sicuramente destinate all'insucce-

¹ «Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta

so, a causa dell'esigenza del voto unanime del Consiglio dei ministri e dell'ostilità di principio da parte di "alcuni" Stati membri² ad ogni intervento del legislatore comunitario nell'ambito dell'insegnamento universitario. La richiesta che fu dunque rivolta dal professor *Jones* al giurista del Servizio legale competente per il settore dell'istruzione consisteva nel trovare, nel Trattato CEE, una disposizione diversa dall'art. 235 che potesse servire da base giuridica alle due proposte di decisione «*Erasmus*» e «*Comett*» e che, pertanto, non esigesse l'unanimità in seno al Consiglio dei ministri. Per il giovane giurista che ero all'epoca, si trattava decisamente di un compito assai arduo, se non di una vera e propria "sfida".

2. La sentenza *Gravier* della Corte di giustizia e la nozione di formazione professionale

Chiesi dunque al professor *Jones* una settimana per riflettere, pressoché a tempo pieno, su questo problema, un lusso che oggi sarebbe inimmaginabile.

La prima ispirazione per dare una risposta alla domanda della DG V mi venne dalla celebre sentenza *Gravier*, che la Corte di giustizia aveva pronunciato il 13 febbraio di quello stesso anno 1985³. Tale sentenza era arrivata proprio al momento giusto, in quanto, con la sua richiesta d'interpretazione pregiudiziale, il Tribunale di primo grado di Liegi aveva posto alla Corte di giustizia la questione, del tutto nuova, della definizione della nozione di «formazione professionale» in rapporto a quella, più generale, di «insegnamento» e questo al fine dell'applicazione del divieto di discriminazioni basato sulla nazionalità, previsto dall'allora art. 7 del Trattato CEE. La signorina *Gravier* era, infatti, una studentessa di nazionalità francese i cui genitori risiedevano in Francia, che si era iscritta all'Accademia reale di Belle Arti di Liegi per seguire un ciclo di studi superiori artistici di quattro anni, aventi ad oggetto specifico il disegno per fumetti. La signorina *Gravier* si era vista imporre una tassa d'iscrizione assai elevata, denomi-

della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso». Si veda l'art. 352 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea - TFUE -, attualmente in vigore, che ha ripreso, benché con numerose modifiche, il contenuto essenziale del precedente art. 235 CEE.

² Le prime discussioni in merito alle due proposte della Commissione, che ebbero luogo all'interno del Consiglio dei ministri dell'Istruzione, mostravano che questa opposizione di principio veniva principalmente dalla Francia, dal Regno Unito e dalla Germania, tre Stati membri che, all'epoca, rappresentavano un "blocco" molto importante.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1985 in causa n. 293/83, *Gravier*, in *Raccolta*, 1985, p. 593, EU:C:1985:69.

nata «*minerval étudiants étrangers*», che non era invece richiesta agli studenti belgi o i cui genitori avevano la residenza in Belgio.

Per stabilire se questa discriminazione manifesta, fondata sul luogo di residenza degli studenti e di conseguenza sulla loro nazionalità, fosse vietata dall'art. 7 del Trattato CEE, era necessario determinare, a monte, se, come esigeva lo stesso art. 7, l'insegnamento della fumettistica rientrasse «nel campo di applicazione del presente Trattato».

La Corte rispose positivamente alla domanda seguendo la tesi proposta dall'Avvocato generale *Gordon Slynn* e, benché in via subordinata, anche dalla Commissione. La Corte è partita dalla doppia constatazione che, da una parte, «il settore dell'istruzione e la politica dell'insegnamento non rientrano, di per sé, fra le materie che il trattato ha sottoposto alla competenza delle istituzioni comunitarie» e che, d'altra parte, «l'accesso e la partecipazione ai corsi d'insegnamento e di apprendistato, in particolare quando si tratta della formazione professionale, non sono estranei al diritto comunitario»⁴.

La Corte ha dunque riconosciuto agli Stati membri, da una parte, una competenza legislativa piena per quello che riguarda «il settore dell'istruzione e l'attuazione della politica dell'insegnamento», ma ha sviluppato, dall'altra parte, una lunga argomentazione giuridica per arrivare ad affermare che «le condizioni di accesso alla formazione professionale rientrano nel campo di applicazione del trattato»⁵ e che, di conseguenza, l'imposizione di un diritto d'iscrizione ai soli studenti di altri Stati membri come condizione di accesso a corsi di insegnamento professionale costituiva «una discriminazione in base alla cittadinanza, proibita dall'articolo 7 del Trattato»⁶.

Al fine di pervenire a tale conclusione, la Corte ha ricordato, ai punti da 20 a 23 della sentenza *Gravier*, non meno di sette disposizioni e atti di diritto comunitario che nel 1985 regolavano l'uno o l'altro aspetto dell'insegnamento nelle scuole professionali. «La politica comune della formazione professionale menzionata dall'art. 128 del trattato sta dunque realizzandosi progressivamente. Essa costituisce del resto un elemento essenziale delle attività della Comunità miranti, fra l'altro, alla libera circolazione delle persone (...)»⁷.

È utile citare sin da ora, per esteso, l'art. 128 del Trattato CEE⁸, il quale prevedeva che: «Su proposta della Commissione e previa consultazione

⁴ Sentenza *Gravier*, cit. *supra*, nota 3.

⁵ *Ivi*, punto 25.

⁶ *Ivi*, punto 26.

⁷ *Ivi*, punto 23.

⁸ Articolo abrogato nel 1992 nel Trattato di Maastricht e che è stato sostituito dagli artt. 126 e 127 del Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE).

del Comitato economico e sociale, il Consiglio fissa i principi generali per l'attuazione di una politica comune di formazione professionale che possa contribuire allo sviluppo armonioso sia delle economie nazionali sia del mercato comune».

L'art. 128 del Trattato CEE ha, in effetti, svolto un ruolo essenziale nella concezione e nella difesa dinanzi alla Corte, della decisione «*Erasmus*», tanto più che il Consiglio dei ministri aveva esercitato effettivamente il potere decisionale che questa disposizione del Trattato gli aveva conferito adottando nel 1963 la decisione n. 63/266/Cee «relativa alla determinazione dei principi generali per l'attuazione di una politica comune di formazione professionale»⁹. Come si vedrà meglio in seguito, si trattava di dieci principi assai dettagliati che fissavano gli obiettivi di una politica comune di formazione professionale nonché gli strumenti operativi, giuridici e finanziari, per la realizzazione concreta di azioni della Comunità nell'ambito dell'insegnamento professionale.

Il Tribunale di prima istanza di Liegi aveva nondimeno posto alla Corte di giustizia, molto opportunamente, una seconda questione interpretativa molto più generale che aveva per oggetto quello di individuare i criteri che consentissero di determinare se un certo tipo di insegnamento – nel caso di specie quello del disegno per fumetti – rientrasse o meno nell'ambito della nozione di formazione professionale. In assenza di una qualunque definizione di tale concetto, tanto nel Trattato CEE, ed in particolare nel suo art. 128, quanto nei «principi generali» stabiliti nella già citata decisione n. 63/266/Cee, è stata la Corte che, esercitando una vera e propria funzione di supplenza nei confronti del legislatore comunitario, ha elaborato una propria definizione affermando che: «qualsiasi forma d'insegnamento che prepari ad una qualificazione per una determinata professione, un determinato mestiere o una determinata attività, o che conferisca la particolare idoneità ad esercitare tale professione, tale mestiere o tale attività, fa parte della formazione professionale, qualunque sia l'età ed il livello di preparazione degli alunni o degli studenti, e anche se il programma d'insegnamento comprenda altresì materie di carattere generale»¹⁰.

Visto l'impatto che una tale sentenza avrà sull'adozione della decisione «*Erasmus*», e più in generale sull'estensione delle competenze legislative della Comunità e dell'Unione europea in materia di insegnamento, appare opportuno premettere immediatamente due osservazioni. La prima è

⁹ Decisione n. 63/266/Cee del Consiglio del 2 aprile 1963, relativa alla determinazione dei principi generali per l'attuazione di una politica comune di formazione professionale, in *Guce* del 20 aprile 1963, p. 1338.

¹⁰ Sentenza *Gravier*, *cit. supra*, nota 3, punto 30.

che la "parola chiave" di questa definizione "pretoriana" della nozione di formazione professionale è l'aggettivo «determinato» che deve caratterizzare il nesso tra un ciclo di studi ed una professione, un mestiere oppure un impiego chiaramente individuato o individuabile.

Tuttavia questa esigenza, a prima vista abbastanza tassativa, di uno stretto nesso tra un ciclo di studi ed «una determinata professione, un determinato mestiere o una determinata attività», si rivela considerevolmente ridotta nella seconda parte della definizione laddove la Corte estende la nozione di formazione professionale a «qualsiasi forma d'insegnamento che prepari ad una qualificazione per una determinata professione, un determinato mestiere o una determinata attività, o che conferisca la particolare idoneità ad esercitare tale professione, tale mestiere o tale attività».

Una tale estensione dei criteri per qualificare come «professionale» un certo tipo di insegnamento ha fatto in modo che accanto agli studi superiori nei quali un nesso con la professione specifica è evidente (esempio: la facoltà di medicina veterinaria rispetto alla professione molto specifica di veterinario), altre forme di insegnamento superiore potessero essere incluse a pieno titolo nella nozione di formazione professionale, nella misura in cui le stesse conferiscono «una particolare idoneità» ad esercitare una determinata professione, come per esempio accade per il nesso esistente fra gli studi di diritto e le professioni di avvocato o di notaio, o le funzioni di giudice o di pubblico ministero.

Era dunque più agevole all'epoca dei fatti – eravamo pur sempre nel febbraio 1985 – identificare corsi di studi che, in seguito alla definizione elaborata dalla Corte nella sentenza *Gravier*, potessero con ragionevole certezza essere esclusi dalla nozione di formazione professionale, vale a dire unicamente quei corsi d'istruzione secondaria che precedono obbligatoriamente i corsi di laurea i quali – ed essi soltanto – conferiscono la qualificazione all'esercizio di una professione specifica o conferiscono «la particolare idoneità» ad esercitare una tale professione (esempio: l'insegnamento preparatorio dato agli studenti in un liceo, in vista del successivo accesso a degli studi universitari). Ne conseguiva che tutti i cicli di studi post-secondari, ed in particolare gli studi universitari, potevano essere facilmente inclusi in questa nozione, molto ampia, di «formazione professionale».

La sentenza *Gravier* ha avuto dunque l'enorme merito di consentire di concentrare sull'art. 128 del Trattato CEE l'analisi della possibilità di individuare una competenza legislativa della Comunità in materia di programmi di scambio di studenti universitari come quelli dei Programmi «Comett» ed «Erasmus». Tuttavia non si potevano ignorare i limiti che la sentenza *Gravier* presentava e che derivavano direttamente dal suo oggetto e dal suo contesto.

La Corte era stata, in effetti, chiamata a pronunciarsi sulla portata del divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità previsto dall'art. 7 del Trattato CEE, rispetto a una disposizione di diritto nazionale (belga) che riguardava l'accesso ad una certa forma di insegnamento.

Nell'enunciare i principi interpretativi contenuti nella sentenza *Gravier*, la Corte ha semplicemente posto un limite per così dire: *a.* negativo, rispetto alla competenza legislativa, *b.* di uno Stato membro in materia di tasse di iscrizione che un istituto d'insegnamento può imporre agli studenti di un altro Stato membro, *c.* in vista unicamente dell'accesso ad un determinato ciclo di studi.

Il problema giuridico posto dai progetti di decisione «*Comett*» ed «*Erasmus*» si presentava invece di tutt'altra natura e dimensione. Era necessario, infatti, dedurre, a partire dall'art. 128 del Trattato CEE, l'esistenza di: *a.* una competenza legislativa "positiva", *b.* della Comunità, *c.* il cui ambito andasse al di là del semplice accesso ad un ciclo di insegnamento *post-secondario*, poiché tale competenza legislativa comunitaria era suscettibile di produrre degli effetti sul contenuto stesso della formazione perseguita, che si sarebbe dovuta svolgere in parte, o in un'impresa, o in un'università, situate in un altro Stato membro.

3 Il programma «*Comett*» sulla cooperazione fra università ed imprese

È a partire da questo complesso di esigenze che all'inizio dell'estate del 1985, mi sono completamente dedicato all'analisi dell'art. 128 del Trattato CEE e degli atti di diritto derivato che, fondati su questa base giuridica, erano stati adottati dal Consiglio fino a quel momento; analisi che si è tradotta in un lungo parere di sette pagine indirizzato dal Servizio giuridico alla DG V, «Affari sociali». Il parere aveva come obiettivo la sola proposta di decisione «*Comett*». Avevo, infatti, raccomandato vivamente al direttore della direzione «Istruzione» della DG V di tenere separate le due proposte «*Comett*» e «*Erasmus*» in quanto, dal punto di vista della "tattica giuridica", sarebbe stato assai più facile sostenere la tesi dell'inclusione dell'insegnamento universitario nella nozione comunitaria di formazione professionale, esaminando in primo luogo, un programma di scambio di studenti nell'ambito del quale anche delle imprese di un altro Stato membro fossero state direttamente coinvolte e non solamente degli istituti di insegnamento universitario.

Il parere del Servizio giuridico partiva dalla constatazione che l'art. 128 del Trattato CEE aveva conferito al Consiglio il potere di stabilire dei

"*principi generali*". Questa espressione si differenziava in maniera netta dai conferimenti di competenze legislative alla Comunità previsti da altre disposizioni del Trattato, nelle quali erano espressamente indicati degli atti legislativi comunitari «*tipici*» (regolamenti, direttive o decisioni) che potevano essere adottati dal Consiglio dei ministri. Tale espressione «*principi generali*» comportava, infatti, un'evidente limitazione dei poteri di intervento della Comunità nell'ambito della formazione professionale. Ne conseguiva che l'adozione di atti legislativi direttamente applicabili in tutti gli Stati membri quali i regolamenti, o di atti comportanti obblighi precisi per gli Stati membri, quali le decisioni e le direttive (e in particolare le direttive di armonizzazione del contenuto o dell'organizzazione dell'insegnamento professionale), avrebbero inevitabilmente oltrepassato il limite che l'art. 128 aveva imposto ai poteri di azione del legislatore comunitario utilizzando per l'appunto l'espressione «*principi generali*».

Non restava, in conclusione, alla Commissione che la possibilità di proporre al Consiglio una decisione "*sui generis*", e per l'esattezza una decisione del tipo "*Beschluß*", che non indicasse i destinatari dell'atto e che di conseguenza, non imponesse agli Stati membri alcun obbligo di risultato. Questo è quanto è avvenuto nel caso del programma «*Comett*», il cui obiettivo era quello di promuovere con un semplice sostegno finanziario la cooperazione fra industria e università e il cui oggetto non era affatto quello di assicurare una regolamentazione comune in materia di formazione professionale.

Restava tuttavia il problema molto delicato di stabilire come si potesse giustificare in diritto un atto del legislatore comunitario che andava evidentemente al di là dell'adozione di semplici «*principi generali*».

La soluzione a questo problema venne, con mia grande sorpresa, da una precedente prassi decisionale del Consiglio dei ministri dalla quale risultava chiaramente che i «*principi generali per l'attuazione di una politica comune di formazione professionale*» adottati nel 1963 non erano rimasti delle affermazioni di principio prive di qualunque portata pratica. Al contrario, il Consiglio aveva proceduto dopo il 1963 all'attuazione di taluni specifici obiettivi enunciati in maniera generale nella decisione n. 63/266/Cee.

Più precisamente, il Consiglio aveva adottato tre atti fondati sull'art. 128 del Trattato CEE: *a.* la decisione n. 63/688/Cee del 18 dicembre 1963¹¹, che stabiliva lo statuto del comitato consultivo per la formazione

¹¹ Decisione n. 63/688/Cee del 18 dicembre 1963 sullo Statuto del Comitato Consultivo per la formazione professionale, in *Guce* 190 del 30 dicembre 1963, p. 3090.

professionale in applicazione del quarto principio della decisione n. 63/266/Cee; *b.* la raccomandazione n. 70/449/Cee del 22 dicembre 1970¹², che aveva per oggetto un molto dettagliato «Schema europeo per la formazione di operai qualificati su macchine utensili»; *c.* la decisione n. 85/368/Cee del 16 luglio 1985¹³ sulla «corrispondenza delle qualifiche di formazione professionale tra gli Stati membri della Comunità europea» in applicazione dell'ottavo principio generale della decisione n. 63/266/Cee.

L'elemento comune a questi tre atti del Consiglio, molto significativo da un punto di vista giuridico-istituzionale, consisteva in una doppia base giuridica per così dire "a cascata", vale a dire l'art. 128 del Trattato CEE e la decisione n. 63/266/Cee che stabiliva i dieci «principi generali per l'attuazione di una politica comune di formazione professionale», con l'indicazione di ciascuno dei principi generali che l'atto mirava ad attuare.

Il parere del Servizio giuridico della Commissione perveniva quindi alla conclusione che il programma «Comett» poteva agevolmente essere fondato su questi tre precedenti dando attuazione ancora una volta alle disposizioni di principio adottate dal Consiglio nel 1963, a condizione che la Commissione, nella motivazione della sua proposta di decisione, fosse in grado di invocare correttamente l'uno o l'altro principio generale stabilito nella decisione n. 63/266/Cee. Il Servizio giuridico della Commissione proponeva, a tal fine, alla DG V di menzionare, nella motivazione della proposta di decisione «Comett», il secondo principio generale¹⁴ nonché il sesto¹⁵, il settimo¹⁶, il nono¹⁷, e soprattutto il decimo il quale prevedeva espressamente che: «le azioni intraprese per conseguire i fini della politica

¹² Raccomandazione n. 70/449/Cee del Consiglio, del 29 settembre 1970, rivolta agli Stati membri in merito all'utilizzazione dello «Schema europeo per la formazione di operai qualificati su macchine utensili», in *Guce* n. L 219 del 5 ottobre 1970, p. 1.

¹³ Decisione n. 85/368/Cee del Consiglio del 16 luglio 1985 relativa alla corrispondenza delle qualifiche di formazione professionale tra gli Stati membri delle Comunità europee, in *Guce* n. L 199 del 31 luglio 1985, p. 56. L'accordo politico sul testo della decisione era stato raggiunto in seno al Consiglio il 9 giugno 1985, proprio qualche settimana prima dell'adozione della proposta di decisione «Comett». Il testo di questa decisione era dunque già disponibile al momento della redazione del parere del Servizio giuridico della Commissione sulla proposta «Comett».

¹⁴ «Stabilire le più strette relazioni tra la formazione professionale nelle sue diverse forme ed i settori economici».

¹⁵ «La Commissione favorisce, in cooperazione con gli Stati membri, tutti gli scambi diretti di esperienze nel campo della formazione professionale, che diano ai servizi competenti ed agli specialisti per la formazione professionale la possibilità di conoscere e di studiare le realizzazioni e le innovazioni degli altri paesi della Comunità in questo settore».

¹⁶ «L'adeguata formazione degli insegnanti e degli istruttori (...)».

¹⁷ «(...) devono tendere alla formazione accelerata degli adulti, nonché alla riqualificazione e al riadattamento professionali (...)».

comune di formazione professionale potranno essere oggetto di un finanziamento comune».

Il successivo 6 agosto 1985 la Commissione trasmetteva quindi al Consiglio una proposta di decisione «relativa alla determinazione dei principi generali per l'attuazione di una politica comune di formazione professionale - *Comett* (1986-1992)»¹⁸. Tale proposta di decisione era fondata, "a cascata", sull'art. 128 del Trattato CEE e sulla decisione n. 63/266/Cee del Consiglio e in particolare, guarda caso, sul secondo, sesto, settimo e decimo dei principi generali enunciati nella decisione del 1963.

La proposta si scontrò immediatamente con l'opposizione di taluni ministri nazionali dell'istruzione poiché molte università dei rispettivi Stati membri avevano già stipulato delle convenzioni aventi a oggetto degli scambi di studenti con le imprese e con le università di altri Stati membri. Questi stessi ministri vedevano dunque il programma «*Comett*» come un'inutile e pericolosa interferenza della Comunità nell'organizzazione dell'insegnamento universitario dei loro Stati.

Nonostante questa opposizione, la discussione sulla proposta di decisione proseguì in maniera molto costruttiva perché, con grande e amara sorpresa dei ministri recalcitranti, l'art. 128 del Trattato CEE non prevedeva un voto del Consiglio a maggioranza qualificata e neppure all'unanimità. Era pertanto d'applicazione la "regola generale" prevista all'art. 148, par. 1, del Trattato, secondo la quale «Salvo contrarie disposizioni del presente Trattato, le deliberazioni del Consiglio sono valide se approvate a maggioranza dei membri che lo compongono», vale a dire a maggioranza semplice! Poiché all'epoca la Comunità contava dieci Stati membri, per l'adozione della proposta di decisione «*Comett*» era sufficiente il voto favorevole di sei Stati membri.

Nel corso della prima discussione della proposta «*Comett*», fui avvicinato dal collega del Servizio giuridico del Consiglio che, come me, era competente per gli affari sociali e l'istruzione e con il quale, in quell'occasione, avevo stabilito un rapporto personale molto cordiale. Non ho un ricordo preciso di avergli trasmesso una fotocopia del parere che il Servizio giuridico della Commissione aveva trasmesso alla DG V «Affari sociali», ma è assai probabile che nello spirito di collaborazione che tuttora caratterizza le relazioni tra i Servizi giuridici delle Istituzioni europee, io l'abbia fatto.

Il Consiglio dei ministri aveva, infatti, chiesto al proprio Servizio giuridico di redigere un parere nel quale esso avrebbe dovuto esaminare se

¹⁸ In *Guce* n. C 234 del 13 settembre 1985, p. 3; Com(85)431def.

l'art. 128 del Trattato CEE era la base giuridica corretta della proposta della Commissione.

Nel suo parere del 29 ottobre 1985, il Servizio giuridico del Consiglio procedeva a sua volta all'analisi sia dell'art. 128 del Trattato CEE sia della decisione n. 63/266/Cee avente ad oggetto l'enunciazione dei principi generali per l'attuazione di una politica comune di formazione professionale, che, nella prassi del legislatore comunitario, consisteva nell'adozione di atti con una doppia base giuridica "a cascata" (art. 128 e decisione n. 63/266/Cee). D'altra parte, il Servizio giuridico del Consiglio rilevava che la proposta di decisione «Comett» non conteneva obblighi vincolanti specifici per gli Stati membri, le università o le imprese, connessi alla realizzazione dell'uno o dell'altro progetto previsto dal programma, ma costituiva piuttosto un complesso di regole amministrative destinato a favorire gli enti che desideravano partecipare ai progetti in questione, mettendo a loro disposizione contributi finanziari ed assicurando loro il necessario scambio d'informazioni e di esperienze.

Era di conseguenza possibile, sempre secondo il Servizio giuridico del Consiglio, distinguere fra, da una parte, atti di natura legislativa disciplinanti l'uno o l'altro aspetto della formazione professionale, che dovevano essere lasciati alla competenza degli Stati membri nell'ambito dei principi generali del 1963 e, d'altra parte, azioni comunitarie di sostegno e di coordinamento, quali le proposte dalla Commissione nel quadro del programma «Comett».

Sulla base di questa argomentazione, il Servizio giuridico del Consiglio concludeva che era possibile ammettere, sulla base della teoria dell'«effetto utile» e di un'interpretazione estensiva della decisione n. 63/266/Cee, che l'art. 128 del Trattato CEE, insieme a questa stessa decisione, costituiva una doppia base giuridica sufficiente per l'adozione della decisione «Comett» proposta dalla Commissione.

Le discussioni in seno al Consiglio, aventi per oggetto il programma «Comett», proseguivano conseguentemente sulla base del parere del Servizio giuridico, rivelatosi molto in linea con le argomentazioni giuridiche esposte dalla Commissione nella motivazione della sua proposta di decisione.

La decisione «relativa all'adozione del programma di cooperazione tra università ed imprese in materia di formazione nel campo delle tecnologie (Comett)» fu finalmente adottata dal Consiglio il 24 luglio 1986¹⁹ sulla base, rispettivamente, degli artt. 128 e 235 del Trattato e della decisione n.

¹⁹ Decisione del Consiglio n. 86/365/Cee relativa all'adozione del programma di cooperazione tra università ed imprese in materia di formazione nel campo delle tecnologie (Comett), in *Guce* n. L 222 dell'8 agosto 1986, p. 17 [Decisione *Comett*].

63/266/Cee, riguardante la fissazione dei principi generali in materia di formazione professionale.

Quest'aggiunta ad una base giuridica, che prevedeva il voto al Consiglio a maggioranza semplice, di un'altra base giuridica che prevedeva invece il voto all'unanimità, accompagnata da una motivazione assolutamente incoerente, richiedeva una "reazione" da parte della Commissione, che sarà descritta più avanti nei paragrafi che riguardano la storia giudiziaria delle decisioni aventi ad oggetto l'adozione dei programmi comunitari di scambio transfrontaliero di studenti.

4. Il programma «Erasmus» sugli scambi di studenti fra università di diversi Stati membri

Torniamo ora al programma «Erasmus», che, come sopra ricordato, aveva come obiettivo quello di favorire lo scambio di studenti esclusivamente fra università ed esclusivamente fra università di Stati membri differenti.

Nei Servizi della Commissione il parere del Servizio giuridico del Consiglio sulla proposta di decisione «Comett» fu considerato come un grande successo, non soltanto in quanto esso deferiva alla volontà politica del Consiglio la possibilità sia di dare un'interpretazione ampia dell'art. 128 del Trattato e della decisione n. 63/266/Cee secondo la teoria dell'«effetto utile», sia di fondare, di conseguenza, la futura decisione «Comett» su questa doppia base giuridica "a cascata", ma anche perché lo stesso parere non rimetteva in questione il precedente costituito dalla sentenza *Gravier* della Corte di giustizia, secondo la quale l'insegnamento universitario poteva rientrare nell'ambito della nozione di formazione professionale, anch'essa interpretata in maniera estensiva.

Nello stesso giorno (29 ottobre 1985) in cui il Servizio giuridico del Consiglio trasmetteva il proprio parere sulla proposta «Comett» al Consiglio dei ministri dell'Istruzione, la DG V inviava al Servizio giuridico della Commissione un progetto di decisione del Consiglio avente ad oggetto un programma di scambio di studenti fra università di diversi Stati membri, il famoso programma «Erasmus».

Nel parere del 13 novembre 1985, il Servizio giuridico della Commissione notava prima di tutto un'analogia sostanziale tra il programma «Erasmus» ed il programma «Comett», visto che il programma «Erasmus» prevedeva anch'esso un'azione di sostegno finanziario ed amministrativo della Comunità agli studenti e alle istituzioni universitarie degli Stati membri.

Peraltro, il programma «Erasmus» riguardava gli studenti di tutte le branche dell'insegnamento universitario senza distinzioni, mentre il pro-

gramma «*Comett*» riguardava implicitamente le sole facoltà universitarie che organizzavano corsi di studio aventi un rapporto diretto con le industrie nelle quali gli studenti potevano seguire «*stages*» di formazione inseriti nel ciclo di studi universitari.

Il parere del 13 novembre 1985 proseguiva sottolineando che il Servizio giuridico del Consiglio, due settimane prima, aveva pienamente confermato le argomentazioni giuridiche fornite alla DG V a proposito del programma «*Comett*» dal Servizio giuridico della Commissione nel suo parere del 12 luglio 1985, su menzionato; argomentazioni secondo le quali l'art. 128 del Trattato CEE ed i principi generali della politica comune di formazione professionale stabiliti nella decisione n. 63/266/Cee potevano essere considerati una doppia base giuridica sufficiente per fondare una decisione del Consiglio costituente l'attuazione di alcuni di quegli stessi principi generali.

Più precisamente, la proposta «*Erasmus*» era fondata sul secondo²⁰, sesto²¹ e decimo²² principio generale enunciati dalla decisione del Consiglio del 2 aprile 1963.

Il Servizio giuridico della Commissione, dopo qualche osservazione inerente alla redazione di alcuni passaggi della proposta di decisione, concludeva la propria analisi della proposta «*Erasmus*» rinviando integralmente alle considerazioni giuridiche contenute nel suo parere del 12 luglio 1985 sulla proposta «*Comett*» e che il Servizio giuridico del Consiglio aveva integralmente confermato nel parere del 19 ottobre 1985. La scelta della "tattica giuridica" di far precedere la proposta «*Erasmus*» dalla proposta «*Comett*» aveva dunque raggiunto in pieno il suo risultato. La proposta di decisione «recante adozione del programma d'azione della Comunità europea in materia di mobilità degli studenti (*Erasmus*)» fu presentata dalla Commissione al Consiglio il 3 gennaio 1986²³ e fu adottata dal Consiglio il 15 giugno 1987²⁴ con l'aggiunta, ancora una volta, dell'art. 235 fra le basi giuridiche della decisione stessa.

²⁰ «permettere a ciascuno (...) di conseguire il più alto livello di formazione possibile».

²¹ «La Commissione favorisce, in cooperazione con gli Stati membri, tutti gli scambi diretti di esperienze nel campo della formazione professionale ...».

²² «Nell'applicazione dei principi generali della politica di formazione professionale è dedicata particolare attenzione ai problemi speciali che interessano determinati settori di attività o determinate categorie di persone».

²³ In *Guce* n. C 73 del 2 aprile 1986, p. 4.

²⁴ Decisione del Consiglio n. 87/327/Cee del 15 giugno 1987 che adotta il programma di azione comunitario in materia di mobilità degli studenti (*ERASMUS*), in *Guce* n. L 166 del 25 giugno 1987, p. 20 [Decisione *Erasmus*].

La motivazione relativa all'aggiunta, da parte del Consiglio, dell'art. 235 all'art. 128 del Trattato CEE come base giuridica della decisione «*Erasmus*» era nettamente più dettagliata di quella figurante nei *considerando* della decisione «*Comett*». In quest'ultima il Consiglio si era limitato ad affermare che «(...) considerando che non è certo che il trattato abbia previsto tutti i poteri d'azione richiesti per l'adozione della presente decisione, la quale pare necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, gli scopi della Comunità e in particolare lo sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme del suo territorio; che, nell'interesse della certezza del diritto, pare dunque giustificato basarsi anche sull'articolo 235 del trattato»²⁵. Merita di essere rilevata la circostanza che il Consiglio non aveva fornito alcuna precisazione riguardo alle iniziative finanziate e coordinate nell'ambito del programma «*Comett*» che non rientravano nei poteri d'azione del legislatore comunitario dell'epoca.

La motivazione della decisione «*Erasmus*» conteneva invece una giustificazione apparentemente più dettagliata secondo la quale: «(...) questo programma d'azione comporta aspetti concernenti l'insegnamento i quali possono essere considerati, nell'attuale stato di sviluppo del diritto comunitario, al di fuori dell'ambito della politica comune di formazione professionale prevista all'articolo 128 del trattato; che questi aspetti del programma possono contribuire, insieme con gli obiettivi di formazione professionale con i quali sono strettamente connessi, allo sviluppo armonioso delle attività economiche in tutta la Comunità; che in questa misura il trattato non ha previsto i necessari poteri d'azione e che in proposito risulta necessaria un'azione della Comunità per realizzare, nel funzionamento del mercato comune, uno degli obiettivi della Comunità». Si cercherebbero tuttavia invano, fra i vari altri punti della motivazione della decisione «*Erasmus*», questi misteriosi «aspetti concernenti l'insegnamento i quali possono essere considerati, (...) al di fuori dell'ambito della politica comune di formazione professionale prevista all'articolo 128 del trattato».

Se la decisione «*Comett*» non fu impugnata dalla Commissione nel 1986, questo fu verosimilmente dovuto alla preoccupazione di non turbare i negoziati in seno al Consiglio sulla proposta «*Erasmus*». Quando invece quest'ultima fu adottata formalmente dal Consiglio il 15 giugno 1987, il Servizio giuridico trasmise ai diciassette Commissari una lunga «*Note de saisine de la Cour de justice*», redatta dallo stesso giovane giurista autore del parere iniziale del luglio 1985, che aveva lo scopo di esporre le argomentazioni giuridiche, e di conseguenza, l'utilità e l'opportunità di un

²⁵ Decisione *Comett*, secondo *considerando*.

eventuale ricorso della Commissione contro la suddetta decisione n. 87/327/Cee del Consiglio. In quella nota il Servizio giuridico della Commissione metteva in particolare evidenza le due conseguenze molto negative, da un punto di vista giuridico-istituzionale, dell'aggiunta dell'articolo 235 del Trattato CEE alle altre due basi giuridiche della decisione «*Erasmus*». Una prima conseguenza negativa era la negazione di una piena competenza legislativa della Comunità, sulla base dell'art. 128 del Trattato, in materia di promozione e di sostegno finanziario all'insegnamento universitario ed in particolare in materia di cooperazione fra università dei differenti Stati membri. La seconda conseguenza negativa era rappresentata dall'applicazione della regola del voto all'unanimità imposta dall'art. 235, laddove il Trattato CEE, all'art. 128, prevedeva che il Consiglio potesse deliberare a maggioranza semplice. Il ricorso della Commissione contro il Consiglio avrebbe inoltre fornito alla Corte l'occasione di chiarire, una volta per tutte, se l'interpretazione data nella sentenza *Gravier* alla nozione di formazione professionale aveva la stessa portata, sia nel caso in cui si trattava di applicare alle legislazioni nazionali il principio generale del divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità sia nel caso in cui il problema era quello di definire il contenuto e i limiti dei poteri d'azione conferiti al legislatore comunitario all'art. 128 del Trattato.

Quella «*Note de salsine*» sembra essere stata alquanto convincente, dato che il 7 agosto 1987 la "Commissione delle Comunità Europee" (così era denominato all'epoca l'esecutivo comunitario), presentava dinanzi alla Corte di giustizia un ricorso avente ad oggetto l'annullamento della decisione «*Erasmus*» n. 87/327/Cee del Consiglio. Questo ricorso era fondato su due motivi strettamente collegati tra loro: da un lato, la violazione del Trattato a causa dell'aggiunta, da parte del Consiglio, dell'articolo 235 del Trattato CEE alla base giuridica (art. 128 e decisione n. 63/266/Cee) proposta dalla Commissione e, d'altro lato, la violazione di forme sostanziali, nella misura in cui tale aggiunta era accompagnata da una motivazione talmente vaga ed imprecisa, che essa non poteva certo soddisfare le esigenze imposte dall'art. 190 del Trattato CEE²⁶ in materia di adeguata motivazione degli atti delle Istituzioni comunitarie.

²⁶ L'art. 190 del Trattato CEE prevedeva che: «I regolamenti, le direttive e le decisioni del Consiglio e della Commissione sono motivati e fanno riferimento alle proposte o ai pareri obbligatoriamente richiesti in esecuzione del presente Trattato» (si veda attualmente l'art. 296, par. 2, TFUE).

5. La sentenza «*Erasmus*» della Corte di giustizia

Il dispositivo della sentenza della Corte²⁷ non riflette a sufficienza la grande vittoria della Commissione sulle due questioni di principio dibattute nel processo, vale a dire quella delle competenze normative del Consiglio in materia di formazione professionale e quella della definizione del concetto di formazione professionale.

La Corte ha, in effetti, respinto il ricorso della Commissione a causa di una imperfezione marginale della decisione «*Erasmus*», rappresentata dalla circostanza che una parte delle azioni di promozione e di finanziamento del programma «*Erasmus*» riguardavano tanto l'ambito della ricerca scientifica, quanto quello della formazione professionale. Dopo aver ricordato che «la ricerca scientifica rientra, in modo peculiare, nelle funzioni proprie delle università» poiché «parte del personale universitario vi si consacra esclusivamente» e che in ogni caso «costituisce di norma un elemento essenziale dell'attività della maggioranza dei docenti universitari»²⁸, la Corte, rilevato che la decisione menzionata riguardava anche l'ambito della ricerca scientifica²⁹, ha concluso che il Consiglio non era competente ad adottare la decisione «*Erasmus*» sulla base del solo art. 128 poiché «prima dell'entrata in vigore dell'Atto unico europeo, non poteva che fondarsi anche sull'art. 235 del trattato»³⁰.

Appariva tuttavia evidente che il centro di gravità della sentenza «*Erasmus*» era rappresentato dai principi interpretativi enunciati dalla Corte per quello che riguarda, da una parte, la definizione dell'ambito dei poteri di azione del Consiglio nel settore della formazione professionale e, dall'altra, l'inclusione o meno degli studi universitari nella nozione di formazione professionale. Da questo duplice punto di vista, il processo si è risolto in una completa vittoria della Commissione.

Quanto al primo motivo di ricorso della Commissione, la Corte si è basata due volte sulla teoria dell'«effetto utile» delle disposizioni di diritto comunitario³¹ per affermare, in primo luogo, che: «prevedere l'attuazione

²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 1989 in causa n. 242/87, *Erasmus*, in *Raccolta*, p. 1449, EU:C:1989:217.

²⁸ Sentenza *Erasmus*, *loc. cit.*, punto 34.

²⁹ La Corte ha menzionato espressamente al punto 36 della sentenza *Erasmus*, gli aiuti previsti dal programma «*Erasmus*» per favorire una maggiore mobilità del personale docente nella Comunità (azione n. 1, punti 3 e 4).

³⁰ Sentenza *Erasmus*, *loc. ult. cit.*, punto 37.

³¹ Tesi sostenuta dal Servizio giuridico della Commissione nel suo primo parere del luglio 1985.

di una politica comune di formazione professionale esclude qualsiasi interpretazione della norma che porti a rifiutare alla Comunità gli strumenti di azione necessari per gestire utilmente tale politica comune»³².

In seguito, la Corte proseguiva citando la propria sentenza *Gravier*, (che, com'è opportuno ricordare per l'ennesima volta, riguardava esclusivamente il divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità applicato alle legislazioni nazionali) per trasporre i principi interpretativi di quella stessa sentenza al «processo graduale di realizzazione» della politica comune di formazione professionale. Tale «processo graduale di realizzazione» ha il suo "punto di partenza" nei principi generali stabiliti dal Consiglio nella sua decisione n. 63/266/Cee e trova nell'attuazione di questi stessi principi generali la sua seconda fase, per la cui realizzazione tanto gli Stati membri, quanto le Istituzioni comunitarie sono competenti «in un quadro di cooperazione»³³.

Riferendosi poi una seconda volta alla teoria dell'«effetto utile» la Corte ha concluso, su questo punto fondamentale del processo, che un'interpretazione dell'art. 128 del Trattato CEE secondo la quale l'attuazione dei principi generali della politica comune di formazione professionale spetta anche alle Istituzioni europee, «porta a riconoscere al Consiglio il potere di emanare atti giuridici aventi ad oggetto azioni comunitarie in materia di formazione professionale, con relativi obblighi di cooperazione per gli Stati membri. Simile interpretazione è conforme alla lettera dell'art. 128 e ne afferma, nello stesso tempo, un effetto utile»³⁴. Si tratta dunque di un grande passo in avanti nel riconoscimento alla Comunità economica europea dell'epoca, di una competenza legislativa, sia pure limitata, in materia di insegnamento universitario.

Più precisamente, la sfida consistente nel persuadere la Corte a trasporre al contesto della definizione delle competenze legislative della Comunità, i principi interpretativi dell'art. 128 del Trattato enunciati dalla medesima Corte nella sentenza *Gravier* ed aventi ad oggetto il divieto di discriminazioni nazionali in materia di accesso alla formazione professionale, si era conclusa con una totale vittoria per la Commissione e per il processo d'integrazione europea.

Quanto alla parte della sentenza «*Erasmus*» relativa all'inclusione degli studi universitari nel loro complesso nella nozione di formazione professionale, è opportuno ricordare che la "suspense" circa la posizione che la Corte avrebbe assunto era stata fortemente ridotta dai chiarimenti che la

³² Sentenza *Erasmus*, cit. *supra*, nota 27, punto 9.

³³ *Ivi*, punto 10.

³⁴ *Ivi*, punto 11.

Corte stessa aveva fornito riguardo alla sentenza *Gravier* nella sentenza *Blaizot* del 2 febbraio 1988³⁵. In quest'ultima pronuncia, la Corte aveva, in effetti, precisato da un lato che gli studi universitari rientravano, in generale, nei criteri stabiliti dalla sentenza *Gravier* (la preparazione ad una determinata professione) e, d'altro lato, che la natura di formazione professionale non era esclusa nel caso di corsi di studio che, pur non attribuendo una qualificazione immediata per l'esercizio di una professione, conferivano tuttavia «una particolare idoneità»³⁶ ad esercitare tale medesima professione.

La conclusione della Corte su questo punto ha comportato il rigetto *in toto* dell'argomentazione della difesa del Consiglio che, per giustificare l'aggiunta dell'art. 235 del Trattato CEE come base giuridica della decisione, aveva sostenuto che, mentre il programma «*Erasmus*» era applicabile a tutti i tipi di studi universitari, una gran parte degli stessi non rientrava nella nozione di formazione professionale. Al contrario, secondo la Corte «la generalità degli studi cui si applica il programma controverso rientra nel campo della formazione professionale» e «questa sola eventualità» che certi studi universitari, «per loro peculiari caratteristiche»³⁷ possano non rientrare in questa definizione «non potrebbe giustificare la conclusione secondo la quale il programma controverso eccederebbe l'ambito della politica di formazione professionale e che il Consiglio non potrebbe dunque adottarlo in forza dell'art. 128 del trattato»³⁸.

Qualche settimana dopo la sentenza *Erasmus* della Corte di giustizia, la Commissione trasmetteva al Consiglio una proposta di decisione avente ad oggetto la modifica della prima decisione «*Erasmus*» n. 87/327/Cee. La proposta è stata adottata dal Consiglio molto rapidamente il 14 dicembre 1989³⁹. Tale (seconda) decisione di riforma ha, da una parte, precisato che «il programma *Erasmus* non copre le attività di ricerca, né di sviluppo tecnologico» (nuovo art. 1, par. 2) e, d'altra parte, ha prolungato di tre mesi la durata di esecuzione del programma, dal 1° gennaio 1991 al 31 dicembre 1993 (art. 4). Tuttavia il passo in avanti più rilevante sul piano istituzionale è stato rappresentato dalla circostanza che la nuova decisione «*Erasmus II*» aveva

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 2 febbraio 1988 in causa n. 24/86, *Blaizot*, in *Raccolta*, 1988, p. 379, EU:C:1988:43.

³⁶ Sentenza *Erasmus*, *cit. supra*, nota 27, punti 25 e 26.

³⁷ È un'allusione ai corsi di formazione e sviluppo personale menzionati nella sentenza in causa n. 24/86, *Blaizot*, *loc. cit.*, quali quelli proposti dalle "università della terza età".

³⁸ Sentenza *Erasmus*, *loc. cit.*, punto 27.

³⁹ Decisione del Consiglio n. 89/663/Cee recante modifica della decisione n. 87/327/Cee che adotta il programma di azione comunitario in materia di mobilità degli studenti (*ERASMUS*), in *Guce* n. L 395 del 30 dicembre 1989, p. 23 [Decisione *Erasmus II*].

come sola base giuridica l'art. 128 del Trattato CEE con la seguente motivazione: «considerando che, alla luce della sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 1989, occorre chiarire la situazione e prevedere che ormai il programma *Erasmus* rientra unicamente nel settore della politica comune di formazione professionale prevista dall'articolo 128 del trattato»⁴⁰. Nessuno Stato membro ha osato impugnare la decisione «*Erasmus II*», il che dimostra che la sentenza della Corte n. 242/87 avente ad oggetto la decisione «*Erasmus I*» aveva rappresentato, nonostante il suo dispositivo di rigetto del ricorso, una vittoria completa per la Commissione, dal punto di vista della sostanza, della controversia consistente nell'interpretazione dell'art. 128 del Trattato CEE e nella definizione della portata dei corrispondenti poteri d'azione al Consiglio.

6. La sentenza *Comett II* della Corte di giustizia

La storia giudiziaria della decisione «*Erasmus*» non finisce tuttavia con la pronuncia, il 30 maggio 1989, della sentenza n. 242/87 appena esaminata. Il 26 dicembre 1988, infatti, il Consiglio adottava la decisione «*Comett II*»⁴¹, fondata sul solo art. 128 del Trattato CEE e su cinque «principi generali» della decisione n. 63/266/Cee. Si era evidentemente formata in seno al Consiglio una maggioranza di ministri dell'istruzione che era riuscita questa volta ad opporsi all'aggiunta dell'art. 235 del Trattato come seconda (o terza) base giuridica della decisione stessa.

Il Regno Unito⁴², la Francia⁴³ e la Germania⁴⁴, che erano stati messi in minoranza all'epoca dell'adozione della decisione «*Comett II*»⁴⁵, hanno presentato tre ricorsi contro questa medesima decisione. I tre ricorsi sono stati in seguito riuniti dalla Corte, che si è pronunciata con sentenza dell'11 giugno 1991⁴⁶ in un senso totalmente favorevole al Consiglio ed alla Commissione, intervenuta a sostegno del Consiglio nei tre procedimenti.

⁴⁰ Decisione *Erasmus II*, settimo *considerando*, *cit. supra*, nota 39.

⁴¹ Decisione del Consiglio n. 89/27/Cee, del 16 dicembre 1988, relativa alla seconda fase del programma di cooperazione tra università ed imprese in materia di formazione nel campo delle tecnologie (*COMETT II*) (1990-1994) in *Guce* n. L13 del 17 gennaio 1989, p. 28.

⁴² Causa n. C-51/89, *Regno Unito c. Consiglio*.

⁴³ Causa n. C-90/89, *Francia c. Consiglio*.

⁴⁴ Causa n. C-94/89, *Germania c. Consiglio*.

⁴⁵ Molto verosimilmente erano quegli stessi Stati membri che sin dall'inizio erano contrari al lancio dei programmi "*Comett I*" ed "*Erasmus*" e che avevano imposto l'aggiunta dell'art. 235 CEE all'art. 128 CEE come base giuridica delle due decisioni.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 1991 in cause riunite n. C-51/89, n. C-90/89, n. C-94/89, *Regno Unito, Francia e Germania c. Consiglio*, in *Raccolta* 1991, I, p. 2757, EU:C:1991:241.

In queste sentenze la Corte ha completamente respinto i due motivi di ricorso proposti dai tre Stati ricorrenti. In primo luogo, per la Corte, il programma «*Comett II*» aveva come oggetto esclusivo la formazione professionale, oggetto che non poteva essere rimesso in causa «dal fatto che la formazione professionale viene intesa come un fattore tale da facilitare tanto la valorizzazione dei risultati della ricerca scientifica quanto lo sviluppo tecnologico nella Comunità»⁴⁷. Le affermazioni fatte dalla Corte nella sua sentenza n. 242/87 sul programma «*Erasmus*» non potevano pertanto essere trasposte al programma «*Comett II*» che riguardava unicamente la cooperazione fra università ed imprese in materia di formazione⁴⁸.

In secondo luogo, la Corte ha rigettato l'argomento degli Stati ricorrenti secondo cui la formazione continua, prevista dal programma «*Comett II*», non rientrava nella nozione di formazione professionale poiché tale formazione sarebbe stata da considerare come un «perfezionamento professionale». Secondo la Corte, «il testo dell'art. 128 si riferisce, infatti, alla politica comune di formazione professionale, senza distinguere tra la formazione iniziale e la formazione continua o permanente. Stando così le cose, quest'ultimo aspetto della formazione non può essere escluso dalla formazione professionale senza restringere questa nozione in modo arbitrario»⁴⁹. I tre ricorsi sono stati di conseguenza respinti *in toto*.

Nel frattempo, durante la pendenza del processo «*Comett II*», il Consiglio adottava altre due decisioni fondate sul solo art. 128 del Trattato CEE e aventi per oggetto rispettivamente i programmi «*Eurotecnet*»⁵⁰ e «*Force*»⁵¹, decisioni che non venivano impugnate da alcuno Stato membro. La produzione legislativa del Consiglio che dava attuazione all'art. 128 del Trattato CEE e alla decisione n. 63/266/Cee era dunque diventata un "fiume in piena" che nulla sembrava poter più arginare.

⁴⁷ Sentenza *Regno Unito, Francia e Germania c. Consiglio*, cit. *supra*, nota 46, punto 18.

⁴⁸ *Ivi*, punto 29.

⁴⁹ *Ivi*, punto 31.

⁵⁰ Decisione del Consiglio n. 89/657/Cee, del 18 dicembre 1989, che stabilisce un programma d'azione volto a promuovere l'innovazione nel settore della formazione professionale in conseguenza del mutamento tecnologico nella Comunità europea (*Eurotecnet*), in *Guce* n. L 393 del 30 dicembre 1989, p. 29.

⁵¹ Decisione 90/267/Cee del 29 maggio 1990 che stabilisce un programma d'azione per lo sviluppo della formazione professionale continua nella Comunità europea (FORCE), in *Guce* n. L 156 del 21 giugno 1990, p. 1.

7. Conclusione: gli obiettivi del programma «Erasmus» si trovano oggi enunciati nel testo stesso del Trattato UE

L'imprevedibile evoluzione della legislazione e della giurisprudenza comunitarie relative all'art. 128 del Trattato CEE è stata certamente all'origine della sua soppressione, e della regola del voto a maggioranza semplice del Consiglio che lo stesso articolo prevedeva, per opera del Trattato di Maastricht firmato il 7 febbraio 1992⁵².

Nel "Trattato che istituisce la Comunità europea" è stato, infatti, introdotto un intero capo⁵³ «Istruzione, formazione professionale e gioventù», formato dagli artt. 126 e 127, che conferisce al legislatore comunitario (Consiglio e Parlamento, su proposta della Commissione, secondo la procedura legislativa ordinaria) un esplicito potere di decisione per adottare «azioni di supporto» in materia di istruzione (art. 126 TCE) e misure analoghe in materia di formazione professionale (art. 127 TCE) «ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» (art. 126, par. 4, e art. 127, par. 4, TCE), armonizzazione che peraltro non era mai stata l'obiettivo, né del programma «Comett», né del programma «Erasmus».

Merita infine di essere rilevato che l'art. 126, par. 2, del TCE, divenuto in seguito art. 149 TCE e trasposto dal Trattato di Lisbona nell'art. 165 TFUE con modifiche del tutto marginali, dispone che: «L'azione della Comunità è intesa: - a sviluppare la dimensione europea dell'istruzione; - a favorire la mobilità degli studenti e degli insegnanti; - a promuovere la cooperazione tra gli istituti d'insegnamento».

L'idea geniale del professor *H. Jones*, che fu all'origine del programma «Erasmus», si trova quindi oggi enunciata nel testo stesso del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ed è a partire da questa espressa attribuzione di una competenza normativa all'Unione europea che molti altri programmi di scambio di studenti sono stati in passato, e saranno sicuramente adottati nel prossimo futuro, dal legislatore europeo.

Alla data odierna (2017), i programmi di scambio di studenti fra università degli Stati membri dell'Unione europea sono disciplinati dal regolamento (e non più da una semplice decisione "sui generis" senza destina-

⁵² Trattato sull'Unione europea (Maastricht), in *Guce* n. C 191 del 29 luglio 1992.

⁵³ Capo 3 del titolo VIII del TCE «Politica sociale, educazione, formazione professionale e gioventù».

tari) n. 1288/2013 dell'11 dicembre 2013⁵⁴ che ha istituito il programma «*Erasmus+*: il programma dell'Unione per l'istruzione, la formazione, la gioventù e lo sport». Per i sette anni di attuazione del programma *Erasmus+* (2014-2020), il legislatore dell'Unione ha previsto uno stanziamento di quasi 15 miliardi di euro⁵⁵, vale a dire più di due miliardi di euro all'anno. Questo stanziamento va confrontato con i 192 milioni di ECU su tre anni (64 milioni l'anno) disposti per il programma Erasmus dalla precitata decisione «*Erasmus II*» n. 89/663/Cee⁵⁶. L'enorme aumento delle disponibilità finanziarie destinate all'attuazione del programma «*Erasmus+*» dà la misura esatta dell'importanza che le Istituzioni europee competenti per l'applicazione degli artt. 165 e 166 del TFUE (Commissione, Consiglio e Parlamento europeo) hanno accordato all'azione dell'Unione nell'ambito dell'istruzione e della formazione professionale.

Mi è sembrato utile raccontare questa breve "storia segreta" del programma «*Erasmus*» pensando ai milioni di giovani che hanno beneficiato della straordinaria possibilità di vivere per qualche mese in uno Stato dell'Unione europea diverso da quello di origine.

Permettetemi di terminare questo racconto con l'estratto di una lettera che una giovane studentessa della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli, Mirella Maselli, ha scritto sulla pagina *Facebook* "*Erasmus*" della stessa Facoltà il 7 febbraio 2017, alla fine di un semestre passato in Belgio all'Università di *Louvain-la-Neuve*.

«Si conclude qui l'esperienza più bella della mia vita. Quando sostieni i colloqui per vincere la borsa *Erasmus* la frase più gettonata è: "Voglio fare l'*Erasmus* per crescere e conoscere nuove culture". Eccome se cresci! Impari a vedere tutto con occhi nuovi, a cavartela da solo, ma anche a dare un po' di fiducia a chi conosci da poco. L'*Erasmus* ti insegna a vivere, ad uscire dalla tua "*comfort zone*", a metterti alla prova e ad essere sempre forte. Ti insegna a metterti sempre in gioco e a confrontarti con studenti da tutto il mondo, e, nonostante le differenze, a sentirsi in realtà tutti uguali. Il Belgio mi ha insegnato che cosa significa essere gentili sempre, perché anche solo se incontri lo sguardo di una persona sconosciuta è molto meglio sorriderle ed augurarle una buona giornata piuttosto che distogliere lo sguardo.

⁵⁴ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1288/2013 dell'11 dicembre 2013, che istituisce "*Erasmus+*": il programma dell'Unione per l'istruzione, la formazione, la gioventù e lo sport e che abroga le decisioni n. 1719/2006/Ce, n. 1720/2006/Ce e n. 1298/2008/Ce, in *Gu-UE* n. L 347 del 20 dicembre 2013, p. 50.

⁵⁵ Art. 18, Regolamento n. 1288/2013, *cit. supra*, nota 54.

⁵⁶ Art. 4, esercizi 1991-1993.

E credetemi, non c'è cosa più bella e stimolante che sentirsi parte di un Paese diverso da quello in cui sei nato. L'*Erasmus* non sarà mai una perdita di tempo, riesce a darti molto di più di una semplice laurea (...) Impari ad apprezzare quello che hai, impari a riconoscere chi sarà sempre con te e chi crede nel tuo futuro, spingendoti a vedere il mondo, a non mollare mai. L'*Erasmus* è un'occasione che bisogna cogliere al volo. Sì, l'*Erasmus* ti fa crescere».

Enrico Traversa**

SINTESI

L'articolo ha lo scopo di dimostrare come, a partire da un'idea geniale (l'organizzazione di scambi di studenti fra università di diversi Stati membri, fondati sul riconoscimento, da parte dell'università di provenienza, degli esami superati nell'università dello Stato ospitante), accompagnata fin dall'inizio da un'audace analisi giuridica dei poteri d'azione della CEE (all'epoca) in materia di formazione professionale, sia stato possibile pervenire all'adozione della prima decisione «*Erasmus*» del Consiglio. L'A., che ha partecipato personalmente all'elaborazione della proposta alla Commissione nel 1985, ricostruisce le tappe della sconosciuta storia giuridica del programma «*Erasmus*», dalla sentenza *Gravier* della Corte di giustizia del febbraio 1985, al parere del Servizio giuridico della Commissione del luglio 1985, dalla proposta della Commissione dell'agosto 1985, al parere (favorevole!) del Servizio giuridico del Consiglio dell'ottobre 1985, sino all'adozione finale della decisione «*Erasmus*» nel giugno 1987. Questa storia prosegue poi dinanzi alla Corte di giustizia che nelle sentenze *Erasmus* del 1989 e *Comett II* del 1991 ha confermato l'esistenza di una competenza normativa della Comunità economica europea (dell'epoca) in materia di programmi transfrontalieri di scambio di studenti. Questa stessa storia si è conclusa (felice-mente) nel 1992 con il Trattato di Maastricht, che ha trasposto in due articoli del Trattato CE, poi TFUE (dopo il Trattato di Lisbona: artt. 165 e 166), gli obiettivi del primo programma «*Erasmus*».

ABSTRACT

The article aims at showing how, starting from a brilliant idea (to organise exchanges of students between universities of different Member States, based on the recognition by the university of the home Member State of the exams passed in

** Consigliere giuridico principale, Direttore dell'*équipe* «Giustizia e affari interni» del Servizio giuridico della Commissione europea

the university of the host Member State) which was supported from the beginning by a daring legal analysis of the EEC (at that time) powers of action in the area of vocational training, it has been possible to come to the adoption of the first «Erasmus» Council decision. The author of the article, who participated personally in the conception of the Commission proposal in 1985, describes the stages of the unknown legal history of the «Erasmus» program, from the Gravier judgment of the EU Court of justice of February 1985, to the opinion of the Commission Legal Service of July 1985, from the Commission proposal in August 1985, to the (positive!) opinion of the Council Legal Service of October 1985, until the final adoption of the «Erasmus» Decision in June 1987. Such history pursued before the EU Court of justice which in its Erasmus and Comett II judgments, of respectively 1989 and 1991, confirmed the existence of an EEC law-making power in the area of transfrontier programs of students exchanges. Such history came to an (happy) end in 1992 with the Maastricht Treaty which transposed into two articles of the EC Treaty, then TFEU (after the Lisbon Treaty: articles 165 and 166), the objectives of the first «Erasmus» program.

L'ASSETTO DELLE COMPETENZE EUROPEE E NAZIONALI IN MATERIA DI PROPRIETÀ INDUSTRIALE E INTELLETTUALE CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLE INDICAZIONI GEOGRAFICHE

Sommario: **1.** *La questione della competenza europea in materia di nomi geografici e le sue implicazioni per l'assetto della proprietà intellettuale tra Unione e Stati membri* - **2.** *Il sistema costituzionale delle competenze nell'Unione europea* - **3.** *L'inquadramento della proprietà intellettuale nelle competenze dell'Unione europea* - **4.** *La peculiare collocazione dei nomi geografici nel quadro delle competenze europee: per una riconduzione "strutturale" alla categoria della proprietà intellettuale* - **5.** *Espansione delle competenze europee e pre-emption delle competenze nazionali in materia di proprietà intellettuale* - **6.** *Segue: il sistema europeo della proprietà intellettuale "a doppio livello" alla luce dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.*

1. La questione della competenza europea in materia di nomi geografici e le sue implicazioni per l'assetto della proprietà intellettuale tra Unione e Stati membri

A quasi un decennio dalla sentenza *Bud II*¹, con la quale è stata sancita – non senza critiche² – la natura esaustiva della regolamentazione europea sulle indicazioni geografiche e denominazioni d'origine, si registra un par-

¹ V. sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7721, EU:C:2009:521.

² Per una censura delle criticità di tale pronuncia v. per tutti l'analisi di F. CAPELLI, *La Corte di giustizia in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette, riferite ai prodotti agroalimentari, mediante la sentenza Bud II motivata in modo affrettato, contraddittorio e per nulla convincente*, in questa *Rivista*, 2010, p. 401 ss.

tiolare fermento in materia di «nomi geografici» a livello di Unione europea³. Sul piano internazionale, l'Unione è impegnata in un'opera di rafforzamento del proprio sistema di protezione verso Paesi terzi, principalmente nel contesto di accordi bilaterali di libero scambio⁴. Sul piano interno, il legislatore europeo ha avviato l'*iter* normativo per estendere la protezione dei nomi geografici anche ai prodotti non agricoli⁵. Inoltre, a livello giurisprudenziale, la Corte di giustizia è interessata da diversi procedimenti che riguardano tale istituto, sia in termini di contenuto della protezione così

³ Per comodità di esposizione, nella presente trattazione si utilizzerà la dicitura «nomi geografici» come comprensiva dei diversi titoli di protezione per le denominazioni e indicazioni geografiche (in particolare DOP e IGP per i prodotti agroalimentari, nonché i corrispettivi equivalenti in materia di vini, bevande spiritose e vini aromatizzati) in conformità alla terminologia del legislatore europeo: in tal senso v. Regolamento (Ue) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 novembre 2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, in *Gu-Ue* n. L 343 del 14 dicembre 2012, p. 1; opta per tale scelta terminologica, con le dovute puntualizzazioni del caso, anche M. RICOLFI, *Trattato dei marchi*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 1794.

⁴ A titolo di esempio v. capo 10, sezione B, sottosezione C, Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea dall'altra, in *Gu-Ue* n. L 127 del 14 maggio 2011, p. 6; titolo VII, capo 3, sezione 2, accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Colombia e il Perù, dall'altra, in *Gu-Ue* n. L 354 del 21 dicembre 2012, p. 3; nonché, più recentemente, capo 20, sezione B, sottosezione C, Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, in *Gu-Ue* n. L 11 del 14 gennaio 2017, p. 23 (approvato ma non ancora in vigore); per un inquadramento della politica europea nel contesto di tale agenda internazionale v. lo studio finanziato dalla Commissione europea, *Impact of EU trade agreements on the EU agricultural sector*, dicembre 2016, reperibile all'indirizzo internet https://ec.europa.eu/agriculture/external-studies/2016-bilateral-trade-agreements_en; sul tema v. L. COSTATO, *Protezionismo e accordi bilaterali: l'emergere di nuovi modelli di regolazione nel commercio internazionale dei prodotti alimentari*, in *Riv. dir. alim.*, 2017, n. 1, p. 1 ss.; T. ENGELHARDT, *Geographical Indications Under Recent EU Trade Agreements*, in *IIC*, 2015, 781 ss.; A. G. MICARA, *La tutela internazionale delle indicazioni geografiche relative a prodotti alimentari nella prospettiva della tutela della qualità*, in C. RICCI (a cura di), *La tutela multilivello del diritto alla sicurezza e qualità degli alimenti*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 197 ss.; per un'analisi del regime concordato sul punto nell'accordo commerciale tra Unione europea e Canada v. B. O'CONNOR, *Geographical Indications in CETA, the Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the EU*, in *Riv. dir. alim.*, 2015, 2, p. 61 ss.; per un ulteriore commento sull'impostazione di cui al Trattato CETA in materia di indicazioni geografiche, nel contesto della negoziazione dell'omologo accordo TTIP di *partnership* transatlantica tra Unione europea e Stati Uniti d'America, v. I. CALBOLI, *Time to Say Local Cheese and Smile at Geographical Indications of Origin? International Trade and Local Development in the United States*, in *Houston Law Rev.*, 2015, p. 373 ss.

⁵ V. Libro Verde «Sfruttare al meglio il know-how tradizionale dell'Europa: una possibile estensione della protezione delle indicazioni geografiche dell'Unione europea ai prodotti non agricoli», Com(2014)469 final; l'*iter* normativo è in procinto di partire formalmente, essendosi in attesa della proposta legislativa da parte della Commissione europea in seguito al voto favorevole espresso in tal senso dal Parlamento europeo con risoluzione dell'8 ottobre 2015, *On the possible extension of geographical indication protection of the European Union to non-agricultural products*, 2015/2053(INI); sul tema v. G. MORETTI, *The Registration of Geographical Indications for Non-Agricultural Products in France and its Impact on Proposed EU Legislation*, in *EIPR*, 2016, p. 686 ss.; D. MARIE-VIVIEN, *The protection of geographical indications for handicrafts or how to apply the concepts of natural and human factors to all products*, in *WIPO Journal*, 2013, p. 191 ss.

disposta⁶, sia in termini di collocazione dello stesso nel quadro dell'azione esterna dell'Unione⁷.

È in questo contesto che il tema della competenza dell'Unione europea in materia di nomi geografici torna di stretta attualità: in sede di impugnazione contro l'annullamento del marchio «*Port Charlotte*», la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi nuovamente su tale questione, questa volta con riferimento al settore dei vini⁸. Benché difficilmente potessero attendersi sorprese in termini di *révirement*, essendo prevedibile la conferma *in toto* della *ratio decidendi* di cui alla sentenza *Bud II* (come poi di fatto è avvenuto)⁹, tale vertenza rappresenta l'occasione per analizzare la

⁶ V. sentenza della Corte di giustizia del 21 gennaio 2016 in causa n. C-75/15, *Viiniverla Oy c. Sosiaali- ja terveystieteiden tutkimuskeskus*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, 2016, EU:C:2016:35, per cui sia consentito rinviare a B. CALABRESE, *La protezione dei nomi geografici nei regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari: criteri oggettivi e soggettivi della tutela per evocazione*, in questa *Rivista*, 2016, p. 273 ss.; nonché ancora più recentemente v. sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2017 in cause riunite da n. C-673/15 P a n. C-676/15 P, *The Tea Board c. EUIPO*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, EU:C:2017:702 (in tema di conflitto tra l'indicazione geografica protetta «*Darjeeling*» e un marchio simile per prodotti diversi dal tè); quanto ai procedimenti pendenti, v. conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona del 20 luglio 2017 in causa n. C-393/16, *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne c. Aldi Süd Dienstleistungs-GmbH & Co. OHG*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, EU:C:2017:581 (in tema di inserimento della denominazione d'origine protetta «*Champagne*» nella presentazione di un prodotto alimentare in caso di utilizzo come ingrediente).

⁷ V. parere della Corte di giustizia n. 2/15 del 16 maggio 2017, *Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, 2017, EU:C:2017:376; quanto ai procedimenti pendenti, v. conclusioni dell'Avvocato Generale Bot del 26 luglio 2017 in causa n. C-389/15, *Commissione europea c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, 2017, EU:C:2017:604 (in tema di annullamento della decisione del Consiglio che autorizza l'avvio di negoziati sulla revisione dell'Accordo di Lisbona in materia di denominazioni d'origine e indicazioni geografiche).

⁸ V. sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 2017 in causa n. C-56/16 P, *EUIPO c. Instituto dos Vinhos do Douro e do Porto*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, EU:C:2017:693 (in tema di annullamento del marchio «*Port Charlotte*» per conflitto con la denominazione d'origine protetta «*Porto*»); tale procedimento discende dalla sentenza del Tribunale del 18 novembre 2015 in causa n. T-659/14, *Instituto dos Vinhos do Douro e do Porto c. UAMI / Bruichladdich Distillery Co. Ltd*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, 2015, EU:T:2015:863, nella quale i giudici europei di primo grado, nel risolvere la controversia, avevano argomentato nel senso della natura non esaustiva del regime dei nomi geografici in materia di prodotti vitivinicoli (argomentazione appunto oggetto di specifica impugnazione nell'ambito del ricorso avanti alla Corte di giustizia); per un commento alla sentenza del Tribunale v. K. WINTERS, *A greater role for geographical indications in the registration of Community trade marks*, in *JIPLP*, 2016, p. 322 ss.

⁹ Nettamente in tale direzione si erano orientate le conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona del 18 maggio 2017 in causa n. C-56/16 P, *EUIPO c. Instituto dos Vinhos do Douro e do Porto*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, EU:C:2017:394; si noti che la Corte di giustizia in sede di decisione si è conformata pienamente a tale ricostruzione (v. sentenza *cit. supra*, nota 8, punti 75-109), rifacendosi integralmente alle (invero contestatissime) argomentazioni della giurisprudenza *Bud II*; un avvertimento sul possibile ribaltamento, in sede di impugnazione, della valutazione di non esaustività del regime dei nomi geografici nel comparto vitivinicolo era già stato esplicitato subito dopo la pronuncia del Tribunale da N. COPPOLA, *Lo stato attuale della legislazione e della giurisprudenza europea sul tema della*

questione della competenza europea in materia di nomi geografici e di proprietà "intellettuale" (*rectius*, industriale e intellettuale)¹⁰ in generale, nonché per svolgere alcune riflessioni sul quadro istituzionale di riferimento nel rapporto tra Unione e Stati membri.

2. Il sistema costituzionale delle competenze nell'Unione europea

Preliminarmente, è opportuno richiamare i tratti fondanti del sistema delle competenze dell'Unione europea. Alla luce dell'ultima revisione di Lisbona, tale profilo ha ricevuto una compiuta sistemazione nei trattati istitutivi: si prevede, così, a livello "costituzionale", una serie di principi e regole che dettano un ordine preciso per la divisione dei poteri competenziali tra Unione e Stati membri¹¹.

In primis vi è il principio di attribuzione, secondo il quale l'Unione europea non è titolare di una propria sovranità originaria, ma esercita poteri sovrani solo nella misura in cui essi le siano stati conferiti dagli Stati membri in sede costitutiva¹². Lungi dal possedere un valore solo simbolico, tale principio costituisce un elemento cruciale per apprezzare la natura dell'ordinamento europeo, il quale, per quanto rimanga un'organiz-

competenza riguardo alle indicazioni geografiche, in questa *Rivista*, 2016, p. 353 ss., ove anche un inquadramento sistematico della questione; in generale, sul tema delle competenze in materia di nomi geografici v. da ultimo V. DI CATALDO, *Denominazioni e indicazioni geografiche tra registrazione comunitaria e protezione nazionale. Made in, IGP e DOP*, in *AIDA*, 2016, p. 31 ss.

¹⁰ Ancorché la dicitura corretta sia «proprietà industriale ed intellettuale», trattandosi non solo di diritti d'autore ma anche di brevetti, varietà vegetali, marchi, disegni e modelli e altri istituti appartenenti a questo diverso sottoinsieme, per ragioni di semplicità si utilizzerà la sola dicitura sintetica di «proprietà intellettuale» ancora una volta in conformità alla terminologia dell'ordinamento europeo (v. art. 118 TFUE); sulle diverse accezioni della nozione di «proprietà intellettuale», come più o meno estese anche ai diritti di proprietà industriale strettamente intesi secondo la tradizionale nomenclatura giuridica italiana, v. A. MUSSO, *Proprietà Intellettuale*, in *Enc. Dir.*, annali II, 2, 2008, p. 890 ss.

¹¹ Per una ricostruzione generale del Trattato di Lisbona in chiave storica v. J. C. PIRIS, *The Lisbon Treaty: a legal and political analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 7 ss.; nonché, con riferimento al relativo quadro istituzionale, v. S. MANGIAMELI, *The Institutional Design of the European Union After Lisbon*, in H. BLANKE - S. MANGIAMELI (a cura di), *The European Union after Lisbon: Constitutional Basis, Economic Order and External Action*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 93 ss.; per una riflessione più specifica sulla revisione strutturale delle competenze europee nell'ambito del processo di riforma dei trattati istitutivi v. V. M. SBRESCIA, *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, Napoli, ESI, 2008, p. 247 ss.; in generale per un'analisi di tale tematica istituzionale v. U. DRAETTA, *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in questa *Rivista*, 2008, p. 245 ss.

¹² V. art. 5, par. 2, TUE, secondo cui «in virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri».

zazione internazionale decisamente *sui generis*¹³, non è (ad oggi) equiparabile ad un soggetto "statuale" sovrano tradizionalmente inteso¹⁴.

Ferma la volontà degli Stati fondatori di non procedere a una fusione totale dei rispettivi ordinamenti nazionali, il principio di attribuzione non comporta, tuttavia, che l'integrazione delle competenze debba essere marginale. All'opposto, il quadro europeo mostra come i settori affidati alla potestà normativa dell'Unione rappresentino ormai la parte preponderante, restando assai circoscritte le materie ancora rimesse alla sovranità nazionale¹⁵.

Corollario del principio di attribuzione è, invece, l'individuazione specifica delle materie trasferite al livello europeo, la quale è orientata a finalità di certezza nella distribuzione delle competenze: ciò avviene sulla base di un'apposita catalogazione che rappresenta un'ulteriore novità della riforma di Lisbona, da intendersi come risposta degli Stati membri alle tendenze espansioniste dell'Unione realizzate attraverso l'(auto)attribuzione "strisciante" di prerogative sempre più ampie¹⁶.

¹³ Vale tuttora il richiamo alla celebre definizione secondo la quale la Comunità europea – e oggi l'Unione – costituisce «un ordinamento giuridico di nuovo genere» di cui alla sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963 in causa n. 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, in *Raccolta*, 1963, p. 3, EU:C:1963:1; per una riflessione sull'attualità di tale fondamentale sentenza in occasione del suo cinquantennale v. P. GORI, *Retrospectiva sulla genesi dei principi dell'applicabilità diretta e della preminenza del diritto comunitario: le sentenze Costa c. Enel e Van Gend & Loos*, in questa *Rivista*, 2014, p. 653 ss.; nonché B. CORTESE, *A la recherche d'un parcours d'autoconstitution de l'ordre juridique interindividuel européen: essais d'une lecture pluraliste 50 ans après Van Gend en Loos et Costa*, in *Dir. Un. Eur.*, 2015, p. 271 ss.; U. VILLANI, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant'anni*, in *Studi integr. eur.*, 2013, p. 225 ss.

¹⁴ Esprime questa differenza dell'ordinamento europeo rispetto ad un'entità statale classicamente intesa in ragione del principio di attribuzione, considerando che «l'Unione non gode pertanto della c.d. competenza della competenza (*Kompetenz Kompetenz*), dipendendo l'estensione dei suoi poteri, ma anche degli obiettivi che attraverso tali poteri deve perseguire, da quanto hanno deciso gli Stati membri nei trattati», L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 49; in approfondimento sul tema v. B. GUASTAFERRO, *The European Union as a Staatenverbund? The endorsement of the principal of conferral in the Treaty of Lisbon*, in M. TRYBUS - L. RUBINI (a cura di), *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p. 117 ss., ove si evidenzia l'importanza del principio di attribuzione, nella sua funzione di limitazione all'espansione incontrollata delle competenze europee a scapito di quelle nazionali, nel contesto del nuovo assetto costituzionale del Trattato di Lisbona; per una riflessione sistematica sulla natura soggettiva dell'Unione Europea come un'organizzazione internazionale non statale v. P. FOIS, *L'Unione europea è ancora un'organizzazione internazionale?*, in *Riv. dir. int.*, 2016, p. 371 ss.

¹⁵ V. art. 4, par. 2, TUE, ove in particolare si sancisce la competenza esclusiva degli Stati membri in materia di sicurezza nazionale, a dimostrazione di una limitatezza delle competenze residue da intendersi in senso più quantitativo che qualitativo; tuttavia, per un'analisi dell'impatto dell'ordinamento europeo sull'autonomia legislativa degli Stati membri anche nei settori di loro esclusiva competenza v. M. E. BARTOLONI, *Competenze puramente statali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2015, p. 339 ss.

¹⁶ Sul punto v. G. L. TOSATO, *La delimitazione delle competenze dell'Unione Europea tra istanze europee e nazionali*, in L. F. PACE, *Nuove tendenze del diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 67 ss.; nonché A. VAN BOGDANDY - J.

A livello tipologico, le competenze dell'Unione europea si suddividono in tre categorie: "esclusive", "concorrenti" e "di sostegno, coordinamento e completamento"¹⁷.

Le competenze esclusive sono oggetto di cessione integrale dagli Stati membri all'Unione: solo l'Unione può legiferare in tali settori, senza che residui alcun margine di autonomia normativa a livello nazionale¹⁸. Tali competenze esclusive, oggetto di elencazione tassativa, riguardano materie d'importanza strutturale per il sistema europeo, quali l'unione doganale e la politica commerciale comune¹⁹.

Le competenze concorrenti sono oggetto di condivisione tra le potestà legislative statali e dell'Unione. Tuttavia, trattasi di una condivisione secondo un modello non paritario: infatti, il livello europeo assume precedenza, nel senso che gli Stati membri possono legiferare solo nella misura in cui la materia concorrente non sia stata già disciplinata dall'Unione²⁰, e sempre a condizione di non pregiudicare gli obiettivi e gli effetti della normativa comunitaria²¹. Le competenze concorrenti coprono l'insieme preponderante dei settori, economici e non²², sopra i quali l'Unione europea

BAST, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 275 ss.; sulla specifica questione della c.d. "competenza strisciante" o "*competence creep*" nel contesto dell'evoluzione normativa dell'ordinamento europeo v. S. WEATHERILL, *Competence Creep and Competence Control*, in *Yearbook Eur. Law*, 2004, p. 1 ss.

¹⁷ Nell'ambito di questa tripartizione tipologica, occorre aggiungere che, ai sensi dell'art. 2, par. 6, TFUE, «la portata e le modalità d'esercizio delle competenze dell'Unione sono determinate dalle disposizioni dei trattati relative a ciascun settore».

¹⁸ V. art. 2, par. 1, TFUE, ai sensi del quale «quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza esclusiva in un determinato settore, solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione».

¹⁹ V. art. 3 TFUE; sottolinea in particolare le implicazioni "costituzionali" della politica commerciale comune nel contesto dell'ordinamento europeo M. KRAJEWSKI, *The Reform of the Common Commercial Policy*, in A. BIONDI - P. EECKHOUT - S. RIPLEY (a cura di), *EU Law after Lisbon*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 292 ss.

²⁰ V. art. 2, par. 2, TFUE ai sensi del quale «quando i trattati attribuiscono all'Unione una competenza concorrente con quella degli Stati membri in un determinato settore, l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria. Gli Stati membri esercitano nuovamente la loro competenza nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare la propria».

²¹ Ciò alla luce del principio di leale collaborazione, sul quale più ampiamente v. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2012, p. 104 ss.

²² V. art. 4, par 2, TFUE, il cui elenco comprende tanto il mercato interno quanto le politiche sociali e territoriali, la protezione dei consumatori, nonché lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia; l'elenco è residuale, nel senso che vi rientrano tutte le competenze europee che non sono definite né esclusive né di coordinamento, come previsto dallo stesso art. 4, par. 1, TFUE; conseguentemente, esso è da ritenersi a carattere non esaustivo, come evidenziato da U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci Editore, 2016, p. 77; precisa puntualmente che tale elenco a carattere "aperto" è tuttavia da ritenersi in concreto limitato nelle materie ad esso riconducibili in ragione del principio di attribuzione R. MASTROIANNI, *Le*

ha esteso via via il proprio raggio d'azione, in aggiunta all'originario presidio delle libertà di circolazione²³.

Da ultimo, le competenze di sostegno, coordinamento e completamente esprimono il livello meno incisivo di intervento dell'Unione, la quale può attivarsi solo a complemento delle legislazioni nazionali per coordinarne l'azione e rafforzare il perseguimento di obiettivi di interesse europeo²⁴. Trattasi di un livello più marginale, il cui impatto sugli ordinamenti dei singoli Stati membri è privo di quella forza armonizzatrice che ha caratterizzato storicamente l'integrazione comunitaria²⁵.

Le materie a competenza concorrente rappresentano l'area di maggiore rilievo, investendo tutti i settori che concernono direttamente o indirettamente il funzionamento del mercato interno²⁶; al contempo, esse costituiscono la tipologia più delicata per la definizione degli equilibri tra i poteri sovrani dell'Unione e dei singoli Stati²⁷. Come accennato, il modello di condivisione delle potestà legislative non è a base paritaria, ma prevede la prevalenza dell'azione europea, secondo l'istituto dello svuotamento o *pre-emption* delle competenze nazionali. Ciò è però controbilanciato da meccanismi di controllo dell'azione dell'Unione: l'esercizio delle competenze europee nei settori concorrenti deve, infatti, rispettare i fondamentali principi di sussidiarietà e proporzionalità.

Quanto alla nozione di *pre-emption*, essa consiste nella preclusione per gli Stati membri – i quali appunto vengono "svuotati" delle loro competenze normative – di legiferare in settori nei quali sia già intervenuta una disciplina di fonte europea²⁸. Tale delimitazione è solo in apparenza linea-

competenze dell'Unione, in G. MORBIDELLI - F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 131 ss.

²³ In tal senso sull'evoluzione dell'ordinamento europeo rispetto alla sua originaria impostazione economica v. P. MENGOZZI - C. MORVIDUCCI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2014, p. 303 ss.

²⁴ V. art. 2, par. 5, TFUE, e il corrispettivo elenco delle materie di cui all'art. 6 TFUE.

²⁵ V. ancora art. 6 TFUE, ove è espressamente previsto che «gli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione adottati in base a disposizioni dei trattati relative a tali settori non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri».

²⁶ In generale sulla competenza concorrente in materia di mercato interno e sulla sua centralità nel progetto di integrazione v. da ultimo S. WEATHERILL, *The competence to harmonise and its limits*, in P. KOUTRATOS - J. SNELL, *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 82 ss., nonché, per un'analisi in prospettiva pratica, I. MALETIC, *The Law and Policy of Harmonisation in Europe's Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 94 ss.

²⁷ Sul complesso rapporto tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali in relazione alle dinamiche di armonizzazione delle legislazioni interne v. F. MUNARI, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, p. 725 ss.

²⁸ Il primo riferimento ufficiale alla nozione di *pre-emption* nell'ambito dell'ordinamento europeo si ritrova proprio nella controversia *Bud II*, e in particolare al punto 93 delle conclusioni

re: invero, negli ultimi tempi è stata dedicata sempre maggiore attenzione alle complessità che un siffatto sistema di coordinamento comporta nel rapporto tra i diversi livelli di sovranità legislativa²⁹.

Ripercorrendo le teorie costituzionaliste statunitensi che da tempo si confrontano con questo meccanismo tipicamente federale³⁰, vengono distinti vari modelli di *pre-emption*, in ragione della diversa possibile concezione degli effetti preclusivi operati dal livello legislativo superiore (in questo caso l'Unione europea) su quello inferiore (in questo caso gli Stati membri)³¹.

Una prima distinzione corre tra i modelli di *field pre-emption* e di *conflict pre-emption*³². Con *field pre-emption* si intende uno svuotamento di competenze operante sull'intero settore interessato, alla stregua di un'occupazione di campo: una volta intervenuta la disciplina di livello superiore, presunta come esaustiva, al livello inferiore è preclusa qualsiasi attività legislativa nella medesima area. Trattasi del modello a maggiore rigidità, dal momento che esclude in via anticipata ed astratta qualsiasi possibilità di coesistenza tra le diverse fonti normative³³.

dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 5 febbraio 2009 in causa n. C-478/07, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 7721, EU:C:2009:52; al riguardo, usa il termine «svuotamento» per tradurre il concetto di *pre-emption* L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, cit. supra, nota 14, p. 408.

²⁹ Per una ricostruzione generale dell'istituto di *pre-emption* e dei suoi meccanismi di funzionamento nell'ordinamento europeo v. R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 134 ss.; quali recenti trattazioni specifiche in materia (ove anche ulteriori riferimenti bibliografici) v. per tutti i successivi studi di A. ARENA, *Exercise of EU Competences and Pre-emption of Member States' Powers in the Internal and the External Sphere: Towards "Grand Unification"?*, in *Yearbook Eur. Law*, 2016, p. 28 ss.; ID., *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013; ID., *The Doctrine of Union Preemption in the E.U. Internal Market: Between Sein and Sollen*, in *Columbia Journal Eur. Law*, 2011, p. 477 ss.

³⁰ Per una lettura del sistema europeo in parallelo con l'esperienza storica dell'istituto di *pre-emption* nel sistema statunitense v. P. LUIF, *The Division of Powers/Competences Between the EU and the Members States: What Can We Learn from Pre-emption in the United States?*, in L. S. ROSSI - F. CASOLARI (a cura di), *The EU after Lisbon: Amending or Coping with the Existing Treaties?*, Heidelberg, Springer, 2014, p. 37 ss.; per una presentazione in tale chiave federalista del sistema di competenze europee nel contesto del processo di riforma dei trattati istitutivi v. R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 129 ss.

³¹ Tale concettualizzazione dei diversi modelli di *pre-emption* rileva soprattutto nel contesto della modalità di *pre-emption* "implicita", ossia nell'assenza di una precisa delimitazione dello svuotamento di competenze prevista dalla legislazione stessa, da distinguersi rispetto all'opposta ipotesi di *pre-emption* "esplicita", la quale per definizione crea minori incertezze sul piano sistematico in ragione della relativa statuizione positiva sul punto: al riguardo v. A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea*, cit. supra, nota 29, p. 47 ss.

³² Per una schematizzazione generale dei diversi modelli operativi di *pre-emption* v. R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, cit. supra, nota 29, p. 135.

³³ In merito alla c.d. *field pre-emption* v. A. ARENA, *The Doctrine of Union Preemption in the E.U. Internal Market*, cit. supra, nota 29, p. 501, ove anche un significativo parallelo concettuale con il funzionamento della *per se rule* in ambito *antitrust*.

Un secondo modello è quello di *conflict pre-emption*, il quale invece riconnette l'operare della preclusione alla sussistenza di un effettivo conflitto tra i due livelli normativi³⁴. A sua volta tale modello presenta due varianti, suddividendosi in *rule pre-emption* e *obstacle pre-emption*: nel primo caso, il conflitto è inteso come sovrapposizione di regole, cosicché l'esercizio della competenza normativa inferiore è escluso solo per quei profili già oggetto di specifica regolamentazione ad opera del livello superiore, mentre la restante parte del settore può essere interessata da un'autonoma disciplina integrativa; nel secondo caso, il conflitto è inteso come incompatibilità di obiettivi funzionali, cosicché l'esercizio della competenza normativa inferiore è precluso nella misura in cui si ponga teleologicamente in contrasto con le finalità della regolamentazione di livello superiore, impedendone il conseguimento³⁵. Dunque, il modello di *conflict pre-emption* presenta un maggior grado di dettaglio e, conseguentemente, permette una coesistenza più bilanciata tra i due livelli normativi del sistema integrato (anche se al costo di un'innalzamento della complessità); al contempo, i differenti criteri di conflitto tra *rule pre-emption* e *obstacle pre-emption* offrono approcci alquanto distanti, poiché la preclusione di stampo teleologico porta ad escludere porzioni molto più ampie dalla potestà normativa del livello inferiore, ben oltre l'oggettiva sovrapposizione di regole³⁶.

Questa fenomenologia dei modelli di *pre-emption* aiuta a comprendere, ma non a predire gli effetti di svuotamento della normativa europea sulle prerogative nazionali. Essi, infatti, dipendono dalla scelta operata in concreto dal legislatore dell'Unione³⁷, il quale può decidere in quale misura esercitare – e specularmente restringere – le competenze concorrenti con precedenza (se non "primazia")³⁸ rispetto ai legislatori degli Stati membri³⁹.

³⁴ Su questa distinzione tipologica derivante dalla giurisprudenza statunitense v. P. LUIF, *The Division of Powers/Competences Between the EU and the Members States*, cit. supra, nota 30, p. 48.

³⁵ In particolare sulle diverse nozioni di *rule pre-emption* e *obstacle pre-emption* v. R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, cit. supra, nota 29, p. 136-137.

³⁶ Per una riflessione su funzioni e implicazioni delle diverse declinazioni del principio di *pre-emption* v. A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea*, cit. supra, nota 29, p. 67 ss.

³⁷ Ribadisce la natura essenzialmente legislativa del meccanismo di *pre-emption*, dipendendo i suoi effetti dalla concreta portata della normativa europea (e non invece dalla ripartizione costituzionale delle competenze concorrenti in astratto sempre identica), A. ARENA, *Exercise of EU Competences and Pre-emption of Member States' Powers in the Internal and the External Sphere*, cit. supra, nota 29, p. 33.

³⁸ Per una specifica riflessione sul rapporto tra il meccanismo di *pre-emption* e il principio del primato del diritto comunitario v. R. SCHÜTZE, *Supremacy Without Pre-emption? The Very Slowly Emerging Doctrine of Community Pre-emption*, in *CMLR*, 2006, p. 1023 ss.

³⁹ A prescindere dalle categorizzazioni concettuali in termini di *pre-emption*, evidenzia questa prospettiva inversa di «blocking effect» della normativa europea sull'autonomia legislativa

Tuttavia, la discrezionalità di cui gode l'Unione in questo senso non è assoluta: come anticipato, il sistema europeo della divisione di competenze, incluso il modello di *pre-emption*, è retto da appositi "contrappesi", costituiti dai principi di sussidiarietà e proporzionalità⁴⁰. Tali principi sono espressamente volti a orientare l'azione dell'Unione e ad arginarne i possibili sconfinamenti fuori dai limiti competenziali di attribuzione, a salvaguardia delle prerogative sovrane degli Stati membri⁴¹.

Il principio di sussidiarietà prevede che, al di fuori delle materie a competenza esclusiva europea, l'Unione possa intervenire solo qualora gli obiettivi non possano essere sufficientemente raggiunti al livello dei singoli Stati membri, potendo essere meglio conseguiti tramite l'Unione stessa⁴². In parallelo, il principio di proporzionalità prevede che l'azione dell'Unione europea debba limitarsi a quanto necessario ed efficiente per il raggiungimento degli obiettivi prefissati, senza eccedere oltre tale "giusta" misura di intromissione negli ordinamenti nazionali⁴³.

nazionale nel contesto della prassi applicativa C. TIMMERMANS, *ECJ Doctrines of Competences*, in L. AZOULAI (a cura di), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 155 ss.; per un approccio di diversa contestualizzazione degli effetti sistematici di restrizione delle competenze legislative nazionali nell'ambito dei principi dell'ordinamento europeo, in posizione apertamente critica rispetto alla ricostruzione di un concetto di *pre-emption* nel diritto dell'Unione, v. M. KLAMERT, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 115 ss.

⁴⁰ V. art. 5, par. 1, TUE.

⁴¹ Sul punto v. U. VILLANI, *I principi di sussidiarietà e di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea*, in L. F. PACE, *Nuove tendenze del diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 79 ss.; per una specifica riflessione sulla collocazione della sovranità statale entro l'impianto costituzionale europeo in materia di competenze v. M. DOBBS, *Sovereignty, Article 4(2) TEU and the Respect of National Identities: Swinging the Balance of Power in Favour of the Member States?*, in *Yearbook Eur. Law*, 2014, p. 298 ss.; ancora sul tema in chiave sistematica v. C. PINELLI, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, p. 725 ss.

⁴² V. art. 5, par. 3, TUE, il quale testualmente dispone che «in virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione». In generale sul principio di sussidiarietà nell'ambito del sistema di competenze dell'ordinamento europeo v. F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 61 ss.; nonché ulteriormente in chiave storica S. STAMMATI, *Il principio di sussidiarietà tra passato e presente*, in *Diritto e società*, 2011, p. 337 ss.; per un'analisi critica dell'inefficacia del principio di sussidiarietà nel bilanciare realmente i livelli di competenza tra Unione europea e Stati membri v. G. DAVIES, *Subsidiarity: The wrong idea, in the wrong place, at the wrong time*, in *CMLR*, 2006, p. 63 ss.; da ultimo sul tema v. J. ÖBERG, *Subsidiarity as a Limit to the Exercise of EU Competences*, in *Yearbook Eur. Law*, 2016, p. 1 ss.

⁴³ V. art. 5, par. 4, TUE, il quale testualmente dispone che «in virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati». Sul principio di proporzionalità v. in generale W. SAUTER, *Proportionality in EU Law: A Balancing Act?*, in *Cambridge Yearbook of Euro-*

Il contrappeso costituzionale di tali principi è rafforzato da appositi protocolli allegati ai Trattati, che ne svolgono in maniera compiuta il contenuto operativo⁴⁴. In tale contesto, assume particolare significato una regola prevista specificamente per le ipotesi di competenza concorrente: in coerenza con i principi di sussidiarietà e proporzionalità, tale regola precisa come gli effetti di *pre-emption* della legislazione europea in un dato settore non possano essere tali da escludere in senso assoluto ogni potestà normativa in capo agli Stati membri⁴⁵. Ciò vale quale ulteriore dimostrazione di un sistema fondato su equilibri complessi, ove la sovranità dell'Unione europea, per quanto sempre più ampia, resta di natura "derivata", come tale soggetta a vincoli di salvaguardia della sovranità "originaria" degli Stati membri⁴⁶.

3. L'inquadramento della proprietà intellettuale nelle competenze dell'Unione europea

La competenza europea in materia di proprietà intellettuale è passata attraverso una profonda evoluzione storica⁴⁷. Originariamente tale materia

pean Legal Studies, 2012-2013, p. 439 ss.; T. I. HARBO, *The function of the proportionality principle in EU law*, in *Eur. Law Journal*, 2010, p. 158 ss.; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo - vol. II - L'esercizio delle competenze*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 225 ss.

⁴⁴ V. protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, in *Gu-Ue* n. C 115 del 9 maggio 2008, p. 206, ove sono previsti appositi requisiti di motivazione degli atti da parte del legislatore europeo e correlati meccanismi di controllo da parte dei parlamenti nazionali; sul tema v. O. PORCHIA, *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze*, in *Studi integr. eur.*, 2010, p. 631 ss.; per un'analisi specifica sull'effettivo controllo di sussidiarietà da parte dei parlamenti nazionali v. T. VAN DEN BRINK, *The substance of subsidiarity: the interpretation and meaning of the principle after Lisbon*, in M. TRYBUS - L. RUBINI (a cura di), *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p. 160 ss.

⁴⁵ V. protocollo (n. 25) sull'esercizio della competenza concorrente, in *Gu-Ue* n. C 115 del 9 maggio 2008, p. 307.

⁴⁶ Evidenzia questo significato ambivalente della nuova filosofia sottesa all'impianto costituzionale della riforma di Lisbona, con maggiore espansione delle competenze dell'Unione europea ma corrispettivo maggiore controllo degli Stati membri, L. S. ROSSI, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States?*, in A. BIONDI - P. EECKHOUT - S. RIPLEY (a cura di), *EU Law after Lisbon*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 85 ss.; per una riflessione scettica sull'effettiva capacità del nuovo quadro costituzionale europeo di garantire maggiore certezza quanto ad una rispettosa divisione delle competenze tra Unione e Stati membri v. T. TRIDIMAS, *Competence after Lisbon: the elusive search for bright lines*, in D. ASHIAGBOR - N. COUNTOURIS - I. LIANOS, *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 47 ss.; in generale, sull'evoluzione dell'ordinamento UE e sulle sue complesse dinamiche d'integrazione v. P. CRAIG - G. DE BURCA, *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 13 ss.

⁴⁷ Sul tema per un *excursus* storico in generale v. L. C. UBERTAZZI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *La proprietà intellettuale*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea* diretto da G. AJANI - G. A. BENACCHIO, Torino, Giappichelli, 2011, p. 1 ss.

era esclusa dall'impianto dei trattati istitutivi: in particolare, i diritti di proprietà intellettuale erano considerati esclusivamente di prerogativa nazionale⁴⁸, in ragione del loro caratteristico paradigma territoriale e della relativa connessione con la dimensione sovrana dello Stato⁴⁹, oltre che in ossequio alla loro riconduzione dogmatica entro il regime nazionale "invalicabile" dei diritti dominicali⁵⁰. Pertanto, essi erano percepiti più come un ostacolo esogeno, che come un elemento endogeno, del mercato unico da costruirsi⁵¹: non a caso, a livello positivo, la proprietà "industriale e commerciale" era prevista solamente quale eccezione alle libertà economiche di circolazione⁵², mentre la sua armonizzazione era ancora rimessa

⁴⁸ Sull'iniziale approccio dell'ordinamento comunitario in materia di proprietà intellettuale e sulla relativa accezione competenziale puramente nazionale v. C. GEIGER, *The construction of intellectual property in the European Union: searching for coherence*, in ID. (a cura di), *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 5 ss.

⁴⁹ Per un approfondimento sul principio di territorialità (in senso materiale, oltre che internazionale-privatistico) caratterizzante i diritti di proprietà intellettuale e sulla sua stretta correlazione con i confini di sovranità dell'ordinamento di competenza, definibile come «una limitazione spaziale e geografica del diritto di proprietà intellettuale e la necessaria inerenzia della sua esistenza e dei suoi effetti ad un unico territorio, quello dell'ordinamento giuridico che l'ha creato», v. N. BOSCHIERO, *Il principio di territorialità in materia di proprietà intellettuale: conflitti di leggi e di giurisdizione*, in AIDA, 2007, p. 34 ss.; per una riflessione critica sul superamento di tale principio in materia v. A. PEUKERT, *Territoriality and Extra-territoriality in Intellectual Property Law*, in G. HANDL - J. ZEKOLL - P. ZUMBANSEN (a cura di), *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 189 ss.

⁵⁰ Sulla tradizionale riconduzione dogmatica della proprietà intellettuale ai regimi di proprietà nel contesto dell'ordinamento europeo, nonché sulla sua teorica rimessione all'esclusiva competenza degli Stati membri ai sensi dell'art. 345 TFUE secondo cui «i trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri», v. C. GEIGER, *Intellectual "Property" after the Treaty of Lisbon: towards a different approach in the new European legal order?*, in EIPR, 2010, p. 255 ss.; sull'erronea equivocità della ricostruzione teorica dei diritti di proprietà intellettuale in senso realmente "dominicale" v. A. VANZETTI, *Diritti reali e "proprietà" industriale (... e mediazione obbligatoria)*, in Riv. dir. ind., 2010, I, p. 173 ss.; per un'interpretazione correttiva di tale accezione dogmatica, volta a recuperare le esigenze funzionali (in senso concorrenziale) della "proprietà" intellettuale, v. A. MUSSO, *Ditta e insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca-Galgano* diretto da G. DE NOVA, Bologna, Zanichelli, 2012, p. 16 ss.; in ulteriore approfondimento, per una più ampia riflessione sulla nozione di bene giuridico immateriale nell'ordinamento europeo v. E. FAZIO, *L'oggettività giuridica nel diritto interno ed europeo*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 149 ss.

⁵¹ Su questa impostazione originaria di "integrazione negativa" (tramite l'abbattimento degli ostacoli alla libera circolazione, tra i quali appunto i diritti di proprietà intellettuale) a confronto della successiva "integrazione positiva" (tramite creazione di diritti unitari e armonizzati adeguati alla nuova dimensione europea del mercato intero) che ha caratterizzato il processo di armonizzazione comunitaria in materia v. U. LOEWENHEIM, *Harmonization and Intellectual Property in Europe*, in *Columbia Journal Eur. Law*, 1996, p. 481 ss.

⁵² V. art. 36 TFUE, il quale ancora attualmente prevede l'ipotesi della «tutela della proprietà industriale e commerciale» (secondo peraltro questa diversa terminologia "industrialistica", poi abbandonata nel corrente gergo del legislatore europeo) come possibile deroga alla libera circolazione delle merci nel mercato interno.

al livello intergovernativo delle storiche convenzioni internazionali in materia⁵³, a riprova di una ferma convinzione della competenza territoriale di riferimento degli Stati membri⁵⁴.

Tuttavia, con l'avanzare del processo di integrazione, a tale concezione "ostile"⁵⁵ si è sostituito un interesse europeo in senso costruttivo: in forza della celebre (e *ficta*)⁵⁶ distinzione di creazione giurisprudenziale tra "esistenza" ed "esercizio" dei diritti di proprietà intellettuale⁵⁷, l'ordinamento comunitario ha mutato prospettiva, giungendo a considerare la dimensione operativa delle privative immateriali quale profilo complementare alle dinamiche concorrenziali di mercato, come tale da includere nella sua azione armonizzatrice⁵⁸.

Siffatta competenza successiva è stata fondata su di una duplice base giuridica, a seconda del tipo di intervento normativo⁵⁹. Nell'ipotesi di ar-

⁵³ Trattasi principalmente della Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale del 20 marzo 1883, nonché della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 9 settembre 1886 (entrambe all'epoca ancora in fase di costante aggiornamento, prima del periodo di stallo che terminerà solo con il passaggio al diverso quadro istituzionale di cui all'Accordo TRIPS del 15 aprile 1994 in sede WTO); su queste convenzioni e sulla relativa contestualizzazione negli scenari di armonizzazione internazionale dell'epoca v. E. FUSAR POLI, *L'espansione del modello europeo. Linee e percorsi della "proprietà intellettuale" fra '800 e '900*, in AIDA, 2014, p. 225 ss.

⁵⁴ Ripercorre l'attività inizialmente intergovernativa degli Stati membri in materia di proprietà industriale nell'ambito della Comunità europea, a riprova dei creduti presupposti competenziali di esclusiva prerogativa nazionale, V. SCORDAMAGLIA, *The legal framework of the legislative activity concerning intellectual property rights at European regional level*, in C. GEIGER (a cura di), *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 61 ss.

⁵⁵ Si esprime in questo senso C. WADLOW, *The Impact of General EU Law on Industrial Property Law*, in J. PILA - A. OHLY (a cura di), *The Europeanization of Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 103 ss.

⁵⁶ Definisce la distinzione concettuale tra "esercizio" ed "esistenza" dei diritti di proprietà industriale operata dalla giurisprudenza europea come un gioco di prestigio («*sleight of hand*») volto esclusivamente a fondare una competenza comunitaria in materia H. LADDIE, *National I.P. rights: a moribund anachronism in a federal Europe?*, in EIPR, 2001, p. 402 ss.

⁵⁷ V. sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966 in cause riunite n. 56 e n. 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione della C.E.E.*, in *Raccolta*, 1966, p. 429, EU:C:1966:41; per un'evidenziazione del ruolo cruciale svolto dalla giurisprudenza europea, anche tramite l'originaria distinzione concettuale di cui alla sentenza citata, per la formazione di una competenza comunitaria in materia di proprietà intellettuale v. G. CONTALDI, *Le fonti*, in AIDA, 2007, p. 3 ss.

⁵⁸ Sull'evoluzione normativa dell'ordinamento europeo in materia, sottolineando come tale interpretazione giurisprudenziale abbia costituito la chiave per risolvere la tensione tra costruzione di un mercato unico integrato e ostacolo allo stesso rappresentato dai diritti di proprietà intellettuale, aprendo così la via all'opera di armonizzazione normativa del legislatore comunitario, v. J. PILA, *Intellectual Property as a Case Study in Europeanization: Methodological Themes and Context*, in J. PILA - A. OHLY (a cura di), *The Europeanization of Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 3 ss.

⁵⁹ Per una ricostruzione storica dell'esperienza legislativa europea in materia di proprietà intellettuale alla luce delle relative basi giuridiche v. V. SCORDAMAGLIA, *The legal framework of the legislative activity concerning intellectual property rights at European regional level*,

monizzazione sostanziale dei diritti di proprietà intellettuale a base nazionale, l'attività normativa europea è stata ricondotta alla competenza generale di regolamentazione del mercato interno⁶⁰. Nei casi di creazione *ex novo* di titoli unitari europei, invece, la competenza europea per intervenire in materia di proprietà intellettuale è stata ammessa come potere normativo residuale, in forza della clausola di flessibilità complementare alla realizzazione del mercato interno⁶¹.

Se la disciplina sulle topografie dei prodotti a semiconduttori costituisce storicamente il primo caso di armonizzazione comunitaria⁶², il sistema del marchio d'impresa, foggato sul doppio ordine di diritti nazionali (sostanzialmente armonizzati) e di diritti unitari europei (autonomamente costituiti) secondo il modello della coesistenza in parallelo⁶³, costituisce il

cit. supra, nota 54, p. 66 ss.; per un riassunto degli interventi normativi europei di armonizzazione in tale settore v. R. ARNOLD, *An Overview of European Harmonization Measures in Intellectual Property Law*, in J. PILA - A. OHLY (a cura di), *The Europeanization of Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 25 ss.

⁶⁰ Base giuridica di armonizzazione per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno oggi prevista dall'art. 114 TFUE, sulla cui ampia accezione comprensiva anche dei diritti di proprietà intellettuale v. in generale S. WEATHERILL, *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 10 ss.

⁶¹ La c.d. clausola di flessibilità è attualmente prevista dall'art. 352 TFUE in seguito alla revisione di Lisbona, sulla cui valenza in senso restrittivo v. L. S. ROSSI, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States?*, *cit. supra*, nota 46, p. 103 ss.

⁶² V. direttiva n. 87/54/Cee del Consiglio del 16 dicembre 1986 sulla tutela giuridica delle topografie di prodotti a semiconduttori, in *Guce* n. L 24 del 27 gennaio 1987, p. 36; per un commento su tale peculiare regime protettivo, come trasposto nell'ordinamento italiano, v. originariamente A. MUSSO, *La tutela giuridica delle topografie dei prodotti a semiconduttori (legge 21 febbraio 1989, n. 70)*, in *Riv. dir. ind.*, 1990, I, p. 26 ss.; quanto invece ad una riflessione sulle possibili prospettive di aggiornamento v. T. HOEREN, *The Semiconductor Chip Industry - The History, Present and Future of Its IP Law Framework*, in *IIC*, 2016, p. 763 ss.

⁶³ V. direttiva n. 89/104/Cee del Consiglio del 21 dicembre 1988 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri in materia di marchi d'impresa, in *Guce* n. L 40 dell'11 febbraio 1989, p. 1, oggi sostituita e revisionata da ultimo dalla direttiva (Ue) n. 2015/2436 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, in *Gu-Ue* n. L 336 del 23 dicembre 2015, p. 1; nonché Regolamento (Ce) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993, sul marchio comunitario, in *Guce* n. L 11 del 14 gennaio 1994, p. 1, oggi riformato e consolidato da Regolamento (Ue) n. 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, sul marchio dell'Unione europea, in *Gu-Ue* n. L 154 del 16 giugno 2017, p. 1; sul sistema europeo del marchio d'impresa, modellato sulla duplicità di titoli di protezione in termini di coesistenza tra marchio dell'Unione europea e singoli marchi nazionali, v. in generale M. RICOLFI, *Trattato dei marchi*, *cit. supra*, nota 3, p. 19 ss.; sulle ultime riforme in materia v. C. GALLI, *L'ambito di protezione del marchio: problemi risolti, problemi ancora aperti e nuovi problemi*, in *Dir. ind.*, 2017, p. 125 ss.; S. CASELLI, *La riforma europea dei marchi: una prima lettura*, in *Riv. dir. ind.*, 2016, I, p. 119 ss.; S. SANDRI, *I marchi collettivi e i marchi di certificazione nella riforma*, in *Dir. ind.*, 2017, p. 119 ss.; sull'evoluzione dell'ordinamento europeo tra armonizzazione dei diritti nazionali e creazione di un titolo unitario in un'ottica sempre più esaustiva v. G. DINWOODIE, *The Europeanization of Trade Mark Law*, in J. PILA - A. OHLY (a cura di), *The Europeanization of Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 75 ss.

paradigma di riferimento dell'azione europea in materia di proprietà intellettuale. Sono poi seguiti numerosi altri interventi, sempre più estesi, che arrivano attualmente a coprire praticamente tutti i settori della proprietà intellettuale, dai disegni e modelli⁶⁴, al diritto d'autore⁶⁵, fino ai brevetti per invenzione⁶⁶, alle varietà vegetali⁶⁷, nonché, da ultimo, alle informazioni aziendali riservate⁶⁸.

⁶⁴ V. direttiva n. 98/71/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 1998 sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli, in *Guce* n. L 289 del 28 ottobre 1998, p. 28, nonché Regolamento (Ce) n. 6/2002 del Consiglio, del 12 dicembre 2001, su disegni e modelli comunitari, in *Guce* n. 3 del 5 gennaio 2002, p. 1, secondo uno schema equiparabile a quello dei marchi; in generale su tale disciplina armonizzata e sulle relative fonti v. P. FABBIO, *Disegni e modelli*, Padova, Cedam, 2012, p. 1 ss.

⁶⁵ In materia di diritto d'autore si registrano diversi interventi normativi, avendo il legislatore europeo proceduto all'armonizzazione non su base generale, ma per singoli aspetti della relativa disciplina: v. rispettivamente direttiva n. 91/250/Cee del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, in *Guce* n. L 122 del 17 maggio 1991, p. 42, modificata e consolidata in direttiva n. 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, in *Gu-Ue* n. L 111 del 5 maggio 2009, p. 16; direttiva n. 92/100/Cee del Consiglio, del 19 novembre 1992, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale, in *Guce* n. L 346 del 27 novembre 1992, p. 61, modificata e consolidata in direttiva n. 2006/115/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, in *Gu-Ue* n. L 376 del 27 dicembre 2006, p. 28; direttiva n. 93/83/Cee del Consiglio, del 27 settembre 1993, per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo, in *Guce* n. L 248 del 6 ottobre 1993, p. 15; direttiva n. 93/98/Cee del Consiglio, del 29 ottobre 1993, concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, in *Guce* n. L 290 del 24 novembre 1993, p. 9, modificata e consolidata in direttiva n. 2006/116/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, in *Gu-Ue* n. L 372 del 27 dicembre 2006, p. 12, poi ulteriormente riformata da direttiva n. 2011/77/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2011, in *Gu-Ue* n. L 265 dell'11 ottobre 2011, p. 1; direttiva n. 96/9/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, in *Guce* n. L 77 del 27 marzo 1996, p. 20; direttiva n. 2001/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in *Guce* n. L 167 del 22 giugno 2001, p. 10; direttiva n. 2001/84/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2001, relativa al diritto dell'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale, in *Guce* n. L 272 del 13 ottobre 2001, p. 32; direttiva n. 2012/28/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, su taluni utilizzi consentiti di opere orfane, in *Gu-Ue* n. L 299 del 27 ottobre 2012, p. 5; direttiva n. 2014/26/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno, in *Gu-Ue* n. L 84 del 20 marzo 2014, p. 72; per una ricostruzione storica del percorso di armonizzazione europea in materia di diritto d'autore v. A. RAMALHO, *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking: a Normative Perspective of EU Powers for Copyright Harmonization*, Heidelberg, Springer, 2016, p. 13 ss.; E. LOFFREDO, *Unificazione, armonizzazione e sussidiarietà nel diritto d'autore europeo*, in *AIDA*, 2016, p. 193 ss.

⁶⁶ Posponendo per il momento ogni riferimento al controverso sistema del brevetto europeo ad effetti unitari, i brevetti per invenzione rappresentano comunque un caso a parte nello scenario dell'integrazione comunitaria, essendo stati armonizzati in sede intergovernativa tramite la Convenzione di Monaco sul brevetto europeo del 5 ottobre 1973, riveduta il 29 novembre 2000; tuttavia, anche nell'ambito dell'ordinamento comunitario sono stati emanati strumenti normativi aventi ad oggetto tale istituto, quali la direttiva n. 98/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, in *Guce* n. L 213 del 30 luglio 1998, p. 13, nonché il Regolamento (Cee) n.

La giurisprudenza europea ha offerto il proprio sostegno a questa espansione delle competenze in materia di proprietà intellettuale, confermando sistematicamente la legittimità dell'intervento del legislatore comunitario, anche nelle sue operazioni più ardite⁶⁹. Al contempo, è sempre rimasto sullo sfondo il dogma della territorialità sovrana dei singoli Stati membri quanto all'intesa "esistenza" dei diritti di proprietà intellettuale, rispetto ai quali l'ordinamento europeo poteva solo aggiungere, e non sostituire, i propri titoli unitari⁷⁰. Ciò è stato certificato anche dalla stessa giurisprudenza, con la pronuncia di un parere che rappresenta il manifesto di tale

1768/92 del Consiglio, del 18 giugno 1992, sull'istituzione di un certificato protettivo complementare per i medicinali, in *Guce* n. L 182 del 2 luglio 1992, p. 13, modificato e consolidato da Regolamento (Ce) n. 469/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, in *Gu-Ue* n. L 152 del 16 giugno 2009, p. 1, nonché Regolamento (Ce) n. 1610/96 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 1996 sull'istituzione di un certificato protettivo complementare per i prodotti fitosanitari, in *Guce* n. L 198 dell'8 agosto 1996, p. 30; per una ricostruzione complessiva dell'armonizzazione europea in materia brevettuale v. G. MORGESE, *Brevetto (diritto dell'Unione europea)*, in *Enc. Dir.*, annali VIII, 2015 p. 157 ss.

⁶⁷ V. Regolamento (Ce) n. 2100/94 del Consiglio, del 27 luglio 1994, concernente la privativa comunitaria per ritrovati vegetali, in *Guce* n. L 227 dell'1 settembre 1994, p. 1; da notare che in questo settore l'intervento del legislatore europeo è stato limitato alla sola creazione di un titolo unitario, senza armonizzazione dei regimi nazionali paralleli (tuttavia uniformati in sede internazionale dalla Convenzione UPOV per la protezione dei ritrovati vegetali del 2 dicembre 1961); in generale sul tema v. F. MORRI, *La privativa varietale comunitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, I, p. 16 ss.

⁶⁸ V. direttiva (Ue) n. 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti, in *Gu-Ue* n. L 157 del 15 giugno 2016, p. 1; per un commento su tale nuova prospettiva di armonizzazione normativa v. V. FALCE, *Tecniche di protezione delle informazioni riservate. Dagli accordi TRIPS alla Direttiva sul segreto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2016, I, p. 129 ss.

⁶⁹ In tal senso v. sentenze della Corte di giustizia 13 luglio 1995 in causa n. C-350/92, *Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 1985, EU:C:1995:237 (con riferimento all'istituzione di un certificato protettivo complementare per i medicinali brevettati); 9 ottobre 2001 in causa n. C-377/98, *Regno dei Paesi Bassi c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 7079, EU:C:2001:523 (con riferimento all'armonizzazione della disciplina sulle invenzioni biotecnologiche); nonché, da ultimo, 16 aprile 2013 in cause riunite n. C-274/11 e n. C-295/11, *Regno di Spagna e Repubblica italiana c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, 2013, EU:C:2013:240; 5 maggio 2015 in causa n. C-146/13, *Regno di Spagna c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, 2015, EU:C:2015:298, e 5 maggio 2015 in causa n. C-147/13, *Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, 2015, EU:C:2015:299 (con riferimento all'attuazione di una cooperazione rafforzata in materia di brevetto unitario).

⁷⁰ Indicazioni ambivalenti in questo senso possono ricavarsi dalla giurisprudenza comunitaria ove, se da un lato si afferma che la categorizzazione dogmatica della proprietà intellettuale in senso dominicale non vale ad escludere un intervento del legislatore europeo anche sul piano della costituzione di nuovi diritti, dall'altro lato si precisa che i titoli unitari europei vanno a cumularsi con i titoli nazionali esistenti: v. sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1995 in causa n. C-350/92, *Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 69, rispettivamente punti 16-23.

tradizionale assetto delle competenze in materia di proprietà intellettuale nel contesto dell'ordinamento comunitario⁷¹.

Con la revisione del Trattato di Lisbona si è provveduto a codificare questa competenza comunitaria sviluppata *ex post*. Così, è stato previsto un apposito articolo quale base giuridica specifica in materia di proprietà intellettuale: più precisamente, l'art. 118 TFUE conferma la capacità dell'Unione europea di istituire nuovi titoli unitari di proprietà intellettuale⁷², consacrando in una competenza fissa ed autonoma – peraltro con qualche semplificazione in punto di procedure legislative⁷³ – quella che prima era una competenza solo integrativa⁷⁴. A ciò si aggiunge la tradizionale base giuridica per l'armonizzazione sostanziale dei diritti nazionali, riconducibile alle competenze generali di mercato interno anche nel quadro costituzionale riformato⁷⁵.

In verità, l'inserimento del nuovo art. 118 TFUE aveva tra i suoi fini anche quello di supportare il completamento del tribolato percorso del bre-

⁷¹ V. parere della Corte di giustizia del 15 novembre 1994 n. 1/94, *Competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 5267, EU:C:1994:384, ove in particolare si afferma che «sul piano legislativo interno, la Comunità dispone in materia di proprietà intellettuale di una competenza di armonizzazione delle legislazioni nazionali in forza degli artt. 100 e 100 A, e può basarsi sull'art. 235 per creare titoli nuovi che si sovrappongono ai titoli nazionali, come ha disposto con il regolamento sul marchio comunitario»; per un commento in generale su tale parere, al di là degli stretti profili concernenti la proprietà intellettuale, v. G. TOGNAZZI, *Il parere n. 1/94: nuovi sviluppi in tema di relazioni esterne della Comunità europea*, in questa *Rivista*, 1996, p. 75 ss.; P. PESCATORE, *Opinion 1/94 on "Conclusion" of the WTO Agreement: Is There an Escape from a Programmed Disaster?*, in *CMLR*, 1999 p. 387 ss.

⁷² V. art. 118 TFUE, il cui par. 1 dispone che «nell'ambito dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure per la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione e per l'istituzione di regimi di autorizzazione, di coordinamento e di controllo centralizzati a livello di Unione», mentre il par. 2 aggiunge che «il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, stabilisce i regimi linguistici dei titoli europei. Il Consiglio delibera all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo».

⁷³ La nuova base giuridica prevede, infatti, il passaggio alla procedura legislativa ordinaria per la creazione di titoli unitari di proprietà intellettuale, rispetto alla previa competenza integrativa di flessibilità che richiedeva l'unanimità; unanimità che però torna con riguardo ai regimi linguistici, riproponendone le relative problematiche sul piano politico; sul punto v. K. D. BEITER - O. FISCHER - A. FRÜH - T. JAEGER - R. KORDIC - M. POSTL, *Lessons from "Lisbon": The Potential, Necessity and Pitfalls of a Primary Law Reform - An Assessment in the Light of Intellectual Property*, in *European Legal Forum*, 2009, p. I-90 ss.

⁷⁴ A commento del riformato quadro giuridico per la proprietà intellettuale nel contesto del Trattato di Lisbona v. W. KINGSTON, *Intellectual Property in the Lisbon Treaty*, in *EIPR*, 2008, p. 439 ss.; L. C. UBERTAZZI, *IP and the Draft Treaty on the European Union*, in *IIC*, 2007, p. 881 ss.; V. SCORDAMAGLIA, *Les dispositions relatives à la propriété intellectuelle dans le Traité de Lisbonne*, in *Revue Propriété industrielle*, 3, 2010 (Mars), p. 28 ss.

⁷⁵ In tal senso v. J. PILA - P. TORREMAN, *European Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 56 ss.

vetto comunitario⁷⁶; percorso poi comunque complicatosi, per trovare approvazione solo nell'attuale – e contestatissima⁷⁷ – versione del brevetto europeo ad effetti unitari, realizzato tramite una struttura normativa ibrida che unisce procedure comunitarie di cooperazione rafforzata a strumenti di diritto internazionale pattizio⁷⁸. Tale vicenda ha rappresentato l'occasione anche per una prima pronuncia della giurisprudenza europea sulla nuova base giuridica prevista con Lisbona: così, la Corte di giustizia ha confermato la natura di competenza concorrente della proprietà intellettuale anche con riferimento alla creazione di nuovi titoli unitari⁷⁹, al pari di quanto previsto per l'armonizzazione sostanziale dei diritti nazionali e in sintonia

⁷⁶ Su tale finalità implicita dell'art. 118 TFUE v. J. PILA, *The European Patent: an Old and Vexing Problem*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, p. 917 ss., secondo cui «indeed, not only does the creation of a European patent now have a formal basis in the text of the EU Treaties, it would seem to be required by that text».

⁷⁷ In senso critico sulla struttura del nuovo brevetto europeo ad effetti unitari, tra le innumerevoli voci, v. V. DI CATALDO, *Concorrenza (o confusione?) di modelli e concorrenza di discipline di fonte diversa nel brevetto europeo ad effetto unitario. Esiste un'alternativa ragionevole?*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, I, p. 301 ss.; A. PLOMER, *A Unitary Patent for a (Dis)United Europe: The Long Shadow of History*, in *IIC*, 2015, p. 508 ss.; R. M. HILTY - T. JAEGER - M. LAMPING - H. ULLRICH, *The Unitary Patent Package: Twelve Reasons for Concern*, *Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 12-12*, reperibile all'indirizzo internet <https://ssrn.com/abstract=2169254>.

⁷⁸ Il c.d. "pacchetto" sul brevetto unitario è composto dai seguenti strumenti normativi: Regolamento (Ue) n. 1257/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2012, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria, in *Gu-Ue* n. L 361 del 31 dicembre 2012, p. 1; Regolamento (Ue) n. 1260/2012 del Consiglio, del 17 dicembre 2012, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria con riferimento al regime di traduzione applicabile, in *Gu-Ue* n. L 361 del 31 dicembre 2012, p. 89 ss.; accordo su un tribunale unificato dei brevetti del 19 febbraio 2013, in *Gu-Ue* n. C 175 del 20 giugno 2013, p. 1; sulla struttura giuridica del brevetto europeo ad effetti unitari v. G. GUGLIEMETTI, *Natura e contenuto del brevetto europeo con effetto unitario*, in C. HONORATI (a cura di), *Luci e ombre del nuovo sistema UE di tutela brevettuale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 9 ss.; in generale, per una ricostruzione complessiva di tale peculiare regime v. A. ILARDI, *Il nuovo brevetto europeo*, Bologna, Zanichelli, 2013, p. 15 ss.; T. MYLLY, *A Constitutional Perspective*, in J. PILA - C. WADLOW (a cura di), *The Unitary EU Patent System*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 77 ss.; attualmente il sistema del brevetto unitario europeo non è ancora in vigore, mancando il numero sufficiente di ratifiche, né è possibile fare previsioni sul punto, alla luce delle ulteriori incertezze derivanti dalla programmata uscita del Regno Unito dall'Unione europea: sulle implicazioni della c.d. "Brexit" per l'operatività del brevetto unitario e sulle complessità giuridiche degli eventuali riassetamenti del sistema v. L. C. UBERTAZZI, *Brexit e brevetto UE: che fare?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 561 ss.; C. HONORATI, *L'accordo per il Tribunale unificato dei brevetti: quali prospettive dopo la ratifica italiana e la Brexit?*, in *Eur. Papers*, 2016, p. 1127 ss.; T. JAEGER, *Reset and Go: The Unitary Patent System Post-Brexit*, in *IIC*, 2017, p. 254 ss.; A. OHLY - R. STREINZ, *Can the UK stay in the UPC system after Brexit?*, in *JIPLP*, 2017, p. 245 ss.

⁷⁹ V. sentenza della Corte di giustizia del 16 aprile 2013 in cause riunite n. C-274/11 e C-295/11, *Regno di Spagna e Repubblica italiana c. Consiglio dell'Unione europea*, cit. supra, nota 69, ove si è statuito che «le competenze attribuite dall'articolo 118 TFUE rientrano in un settore di competenze concorrenti ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TFUE»; per un commento alla sentenza e alle sue implicazioni politiche v. E. PISTOIA, *Enhanced cooperation as a tool to...enhance integration? Spain and Italy v. Council*, in *CMLR*, 2014, p. 247 ss.

con la sua tradizionale collocazione nell'ambito delle competenze generali afferenti al mercato interno⁸⁰.

Ferma l'importanza di questa nuova base giuridica esplicita per dare certezza all'azione dell'Unione europea in materia⁸¹, deve rilevarsi come la revisione dei Trattati non comporti di per sé mutamenti sostanziali per lo stato delle competenze interne sulla proprietà intellettuale⁸². All'opposto, le competenze esterne sono state fortemente innovate rispetto al quadro tradizionale⁸³: in particolare, con la riforma di Lisbona si è sancita la competenza esclusiva dell'Unione europea quanto agli "aspetti commerciali della proprietà intellettuale" nel contesto della politica commerciale comune⁸⁴. Tale inclusione non è di poco conto, se solo si pone mente all'im-

⁸⁰ In tal senso a favore dell'inquadramento del nuovo art. 118 TFUE come competenza concorrente già prima della sentenza sopra citata v. G. CAGGIANO, *Il pacchetto normativo sul "brevetto europeo unitario" tra esigenze di un nuovo sistema di tutela, profili di illegittimità delle proposte in discussione e impasse istituzionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2012, p. 683 ss.; successivamente, evidenzia questa continuità storica tra la nuova base giuridica istitutiva dell'art. 118 TFUE e la tradizionale base giuridica di armonizzazione sostanziale dell'art. 114 TFUE a fronte di una complessiva contestualizzazione della proprietà intellettuale entro le competenze sul mercato interno A. RAMALHO, *Conceptualising the European Union's Competence in Copyright - What Can the EU Do?*, in *IIC*, 2014, p. 178 ss.

⁸¹ In questo senso di codificazione della competenza europea in materia di creazione di diritti proprietà intellettuale attraverso il nuovo art. 118 TFUE v. K. D. BEITER - O. FISCHER - A. FRÜH - T. JAEGER - R. KORDIC - M. POSTL, *Lessons from "Lisbon"*, *cit. supra*, nota 73, p. 1-98.

⁸² Deve incidentalmente precisarsi come il Trattato di Lisbona, oltre all'introduzione della suddetta base giuridica speciale, abbia avuto un'ulteriore implicazione sistematica in materia di proprietà intellettuale: segnatamente, ai sensi dell'art. 6, par. 1, TUE, è stato riconosciuto valore giuridico parificato a quello dei trattati istitutivi alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui catalogo contempla all'art. 17 par. 2 anche la protezione della proprietà intellettuale; sul tema, denunciando il rischio che da tale qualificazione giuridica possa conseguire anche un (criticabile) mutamento di approccio, non più funzionale ad un mercato concorrenziale ma "assolutistico" come protezione di un valore in quanto tale v. C. GEIGER, *Intellectual "Property" after the Treaty of Lisbon*, *cit. supra*, nota 50, p. 256 ss.; più ampiamente sul tema, ma con analogo notazione in favore di una concezione funzionale della proprietà intellettuale anche in tale accezione di diritto fondamentale, v. N. ABRIANI, *La proprietà come diritto dell'individuo: tra diritto internazionale, diritto comunitario e disciplina interna*, in *Giur. it.*, 2010, p. 10 ss.; per un'analisi delle prospettive di applicazione giurisprudenziale in tale ottica v. da ultimo P. OLIVER - C. STOTHERS, *Intellectual Property under the Charter: are the Court's Scales properly calibrated?*, in *CMLR*, 2017 p. 517 ss.; R. ROMANO, *Innovazione, rischio e "giusto equilibrio" nel divenire della proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 532 ss.

⁸³ In generale sulla riforma delle competenze esterne dell'Unione europea disposta dal Trattato di Lisbona v. J. WOUTERS - T. RAMOPOULOS, *Revisiting the Lisbon Treaty's Constitutional Design of EU External Relations*, in L. S. ROSSI - F. CASOLARI (a cura di), *The EU after Lisbon: Amending or Coping with the Existing Treaties?*, Heidelberg, Springer, 2014, p. 215 ss.; P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 57 ss.; A. MIGNOLLI, *La politica commerciale comune*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo - vol. III - Le politiche dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 133 ss.

⁸⁴ V. art. 207, par. 1, TFUE; tale riforma fa seguito ad una prima modifica in questo senso già inserita dal Trattato di Nizza del 2001 al precedente art. 133 TCE, come evidenziato da J. PILA, *Intellectual Property as a Case Study in Europeanization: Methodological Themes and Context*, *cit. supra*, nota 58, p. 13.

pianto teorico sul quale era fondata la condivisione di competenze tra Unione e Stati membri proprio con riferimento alla medesima sede internazionale⁸⁵. Di più, tale scelta esplicita, operata dagli Stati nazionali quali "Signori dei Trattati"⁸⁶, è stata rafforzata dalla giurisprudenza, la quale ha esteso⁸⁷ – e recentemente ribadito⁸⁸ – la portata della competenza europea esclusiva a tutto il diritto sostanziale della proprietà intellettuale oggetto di negoziazione internazionale⁸⁹.

⁸⁵ V. nuovamente parere della Corte di giustizia del 15 novembre 1994 n. 1/94, *Competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale*, cit. supra, nota 71, il quale era stato emanato proprio in relazione all'Accordo TRIPS in sede WTO.

⁸⁶ Sulla concordanza terminologica tra la riforma normativa dei trattati istitutivi e la dicitura dell'Accordo TRIPS («*Trade-Related aspects of Intellectual Property Rights*») quale espressione della volontà degli Stati membri di fondare una competenza esclusiva per l'Unione europea nel relativo contesto internazionale v. H. P. HESTERMEYER, *The Notion of "Trade-Related" Aspects of Intellectual Property Rights: From World Trade to EU Law - and Back Again*, in IIC, 2013, p. 925 ss., il quale enfatizza il ruolo politico e tecnicamente poco chiaro del concetto di proprietà intellettuale in termini di aspetti commerciali o *trade-related*; sulle complesse implicazioni della riformata politica commerciale comune per il rapporto tra Stati membri e Unione europea in sede WTO v. M. HAHN - L. DANIELI, *You'll Never Walk Alone: The European Union and Its Member States in the WTO*, in M. BUNGENBERG - C. HERMANN, *Common Commercial Policy After Lisbon*, Heidelberg, Springer, 2013, p. 49 ss.

⁸⁷ V. sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013 in causa n. C-414/11, *Daiichi Sankyo Co. Ltd e Sanofi-Aventis Deutschland GmbH c. DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etairia Farmakon*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, 2013, EU:C:2013:520.

⁸⁸ Da ultimo v. parere della Corte di giustizia n. 2/15 del 16 maggio 2017, *Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore*, cit. supra, nota 7; parere della Corte di giustizia n. 3/15 del 14 febbraio 2017, *Trattato di Marrakech volto a facilitare l'accesso alle opere pubblicate per le persone non vedenti, con disabilità visive o con altre difficoltà nella lettura di testi a stampa*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, 2017, EU:C:2017:114.

⁸⁹ In tal senso v. sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013 in causa n. C-414/11, *Daiichi Sankyo Co. Ltd e Sanofi-Aventis Deutschland GmbH c. DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etairia Farmakon*, cit. supra, nota 87, secondo cui «l'obiettivo principale dell'Accordo TRIPS è quello di rafforzare e armonizzare la tutela della proprietà intellettuale su scala mondiale. Come risulta dal suo preambolo, l'Accordo TRIPS persegue l'obiettivo di ridurre le distorsioni nel commercio internazionale garantendo, nel territorio di ciascuno dei membri dell'OMC, una protezione efficace e sufficiente dei diritti di proprietà intellettuale. La parte II di tale accordo contribuisce alla realizzazione di questo obiettivo mediante la previsione, per ciascuna delle principali tipologie di diritti di proprietà intellettuale, di norme che devono essere applicate da ciascun membro dell'OMC. È pur vero che, dopo l'entrata in vigore del Trattato FUE, l'Unione resta nella piena facoltà di legiferare, sui diritti di proprietà intellettuale, in forza delle competenze relative all'ambito del mercato interno. Tuttavia, gli atti adottati su tale base e destinati a valere specificatamente per l'Unione devono rispettare le norme relative all'esistenza, all'ambito e all'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale contenute nell'Accordo TRIPS, dato che tali norme restano, come in passato, destinate a uniformare a livello mondiale alcune regole in materia e a facilitare così gli scambi internazionali. Pertanto, come osservato dalla Commissione, considerare le norme contenute nell'articolo 27 dell'Accordo TRIPS sull'oggetto del brevetto come rientranti nell'ambito della politica commerciale comune, e non in quello del mercato interno, rispecchia adeguatamente il fatto che dette norme si inscrivono nell'ambito della liberalizzazione degli scambi internazionali e non in quello dell'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri dell'Unione» (punti 58-60); illustra la portata sostanziale di tale interpretazione dei profili *trade-related* della proprietà intellettuale come materia oggetto di competenza esclusiva esterna dell'Unione L. ANKERSMITH, *The*

Ciò a dimostrazione di un interesse verso la proprietà intellettuale sempre crescente⁹⁰ – anche se non sempre coerente⁹¹ – da parte dell'ordinamento europeo, le cui tendenze espansive paiono per certi versi precorse proprio dalla disciplina in materia di nomi geografici.

4. La peculiare collocazione dei nomi geografici nel quadro delle competenze europee: per una riconduzione "strutturale" alla categoria della proprietà intellettuale

Il sistema europeo di protezione dei nomi geografici mostra un percorso storico peculiare, anche se per certi versi parallelo a quello degli altri titoli di proprietà intellettuale.

Al pari della proprietà intellettuale, infatti, tale profilo specifico non rientrava nei compiti della neoistituita Comunità economica secondo gli originari intendimenti degli Stati fondatori, i quali avevano deciso di integrare i propri mercati al di fuori di una disciplina comune sulle produzioni di qualità⁹².

Pertanto, la tutela delle indicazioni geografiche era inizialmente appannaggio delle sole competenze nazionali, le cui normative, volte a proteggere la denominazione delle proprie produzioni tipiche, si collocavano in senso derogatorio rispetto alla libera circolazione delle merci. Anche da questo punto di vista fu decisivo l'intervento della giurisprudenza comunitaria, la quale riconobbe la legittimità di tali regimi nazionali, a condizione che la protezione della denominazione fosse fondata su di un legame qualitativo (anche in senso reputazionale) con il territorio di provenienza,

Scope of the Common Commercial Policy after Lisbon: The Daiichi Sankyo and Conditional Access Services Grand Chamber Judgments, in *Legal Issues Econ. Integr.*, 2014, p. 193 ss.

⁹⁰ V. Comunicazione della Commissione "Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale", Com(2011)287, sulla quale v. R. MONGILLO, *Riflessioni sul mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1227 ss.; ulteriormente, con particolare riferimento al diritto d'autore v. Comunicazione della Commissione "Strategia per il mercato unico digitale in Europa", Com(2015)192 final, sulla quale v. V. FRANCESCHELLI, *Digital single market, diritto d'autore e "Società dell'informazione a pagamento"*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, I, p. 247 ss.

⁹¹ In questo senso v. C. GEIGER, *The construction of intellectual property in the European Union*, cit. supra, nota 48, p. 5, il quale evidenzia come il settore della proprietà intellettuale a livello di Unione europea, seppure sia ormai considerabile come un sistema organico, manchi tuttavia di coerenza, poiché scarsamente sistematica è stata la stessa legislazione europea in materia.

⁹² Per un *excursus* storico sulla politica agricola europea v. F. CAPELLI, *Evoluzione della politica agricola dell'Unione europea dalle origini ai giorni nostri: un sintetico commento*, in questa *Rivista*, 2015, p. 267 ss.

in forza della stessa eccezione di protezione della proprietà industriale e commerciale prevista nei Trattati⁹³.

Tracciate così le coordinate essenziali, il sistema è rimasto a lungo frammentato a causa delle diverse sensibilità degli Stati membri sul punto: sia perché alcuni Paesi a più forte tradizione agroalimentare erano maggiormente inclini a valorizzare le produzioni di qualità, sia perché ogni Paese tendeva a concentrarsi sulla tutela dei propri prodotti tipici a scapito di quelli altrui; tale frammentazione viveva anche dell'avversione del legislatore comunitario, il quale tendeva a considerare i regimi di qualità come un ostacolo alla realizzazione del mercato unico⁹⁴.

Solo successivamente, nell'ambito di un mutato approccio politico, tale materia è stata oggetto di interesse diretto da parte dell'ordinamento europeo, optandosi per la creazione di un apposito sistema di tutela dei nomi geografici⁹⁵. Tale sistema si compone, in verità, di regimi separati a seconda delle differenti tipologie di prodotti oggetto di protezione, attualmente afferenti al solo ambito agricolo: alimenti⁹⁶, vini⁹⁷, vini aromatizzati⁹⁸ e bevande spiritose⁹⁹. Gli interventi normativi sviluppatasi in parallelo

⁹³ V. dapprima, con riferimento alle indicazioni geografiche di qualità, sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1975 in causa n. 12/74, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 1975, p. 181, EU:C:1975:23; nonché successivamente, con riferimento alle indicazioni geografiche semplici, sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 1992 in causa n. C-3/91, *Exportur SA c. LOR SA e Confiserie du Tech SA*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 5529, EU:C:1992:420 e in questa *Rivista*, 1996, p. 269 ss., con commento di P. QUAIÀ, *La tutela delle denominazioni geografiche tra diritto nazionale e diritto comunitario*, *ivi*, p. 277 ss.; sulla portata sostanziale di queste pronunce nell'ottica della disciplina europea di tutela dei nomi geografici v. P. BORGHI, *I requisiti della tutela*, in B. UBERTAZZI - E. MUÑIZ ESPADA, *Le indicazioni di qualità degli alimenti: diritto internazionale ed europeo*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 179 ss.

⁹⁴ Per una ricostruzione storica della disciplina giuridica delle indicazioni geografiche nell'ordinamento comunitario v. F. CAPELLI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di qualità dei prodotti alimentari*, in questa *Rivista*, 2010, p. 339 ss.

⁹⁵ Per i prodotti agroalimentari il riferimento è allo storico Regolamento (Cee) n. 2081/92 del Consiglio, del 14 luglio 1992, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari, in *Guce* n. L 208 del 24 luglio 1992, p. 1; per una contestualizzazione dell'approccio comunitario dell'epoca v. A. JANNARELLI, *La circolazione dei prodotti agricoli nella Comunità europea: dal principio del mutuo riconoscimento alla tutela della qualità*, in *Dir. agr.*, 1992, p. 33 ss.

⁹⁶ V. Regolamento (Ue) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 novembre 2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, in *Gu-Ue* n. L 343 del 14 dicembre 2012, p. 1.

⁹⁷ V. Regolamento (Ue) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli, in *Gu-Ue* n. L 347 del 20 dicembre 2013, p. 671.

⁹⁸ V. Regolamento (Ue) n. 251/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, concernente la definizione, la designazione, la presentazione, l'etichettatura e la protezione delle indicazioni geografiche dei prodotti vitivinicoli aromatizzati, in *Gu-Ue* n. L 84 del 20 marzo 2014, p. 14.

hanno dato luogo ad un sistema che, seppur carente di un compiuto coordinamento¹⁰⁰, presenta significativi tratti comuni, in particolare quanto alla procedura costitutiva (registrazione centralizzata a livello di Unione europea sulla base di una prima fase di impulso a livello nazionale), ai requisiti di validità (basati su criteri qualitativi uniformi specificamente declinati in un disciplinare di produzione per ciascun prodotto, al quale è associato il relativo sistema di controlli), nonché all'efficacia della protezione (di portata tendenzialmente assoluta quanto al contenuto, e unitaria per tutto il territorio europeo quanto all'estensione)¹⁰¹.

Tuttavia, a differenza degli altri titoli di proprietà intellettuale, i nomi geografici non sono stati interessati da direttive europee di armonizzazione delle legislazioni nazionali. L'intervento comunitario si è concretizzato esclusivamente in atti regolamentari, direttamente istitutivi dei relativi regimi di tutela, senza investire il piano normativo degli ordinamenti statali, come detto alquanto eterogeneo¹⁰². L'assenza di una precisa presa di posizione sul punto non ha però frenato il processo di integrazione: al contrario, la mancata armonizzazione delle discipline nazionali rappresenta una delle leve sulle quali poggia la natura esauriente della regolamentazione europea¹⁰³, come tale preclusiva delle concorrenti competenze nazionali in forza del descritto meccanismo di *pre-emption*¹⁰⁴.

⁹⁹ V. Regolamento (Ce) n. 110/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2008, relativo alla definizione, alla designazione, alla presentazione, all'etichettatura e alla protezione delle indicazioni geografiche delle bevande spiritose, in *Gu-Ue* n. L 39 del 13 febbraio 2008, p. 16.

¹⁰⁰ Critica lo scarso coordinamento tra questi diversi strumenti normativi che compongono nel complesso il regime europeo dei nomi geografici di qualità N. COPPOLA, *Lo stato attuale della legislazione e della giurisprudenza europea sul tema della competenza riguardo alle indicazioni geografiche*, cit. supra, nota 9, p. 354.

¹⁰¹ Per una presentazione in parallelo dei diversi regimi settoriali di protezione delle indicazioni geografiche, con evidenziazione delle relative affinità strutturali, v. M. BLAKENEY, *The Protection of Geographical Indications: Law and Practice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 66 ss.

¹⁰² Sul punto v. F. CAPELLI, *Tutela della qualità dei prodotti agroalimentari sotto il profilo giuridico: riflessioni sulla riforma della disciplina dell'Unione europea*, in questa Rivista, 2011, p. 789 ss.

¹⁰³ In questo senso v. sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, cit. supra, nota 1, punto 113 (richiamandosi le specifiche considerazioni al riguardo dell'Avvocato Generale).

¹⁰⁴ Deve rilevarsi come la forma legislativa rappresenti un indice non decisivo della natura esaustiva dell'intervento normativo europeo, non sussistendo in verità un'automatica corrispondenza tra la scelta dello strumento della direttiva o del Regolamento e la relativa implicazione sul piano della *pre-emption* delle competenze nazionali: in tale accezione "neutrale" v. A. ARENA, *Exercise of EU Competences and Pre-emption of Member States' Powers in the Internal and the External Sphere*, cit. supra, nota 29, p. 55 ss.

Tale giudizio di esaustività di cui alla sentenza *Bud II* – senza entrare nel merito delle argomentazioni e delle relative critiche¹⁰⁵ – porta oggi, come dato di fatto, ad avere un regime di tutela dei nomi geografici di livello esclusivamente europeo. Infatti, come chiarito ulteriormente dalla stessa giurisprudenza¹⁰⁶, resta nella competenza nazionale solo la possibilità di protezione delle indicazioni geografiche semplici, ossia slegate da ogni requisito qualitativo¹⁰⁷; qualora, invece, la denominazione in questione veicoli un significato di connessione tra qualità e provenienza territoriale, allora essa non potrà ricevere tutela se non in forza di una registrazione europea¹⁰⁸.

Ciò, peraltro, comporta non pochi problemi di coordinamento¹⁰⁹. Le legislazioni nazionali, soprattutto quelle dei Paesi storicamente più attenti

¹⁰⁵ Sul punto si rinvia alla ricostruzione critica di F. CAPELLI, *La Corte di giustizia in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette*, cit. supra, nota 2, p. 430 ss., mentre, in senso adesivo, v. F. GENCARELLI, *Il caso «Budweiser»: competenze comunitarie e nazionali in materia di indicazioni geografiche di prodotti alimentari*, in DGAAA, 2010, p. 237 ss.; da ultimo in senso critico v. V. DI CATALDO, *Denominazioni e indicazioni geografiche tra registrazione comunitaria e protezione nazionale*, cit. supra, nota 9, p. 35 ss.

¹⁰⁶ V. sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2014 in causa n. C-35/13, *Assica - Associazione Industriali delle Carni e dei Salumi e Kraft Foods Italia SpA c. Associazioni fra produttori per la tutela del «Salame Felino» e altri*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, 2014, EU:C:2014:306, nonché, per il relativo recepimento sul piano della giurisprudenza nazionale, v. sent. Cass., sez. I, del 12 febbraio 2015, n. 2828, in *Dir. ind.*, 2015, p. 378 ss.; per un commento su tale complessa controversia giurisprudenziale v. M. GRAGNANI - N. COPPOLA, *La sentenza della Corte di Giustizia sul Salame Felino risolve il caso di specie ma non l'equivoco sulla funzione svolta dalle indicazioni geografiche*, in questa *Rivista*, 2014, p. 373 ss.; L. BRUGIONI, *La tutela delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche agroalimentari non registrate ai sensi del Regolamento (UE) 1151/2012. Una riflessione sul caso Salame Felino*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, I, p. 269 ss.; F. PRETE, *La protezione nazionale delle indicazioni geografiche semplici. La saga del Salame Felino: ultimo atto*, in *Riv. dir. alim.*, n. 2, 2014, p. 30 ss.

¹⁰⁷ La definizione di indicazione geografica semplice come «indicazione di origine geografica che non implica nessun rapporto tra le caratteristiche del prodotto e la sua origine geografica» deriva dalla sentenza della Corte di giustizia del 7 novembre 2000 in causa n. C-312/98, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft eV c. Warsteiner Brauerei Haus Cramer GmbH & Co. KG*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 9187, EU:C:2000:599 e in questa *Rivista*, 2001, p. 281 ss., con commento di F. CAPELLI, *La sentenza Warsteiner in materia di denominazione di origine: un contributo alla soluzione di un equivoco*, ivi, p. 287 ss.; per una critica agli incerti confini di questa competenza esaustiva fondata sulla dubbia distinzione tra indicazioni geografiche semplici e qualitative v. G. COSCIA, *Considerazioni sulla portata esauriente del Regolamento n. 510/2006*, in P. BORGHI - L. COSTATO - L. RUSSO - S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario alimentare e ambientale*, Napoli, Jovene, 2011, p. 440 ss.

¹⁰⁸ In merito alle problematiche pratiche di questo principio in sede di applicazione giurisprudenziale per la tutela delle indicazioni geografiche qualitative non registrate a livello europeo v. C. PAPPALARDO, *Ancora in tema di denominazioni geografiche non registrate: la giurisprudenza dopo la sentenza Felino della Cassazione (Cass. 12 febbraio 2015, n. 2828)*, in *Riv. dir. ind.*, 2016, II, p. 429 ss.

¹⁰⁹ Evidenzia criticamente come l'affermazione giurisprudenziale della natura esaustiva del regime europeo dei nomi geografici non sia stata accompagnata da un preciso chiarimento dei confini di *pre-emption* dalla stessa veicolato in termini di margine della tutela residuale N.

alla tutela del patrimonio agroalimentare tradizionale, risultano ora in violazione del diritto comunitario nella misura in cui accordino una protezione speciale dei nomi geografici di qualità, e come tali devono ritenersi sostanzialmente "abrogate" *in parte qua*¹¹⁰. In assenza di registrazione europea, dunque, le indicazioni geografiche possono ricevere tutela in sede nazionale solo nella loro accezione semplice, la quale, tuttavia, proprio per tale significato privo di valore qualitativo, risulta paradossalmente meno meritevole di protezione, se non addirittura al di fuori dei requisiti e della *ratio* di tutela delle legislazioni nazionali stesse¹¹¹. Si considera, invece, generalmente applicabile alle indicazioni geografiche non registrate la disciplina contro la concorrenza sleale, inclusa la fattispecie dell'appropriazione di pregi non confusoria che tipicamente tutela le denominazioni qualitative¹¹². In verità, potrebbe dubitarsi – come in giurisprudenza si è già dubitato – anche della compatibilità comunitaria di quest'ultima fattispecie, la quale in concreto realizza a livello nazionale lo stesso risultato di tutela della qualità geografica che sarebbe "riservato" alla normativa europea¹¹³; se un'interpretazione sistematica che limiti la portata esauriente della

COPPOLA, *Lo stato attuale della legislazione e della giurisprudenza europea sul tema della competenza riguardo alle indicazioni geografiche*, cit. supra, nota 9, p. 358.

¹¹⁰ In senso molto netto v. R. KNAAK, *Geographical Indications and Their Relationship with Trade Marks in EU Law*, in *IIC*, 2015, p. 843 ss.; da questo punto di vista, espone i dubbi di compatibilità comunitaria (e le relative perplessità sistematiche) della disciplina italiana di cui agli artt. 29-30 C.p.i. in materia di tutela delle indicazioni geografiche G. E. SIRONI, *La modifica della disciplina delle indicazioni geografiche*, in *Dir. ind.*, 2010, p. 536 ss.

¹¹¹ Per una sottolineatura di tale contraddittorietà sistematica, definita esplicitamente in termini «paradossali», dell'assetto di tutela conseguente alla giurisprudenza *Bud II* v. V. RUBINO, *Indicazioni geografiche indirette e denominazioni di origine dei prodotti alimentari nella sentenza "Bud II"*, in questa *Rivista*, 2010, p. 255 ss.; M. LIBERTINI, *I segni geografici protetti: pubblico e privato, protezionismo e concorrenza*, in *AIDA*, 2015, p. 342 ss.

¹¹² In questo senso v. specificamente P. AUTERI, *Indicazioni geografiche, disciplina delle pratiche commerciali scorrette e concorrenza sleale*, in AA. VV., *Studi in memoria di Paola A.E. Frassi*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 23 ss.

¹¹³ Tale lettura rigida della giurisprudenza europea in questione, contemplata dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 5 febbraio 2009 in causa n. C-478/07, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, cit. supra, nota 28, punto 120 («ritengo che il regolamento n. 510/2006 escluda qualsiasi tutela nazionale o bilaterale di indicazioni geografiche qualificate nel suo ambito di applicazione. Pertanto, una denominazione che ricada in detto ambito e non sia stata notificata alla Commissione non può essere tutelata da uno o più Stati membri in modo autonomo e rimane priva di tutela») è stata in realtà fatta propria dalla giurisprudenza italiana di legittimità: v. Cass. sez. I, del 12 febbraio 2015, n. 2828, cit. supra, nota 106, la quale distingue «due diverse ipotesi di concorrenza sleale, la prima delle quali è costituita dalla indicazione sul prodotto di una provenienza geografica diversa dall'effettivo luogo di origine, a prescindere da ogni riferimento alla qualità dei prodotti originari da quel luogo. La seconda è quella costituita nella falsa attribuzione ad un prodotto di qualità che provengono da una data indicazione geografica. Quest'ultima costituisce una distinta ipotesi di concorrenza sleale che, in quanto facente riferimento alla qualità del prodotto, ricade nell'ambito delle disposizioni del regolamento comunitario con la conseguenza che la stessa, in assenza di registrazione della indicazione geografica presso il registro della Ue, non può essere fatta valere sulla base di disposizioni nazionali. Quanto alla prima

disciplina europea ai soli modelli speciali di tutela a base registrata – o anche solo la previgenza storica della disciplina internazionale contro la concorrenza sleale, risalente alla convenzione industrialistica di Parigi – consente di concludere in favore dell'applicabilità di questo istituto¹¹⁴, tale interrogativo vale quale riprova della problematicità del sistema nel suo complesso, derivante da un'arrogazione di competenze non sufficientemente ponderata¹¹⁵.

La decisione di rivendicare al solo livello europeo la disciplina dei nomi geografici, esaurendo ogni margine di autonomia normativa dei sistemi nazionali, è stata facilitata, in una certa misura, dalla sua collocazione istituzionale: nel contesto di una riconosciuta complessità di scopi¹¹⁶, il re-

ipotesi, si osserva che la stessa, proprio sulla base del principio affermato dalla Corte di Giustizia, appare esorbitare dall'ambito delle prescrizioni del regolamento comunitario in quanto tutela la denominazione geografica come tale impedendone l'uso a prodotti non provenienti dalla località cui la denominazione si riferisce senza alcun collegamento alle qualità e caratteristiche dei prodotti»); per una critica all'eccessiva rigidità di tale argomentazione v. A. CONTINI, *L'ambito di tutela nazionale delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche non registrate a livello comunitario*, in *Riv. dir. ind.*, 2015, II, p. 256 ss.

¹¹⁴ Sul punto, ricostruisce ampiamente l'ambito di tutela degli ordinamenti nazionali in materia di indicazioni geografiche, evidenziando i vincoli derivanti dalle fonti internazionali, D. SARTI, *Segni distintivi e denominazioni d'origine*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *La proprietà intellettuale*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea* diretto da G. AJANI - G. A. BENACCHIO, Torino, Giappichelli, 2011, p. 165; per un riconoscimento dell'applicabilità dell'istituto della concorrenza sleale alle indicazioni geografiche non registrate v. A. MUSSO, *Ditta e insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, cit. supra, nota 50, p. 354.

¹¹⁵ Da questo punto di vista è lampante la problematicità dell'individuazione di un effettivo margine di tutela delle indicazioni geografiche semplici a livello nazionale, alla luce dei principi di diritto espressi dalla sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2014 in causa n. C-35/13, *Assica - Associazione Industriali delle Carni e dei Salumi e Kraft Foods Italia SpA c. Associazioni fra produttori per la tutela del «Salame Felino» e altri*, cit. supra, nota 106, punti 33-38: tale tutela, infatti, non può essere fondata su requisiti territoriali di tipo qualitativo, ma al contempo non deve rappresentare un ostacolo ingiustificato al commercio intracomunitario; tuttavia, affinché siffatta restrizione nazionale alla libera circolazione di mercato sia legittima in quanto rientrante nella deroga ex art. 36 TFUE, la tutela in questione deve fondarsi su di una meritevolezza "reputazionale" dell'indicazione semplice che tuttavia la connota in senso geografico, con l'evidente rischio di un corto circuito logico-giuridico; sul punto v. M. GRAGNANI - N. COPPOLA, *La sentenza della Corte di Giustizia sul Salame Felino risolve il caso di specie ma non l'equivoco sulla funzione svolta dalle indicazioni geografiche*, cit. supra, nota 106, p. 379.

¹¹⁶ V. art. 1, par. 1, Regolamento (Ue) n. 1151/2012, ove, sotto la rubrica «obiettivi», si prevede che «il presente regolamento intende aiutare i produttori di prodotti agricoli e alimentari a comunicare agli acquirenti e ai consumatori le caratteristiche e le modalità di produzione agricola di tali prodotti, garantendo in tal modo: a) una concorrenza leale per gli agricoltori e i produttori di prodotti agricoli e alimentari aventi caratteristiche e proprietà che conferiscono valore aggiunto; b) la disponibilità per i consumatori di informazioni attendibili riguardo a tali prodotti; c) il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale; e d) l'integrità del mercato interno. Le misure previste dal presente regolamento sono finalizzate a sostenere le attività agricole e di trasformazione e i sistemi di produzione associati a prodotti di qualità elevata, contribuendo in tal modo alla realizzazione degli obiettivi della politica di sviluppo rurale»; per una riflessione sul tema v. S. F. SCHWEMER, *Food for Thought - Revisiting the Rationale of Law-Based Food Origin Protection*, in *Eur. Food & Feed L. Rev.*, 2012, p. 134 ss.

gime dei nomi geografici è nato entro la base giuridica della politica agricola comune, ponendone in secondo piano i fondamenti di proprietà intellettuale¹¹⁷.

Siffatta qualificazione¹¹⁸ ha attratto il sistema dei nomi geografici verso un comparto a più forte accentramento comunitario, contribuendo in modo decisivo a fondare il giudizio sulla natura esaustiva della regolamentazione europea in materia¹¹⁹. Tuttavia, l'inquadramento primario entro la politica agricola, se può spiegare sul piano storico le peculiarità dell'istituto in questione, non sembra corretto sul piano teorico: pare, infatti, obiettabile la riconduzione della regolamentazione europea dei nomi geografici ad una sistema settoriale che non sia quello della proprietà intellettuale¹²⁰.

Innanzitutto, è pacifica l'appartenenza dei nomi geografici alla "famiglia" della proprietà industriale e intellettuale. Essa è costantemente riconosciuta, a livello nominalistico, dai trattati internazionali in materia¹²¹, ma

¹¹⁷ V. storicamente Regolamento (Cee) n. 2081/92, ove si richiama espressamente l'art. 43 TCE, mentre non vi è alcun riferimento alla proprietà intellettuale nemmeno in sede di *considerando*.

¹¹⁸ In merito all'individuazione della base giuridica degli atti comunitari valgono i principi consolidati dalla giurisprudenza europea, secondo cui «la scelta del fondamento giuridico di un atto comunitario dev'essere fondata su circostanze obiettive, che possono essere oggetto di controllo in sede giurisdizionale, tra le quali figurano lo scopo e il contenuto dell'atto (...). Se l'esame di un atto dimostra che esso persegue un duplice scopo o che possiede una doppia componente e se uno di questi scopi o di queste componenti è identificabile come principale, mentre l'altro è solo accessorio, l'atto deve fondarsi su un solo fondamento giuridico, ossia quello richiesto dallo scopo o dalla componente principale o preponderante (...). Ove si tratti di un atto che persegue contemporaneamente più scopi o che ha più componenti tra loro inscindibili, senza che l'uno sia accessorio all'altro, la Corte ha dichiarato che, qualora per tale motivo siano applicabili diverse disposizioni del Trattato CE, l'atto suddetto dovrà fondarsi, in via eccezionale, sulle diverse basi giuridiche corrispondenti (...). Tuttavia la Corte ha già dichiarato (...) che il ricorso ad un duplice fondamento giuridico è escluso quando le procedure previste dalle rispettive norme siano incompatibili» (così testualmente sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2008 in causa n. C-155/07, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 8103, punti 34-37).

¹¹⁹ Per una ricostruzione della politica agricola quale base giuridica caratterizzante il regime dei nomi geografici v. da ultimo F. ALBISINNI, *Marchi e indicazioni geografiche: una coesistenza difficile*, in *Riv. dir. agr.*, 2015, p. 434 ss.

¹²⁰ Appare contraddittoria in tal senso l'argomentazione della sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, cit. *supra*, nota I, punti 110-112, ove prima si riconosce che le denominazioni di origine protetta rientrano nei diritti di proprietà intellettuale, e poi si fa leva sullo speciale fondamento di politica agricola per affermare l'eshaustività della regolamentazione europea sulla base dell'incompatibilità funzionale delle discipline nazionali concorrenti; per una critica specifica in tal senso v. V. MANTROV, *EU Law on Indications of Geographical Origin*, Heidelberg, Springer, 2014, p. 317.

¹²¹ L'inclusione nominalistica delle indicazioni geografiche protette nel novero dei diritti di proprietà industriale e intellettuale è costante a livello di trattati internazionali: v. Accordo TRIPS del 15 aprile 1994, e già prima Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale del 20 marzo 1883; peraltro, tale qualificazione delle indicazioni geografiche come «proprietà industriale» trova espresso riconoscimento anche a livello di legislazione nazionale ai sensi dell'art. 1 C.p.i.

risulta ampiamente condivisa anche a livello sostanziale¹²².

In particolare, pur a fronte di una condizione dominicale alquanto peculiare¹²³, non vi è dubbio che i nomi geografici si strutturino come segni distintivi di natura esclusiva. Così, benché il nome geografico sia caratterizzato da una legittimazione collettiva "aperta"¹²⁴, e pure non possa essere oggetto di trasferimenti proprietari¹²⁵, esso non muta nella sua capacità di incidere sulla concorrenza di mercato, riservando ad alcuni operatori l'utilizzo di una determinata risorsa immateriale, in questo caso sotto forma di denominazione territoriale¹²⁶.

Inoltre, in prospettiva funzionale, il regime dei nomi geografici condivide il fondamentale paradigma dell'incentivo che caratterizza la proprietà

¹²² In favore della qualificazione delle indicazioni geografiche protette quali diritti di proprietà (industriale o) intellettuale, senza pretesa di esautività, v. A. MUSSO, *Ditta e insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, cit. supra, nota 50, p. 318; D. SARTI, *Segni distintivi e denominazioni d'origine*, cit. supra, nota 114, p. 145, V. DI CATALDO, *Denominazioni e indicazioni geografiche tra registrazione comunitaria e protezione nazionale*, cit. supra, nota 9, p. 47; nonché, sul piano internazionale, I. CALBOLI, *Geographical Indications of Origin at the Crossroads of Local Development, Consumer Protection and Marketing Strategies*, in *IIC*, 2015, p. 750 ss.; A. F. RIBEIRO DE ALMEIDA, *The legal nature of geographical indications and designations of origin*, in *EIPR*, 2014, p. 640 ss.; D. RANGNEKAR, *The intellectual properties of geography*, in *EIPR*, 2009, p. 537 ss.

¹²³ In generale sulla peculiare condizione dominicale dei nomi geografici v. M. FERRARI, *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche. Uno studio di diritto comparato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, p. 121 ss.

¹²⁴ Sul punto v. M. RICOLFI, *Trattato dei marchi*, cit. supra, nota 3, p. 1796, il quale illustra che «l'accesso alle denominazioni geografiche di diritto comunitario è subordinato solo a dati oggettivi, determinati attraverso il provvedimento amministrativo che istituisce la denominazione. Soddisfatti questi requisiti, l'accesso alla denominazione costituisce diritto soggettivo perfetto per tutti gli operatori interessati, che risultano quindi titolari di una sorta di monopolio collettivo sul segno, da intendersi peraltro non come quote frazionarie di una posizione dominicale ma come pretese individuali di ciascun avente diritto all'astensione da parte dei terzi non autorizzati»; tale profilo, tuttavia, non pare così lontano nei suoi risultati sistematici dalla legittimazione di matrice associativa dei marchi collettivi, come evidenzia S. SANDRI, *I marchi collettivi e i marchi di certificazione nella riforma*, cit. supra, nota 63, p. 122, secondo cui «da un punto di vista strutturale, ci troviamo di fronte all'ipotesi di uso plurimo dello stesso segno da parte di una pluralità di imprese, con la differenza che i marchi collettivi nascono da un atto di autonomia privata, mentre le certificazioni di garanzia, alle quali possono ricondursi anche le indicazioni geografiche in senso lato, sono istituite e disciplinate *ex lege*».

¹²⁵ Evidenzia l'intrasferibilità dei nomi geografici come elemento dissonante della qualificazione delle indicazioni geografiche come proprietà intellettuale S. STERN, *Are GIs IP?*, in *EIPR*, 2007, p. 39 ss.; per ulteriori riflessioni sulla condizione "proprietaria" dei nomi geografici v. D. S. GANGJEE, *Quibbling Siblings: Conflicts between Trademarks and Geographical Indications*, in *Chicago-Kent Law Rev.*, 2007, p. 1253 ss.

¹²⁶ In replica a tali obiezioni critiche v. D. RANGNEKAR, *The intellectual properties of geography*, cit. supra, nota 122, p. 539 ss., ove, da un lato, si giustifica la coerenza logica dell'intrasferibilità del diritto con la *ratio* stessa delle indicazioni geografiche di costruire giuridicamente una «*location immobility*» in un mondo sempre più globale, e, dall'altro lato, si evidenzia come la trasferibilità non sia la caratteristica decisiva dei diritti proprietari, i quali possono assumere anche la forma di «*limited common property*» nel senso di *club*, ossia una proprietà in stile *commons* all'interno del gruppo dei legittimati e di tipo esclusivo verso i terzi.

intellettuale¹²⁷. In tal senso, paiono erroneamente fondate le critiche che escludono la natura di proprietà intellettuale dei nomi geografici per l'assenza di un incentivo all'innovazione, denunciandone invece la valenza conservatrice e protezionista¹²⁸. Tali posizioni, infatti, muovono da una malintesa concezione della finalità incentivante della proprietà intellettuale, la quale mirerebbe sempre all'innovazione in senso tecnologico o artistico; tuttavia, è indubbio come essa persegua anche differenti obiettivi sistematici.

In particolare, il sistema dei marchi d'impresa risulta finalizzato ad incentivare la differenziazione qualitativa dell'offerta di mercato: la riconoscibilità della provenienza imprenditoriale dei prodotti da parte dei consumatori impone ai singoli produttori di mantenere, se non migliorare, i propri livelli qualitativi d'offerta, con effetti benefici tanto per gli uni (in termini di garanzia qualitativa e *search costs* informativi) quanto per gli altri (in termini di preferibilità nel confronto competitivo)¹²⁹. Al pari dei marchi, i nomi geografici, tramite un analogo meccanismo di informazione e garanzia dei consumatori sulla scorta di segni distintivi esclusivi, spingono gli operatori ad una valorizzazione delle diverse qualità produttive locali¹³⁰, in modo da evitare la dispersione di un patrimonio produttivo tradi-

¹²⁷ In generale per una presentazione teorica del paradigma dell'incentivo sotteso alla proprietà industriale e intellettuale, con considerazioni critiche rispetto alle istanze di estremizzazione in senso protezionistico, v. A. MUSSO, *Grounds of Protection: How Far Does the Incentive Paradigm Carry?*, in A. OHLY (a cura di), *Common Principles of European Intellectual Property Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 33 ss.

¹²⁸ In questo senso v. E.W. IBELE, *The Nature and Function of Geographical Indications in Law*, in *Estay Centre Journal for International Law and Trade Policy*, 2009, p. 36 ss.; S. STERN, *Are GIs IP?*, cit. supra, nota 125, p. 39 ss.; K. RAUSTIALA - S. R. MUNZER, *The global struggle over geographic indications*, in *Eur. Journal International Law*, 2007, p. 337 ss.; J. HUGHES, *Champagne, Feta, and Bourbon - the Spirited Debate About Geographical Indications*, in *Hastings Law Journal*, 2006, p. 299 ss.

¹²⁹ Sul modello di incentivo alla differenziazione concorrenziale sotteso al sistema dei marchi v. M. RICOLFI, *Trattato dei marchi*, cit. supra, nota 3, p. 40 ss., nonché con specifico riferimento alla funzione dei marchi collettivi e di qualità, p. 1753 ss.; per un'evidenziazione di questa funzione concorrenziale dei marchi nel contesto di un'analisi sulla peculiare figura dei c.d. segni di qualità ideologica v. R. ROMANO, *I segni di qualità ideologica*, in *AIDA*, 2015, p. 326 ss.

¹³⁰ A conferma di questa assimilazione funzionale d'incentivo tra marchi e indicazioni geografiche, al netto delle ulteriori valutazioni sul piano dei costi sistematici di quest'ultimo modello di protezione *sui generis*, v. M. RICOLFI, *Geographical Symbols in Intellectual Property Law: the Policy Options*, in R. M. HILTY - J. DREXL - W. NORDEMANN (a cura di), *Schutz von Kreativität un Wettbewerb*, München, Verlag C. H. Beck, 2009, p. 231 ss.; W. VAN CAENEGEM, *Registered Geographical Indications: Between Intellectual Property and Rural Policy - Part I*, in *Journal of World Intellectual Property*, 2003, p. 699 ss.; I. CALBOLI, *Geographical Indications of Origin at the Crossroads of Local Development*, cit. supra, nota 122, p. 766 ss.; sempre sul piano sistematico, per un'evidenziazione delle prospettive convergenti tra indicazioni geografiche e segni distintivi v. S. MAGELLI, *Denominazioni d'origine: profili di convergenza con il diritto dei segni distintivi*, in *Dir. ind.*, 2011, p. 144 ss., nonché per una presentazione dell'ulteriore coordinamento di questi due istituti alla luce dell'ultima riforma

zionale che non potrebbe sopravvivere a fenomeni di *freeriding*¹³¹. L'unica differenza è che i nomi geografici richiamano una realtà territoriale storica, mentre i marchi identificano un'organizzazione dinamica d'impresa; ma, a ben vedere, nemmeno il sistema dei marchi implica alcun valore "innovativo" quanto all'offerta così incentivata¹³², essendo sempre più incentrato sulla funzione di protezione del capitale reputazionale acquisito¹³³ da *brands* rinomati (e quindi consolidati)¹³⁴.

della regolamentazione europea sui marchi v. ID., *Marchi e indicazioni geografiche: il nuovo coordinamento per registrazione e tutela*, in *Dir. ind.*, 2017, p. 203 ss.

¹³¹ Così espressamente G. BELLETTI - A. MARESCOTTI, *Origin Products, Geographical Indications and Rural Development*, in M. BLAKENEY (a cura di), *Geographical Indications - Vol. I*, 2015, p. 220 ss., secondo cui «the legal protection of a GI is a means of preventing any delocalization of unfair competition from other areas that could usurp the reputation which has been collectively built on the GI»; evidenza questa *ratio* di tutela dal *freeriding* propria dei nomi geografici finalizzata alla salvaguardia di tradizioni produttive collettive A. F. RIBEIRO DE ALMEIDA, *The legal nature of geographical indications and designations of origin*, cit. *supra*, nota 122, p. 651; per una critica in termini di *overprotection* del sistema europeo delle indicazioni geografiche rispetto alla reale misura, comunque necessaria, di tutela dal *freeriding* v. M. LIBERTINI, *I segni geografici protetti: pubblico e privato, protezionismo e concorrenza*, cit. *supra*, nota 111, p. 350.

¹³² In tal senso, appare fallace l'argomentazione che intende ricondurre una componente innovativa al marchio registrato in quanto segno tendenzialmente di creazione fantasiosa («*the result of human inventiveness*», così E. W. IBELE, *The Nature and Function of Geographical Indications in Law*, cit. *supra*, nota 128, p. 46) perché confonde funzione e requisito di tutela dei marchi a livello di carattere distintivo, non essendo evidentemente siffatta trascurabile e comunque non necessaria componente "intellettuale" la *ratio* che fonda la protezione dei marchi, come può immediatamente notarsi con riferimento ai marchi patronimici o addirittura generici con *secondary meaning*; dunque, è con una certa sorpresa che si registra un analogo ragionamento nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Bot del 26 luglio 2017 in causa n. C-389/15, *Commissione europea c. Consiglio dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 7, punto 77 («non nego che la peculiarità della proprietà intellettuale consista – attraverso la tutela del know-how – nel promuovere la creatività») mentre, per contrasto, «lo scopo delle indicazioni geografiche è salvaguardare conoscenze tradizionali espressioni culturali e tecniche di produzione specifiche»), ove, per confutare tale asserita lacuna creativa, si dimentica proprio un corretto parallelo con la funzione pro-concorrenziale (e non pro-innovativa) del marchio.

¹³³ In tal senso v. espressamente M. RICOLFI, *Trattato dei marchi*, cit. *supra*, nota 3, p. 49-50, il quale illustra che «nella nuova disciplina del marchio ha finito per assumere diretto rilievo un fattore socio-economico in precedenza considerato irrilevante, il valore del capitale pubblicitario incorporato nel segno. Come in passato la protezione era calibrata sulla valutazione del pubblico dei consumatori conseguente a una serie di esperienze di acquisto precedenti, così oggi essa è precipuamente commisurata a questo nuovo fattore e, più precisamente, alla quantità e alla qualità dell'investimento pubblicitario e promozionale di cui il segno è fatto oggetto, talora indicato come *selling power* del marchio. (...) In questa prospettiva più recente, la finalità proconcorrenziale del marchio si attenua e si affievolisce: non si tratta più tanto di consentire ai consumatori e al mercato di selezionare le più meritevoli fra le offerte di imprese concorrenti, giacché la protezione anzi si estende a beni e settori non affini a quelli in cui il marchio celebre si sia guadagnato la sua fama; l'obiettivo è qui, piuttosto, di dare tutela all'investimento promozionale, pubblicitario e in termini di reputazione, profuso dall'impresa che ha portato il segno alla fama. Come dicono gli studiosi tedeschi, in questo modo il fine della tutela si sposta dal perseguimento di un regime di concorrenza non falsata (*unverfälschtes Wettbewerb*) a quello della tutela della prestazione (investimento in reputazione e comunicazione aziendale) del titolare (*Leistungsschutz*)»; per una ricostruzione critica della funzione di investimento posta alla base dello speciale regime di protezione dei marchi rino-

Con ciò non si vuole negare l'importanza degli obiettivi di politica agricola sottesi al regime dei nomi geografici¹³⁵. Al contrario, essi risultano assolutamente centrali alla concezione del sistema, esprimendo una precisa visione politica di preferenza per i valori locali e qualitativi della produzione rurale, rispetto a visioni internazionali opposte volte a industrializzare e globalizzare tali tradizioni produttive¹³⁶. Ciononostante, la finalità di politica agricola non pare decisiva per fondarne il relativo inquadramento nell'ambito delle competenze comunitarie.

Tale assimilazione, infatti, risulta confondere "struttura" e "funzione" dei diritti di proprietà intellettuale. Ogni diritto di proprietà intellettuale si caratterizza per la sua capacità funzionale di influire sulle dinamiche concorrenziali, incanalandone lo svolgimento verso obiettivi sistematici considerati meritevoli dall'ordinamento: così, con buona approssimazione, il brevetto per invenzione mira a stimolare l'innovazione tecnologica, il diritto d'autore a supportare la creatività artistica, il marchio d'impresa a

mati v. G. GHIDINI - G. CAVANI, *Presupposti e portata della tutela dei marchi "dotati di rinomanza"*, in *Riv. dir. ind.*, 2017, I, p. 69 ss.

¹³⁴ Non pare allora casuale che la tutela delle indicazioni geografiche rispecchi più da vicino la disciplina protettiva "assoluta" (*rectius*, non confusoria) che caratterizza i marchi che godono di rinomanza, proprio in virtù di questa paragonabile funzione di consolidamento statico di valori acquisiti, piuttosto che della tradizionale funzione distintiva a fini di differenziazione dell'offerta in fase emergente; sul rapporto tra protezione delle indicazioni geografiche e relativa funzione in termini di valorizzazione e mantenimento delle produzioni tradizionali locali v. D. SARTI, *Segni distintivi e denominazioni d'origine*, cit. *supra*, nota 114, p. 149 ss.

¹³⁵ Per una presentazione di questa dimensione di politica agricola v. F. ALBISINNI, *Marchi e indicazioni geografiche: una coesistenza difficile*, cit. *supra*, nota 119, p. 434 ss.; S. BOWEN, *Embedding Local Places in Global Spaces: Geographical Indications as a Territorial Development Strategy*, in *Rural Sociology*, 2010, p. 209 ss.

¹³⁶ Sulle esigenze di protezione internazionale delle tradizioni produttive locali tramite il sistema dei nomi geografici v. C. GALLI, *Indicazioni geografiche e denominazioni di origine sul mercato globale: convergenze e conflitti*, in questa *Rivista*, 2015, p. 1 ss.; per il diverso approccio dei Paesi del "Nuovo Mondo" rispetto alla tutela delle tradizioni produttive locali, evidentemente mosso da opposti interessi di libera appropriazione del valore reputazione annesso alle altrui tradizioni produttive, v. da ultimo K. W. WATSON, *Reign of Terroir - How to Resist Europe's Efforts to Control Common Food Names as Geographical Indications*, in *Policy Analysis Cato Institute*, 16 febbraio 2016, n. 787, reperibile all'indirizzo internet <https://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa787.pdf>, nonché più ampiamente T. JOSLING, *The War on Terroir: Geographical Indications as a Transatlantic Trade Conflict*, in *Journal of Agricultural Economics*, 2006, p. 337 ss.; J. HUGHES, *Champagne, Feta, and Bourbon - the Spirited Debate About Geographical Indications*, cit. *supra*, nota 128, p. 299 ss.; in ottica maggiormente comparativa v. L. V. FAULHABER, *Cured Meat and Idaho Potatoes: a Comparative Analysis of European and American Protection and Enforcement of Geographical Indications of Foodstuff*, in *Columbia Journal Eur. Law*, 2005, p. 623 ss.; ferma la necessità di tutela giuridica a fini di preservazione delle tradizioni produttive locali, ben diversa (e alquanto spinosa) è la questione circa la coerenza degli effetti concreti del sistema normativo rispetto agli obiettivi prefissi, anche in termini di politica agricola, su cui, per una riflessione sulla corretta costruzione del legame territoriale nella prospettiva di una futura espansione del regime dei nomi geografici, v. recentemente D. S. GANGJEE, *GIs Beyond Wine: Time to Re-think the Link?*, in *IIC*, 2017, p. 129 ss.

consentire una differenziazione qualitativa dell'offerta. Tuttavia, la diversità di funzione di questi diritti non ne muta la struttura costitutiva, che li caratterizza come proprietà immateriale: ossia, l'essere diritti di privativa in termini di *ius excludendi omnes alios*¹³⁷, dove l'esclusiva su di una data risorsa immateriale (invenzione tecnologica, opera creativa o segno distintivo) vale quale meccanismo premiale per incentivare determinati comportamenti economici rispetto alla generica competizione di mercato¹³⁸.

Dunque, se è vero che i nomi geografici sul piano funzionale perseguono (anche) scopi di politica agricola¹³⁹, la loro struttura resta quella di un diritto esclusivo di privativa¹⁴⁰, dalla quale consegue un corretto inquadramento entro il sistema della proprietà intellettuale¹⁴¹. Ciò allo stesso modo in cui i brevetti per invenzione, pur a fronte della loro funzione incentivante l'innovazione, non vengono rapportati ai settori della politica industriale o di ricerca tecnologica, o come pure i diritti d'autore non vengono considerati nel contesto della politica culturale¹⁴². È la componente

¹³⁷ Espressamente in questo senso A. MUSSO, *Ditta e insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, cit. supra, nota 50, pp. 2-3.

¹³⁸ Sul tema v. per tutti W. M. LANDES - R. A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, p. 11 ss.

¹³⁹ Come già osservato, la complessità di scopi del regime europeo dei nomi geografici trova riscontro nello stesso art. 1, par. 1, Regolamento (Ue) n. 1151/2012; può qui aggiungersi che, oltre ai profili di politica agricola, di tutela dei consumatori e di disciplina della concorrenza, sono implicate nel regime dei nomi geografici anche istanze di tipo culturale, su cui v. T. W. DAGNE, *The Identity of Geographical Indications and Their Relation to Traditional Knowledge in Intellectual Property Law*, in *WIPO Journal*, 2014, p. 137 ss.; R. CHESMOND, *Protection or privatisation of culture? The cultural dimension of the international intellectual property debate on geographical indications of origin*, in *EIPR*, 2007, p. 379 ss.; in particolare, evidenzia le potenzialità positive del regime dei nomi geografici per la protezione di *culture-based interests* in relazione alle tradizioni identitarie locali I. CALBOLI, *Of markets, culture and terroir: The unique economic and culture-related benefits of geographical indications of origin*, in D. GERVAIS (a cura di), *International Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 433 ss.; per una specifica riflessione sulle problematiche internazionalprivatistiche di *cross-border enforcement* del patrimonio culturale immateriale protetto tramite indicazioni geografiche v. B. UBERTAZZI, *EU Geographical Indications and Intangible Cultural Heritage*, in *IIC*, 2017, p. 562 ss.

¹⁴⁰ Afferma esplicitamente il ricorrere di una coincidenza «structural» tra nomi geografici e marchi registrati W. VAN CAENEGEM, *Registered Geographical Indications: Between Intellectual Property and Rural Policy - Part I*, cit. supra, nota 130, p. 703.

¹⁴¹ Per una riflessione generale sul ruolo dei diritti di proprietà intellettuale – incluse le indicazioni geografiche protette – nel comparto agricolo v. A. JANNARELLI, *La proprietà intellettuale e la catena alimentare*, in A. GERMANÒ - V. RUBINO (a cura di), *La tutela dell'origine dei prodotti alimentari in Italia, nell'Unione europea e nel commercio internazionale*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 5 ss.

¹⁴² A riprova di questa distinzione tra struttura e funzione della proprietà intellettuale in ragione della intrinseca molteplicità degli obiettivi funzionali verso cui mirano i vari regimi appartenenti a tale istituto, per una disamina delle diverse politiche integrative connesse alla legislazione europea sul diritto d'autore, in particolare per quanto riguarda gli aspetti culturali, v. A. RAMALHO, *Conceptualising the European Union's Competence in Copyright*, cit. supra, nota 80, p. 192 ss.

strutturale che prevale e che porta a ricondurre tali diritti entro il sistema della proprietà intellettuale come profilo autonomo di disciplina del mercato concorrenziale¹⁴³.

Tale conclusione trova riscontri positivi nel quadro normativo europeo, sia sul piano della legislazione interna, sia sul piano degli accordi internazionali esterni. Sul piano della legislazione interna, l'ultima riforma della regolamentazione sui nomi geografici per i prodotti agroalimentari menziona espressamente la nuova base giuridica in materia di proprietà intellettuale introdotta con Lisbona¹⁴⁴; inoltre, le indicazioni geografiche protette sono implicitamente ricomprese nel campo di applicazione della disciplina trasversale sull'*enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale¹⁴⁵. Sul piano esterno, il regime dei nomi geografici risulta costantemente incluso nell'elenco dei diritti di proprietà intellettuale oggetto di negoziazione bilaterale¹⁴⁶; inoltre, tale istituto è stato da ultimo interpretato come di competenza esclusiva europea proprio in quanto rientrante negli «aspetti commerciali della proprietà intellettuale»¹⁴⁷.

¹⁴³ Tale conclusione pare peraltro in linea con l'impostazione della giurisprudenza comunitaria, la quale, come osservato, ha collocato sin da principio i diritti esclusivi sulle indicazioni geografiche protette entro la clausola ex art. 36 TFUE in termini di proprietà industriale; sul punto v. F. CAPELLI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di qualità dei prodotti alimentari*, cit. supra, nota 94, p. 339 ss.; sostiene ulteriormente tale qualificazione sistematica V. MANTROV, *EU Law on Indications of Geographical Origin*, cit. supra, nota 120, p. 315.

¹⁴⁴ V. Regolamento (Ue) n. 1151/2012, la cui intestazione riporta tra le basi giuridiche, congiuntamente all'art. 43 TFUE, anche il nuovo art. 118 TFUE in materia di proprietà intellettuale (a differenza delle versioni previgenti).

¹⁴⁵ V. direttiva n. 2004/48/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in *Gu-Ue* n. L 157 del 30 aprile 2004, p. 45, il cui art. 1 specifica che «ai fini della presente direttiva i termini "diritti di proprietà intellettuale" includono i diritti di proprietà industriale», estendendone così il campo di applicazione anche alle indicazioni geografiche (le quali, come osservato, rientrano tradizionalmente nel catalogo internazionale di questi diritti); in questo senso v. M. BLAKENEY, *The Protection of Geographical Indications: Law and Practice*, cit. supra, nota 101, p. 365.

¹⁴⁶ V. i diversi accordi di libero scambio tra Unione europea e Stati terzi cit. supra alla nota 4; ulteriormente sul punto v. B. O'CONNOR - L. RICHARDSON, *The legal protection of geographical indications in the EU's Bilateral Trade Agreements: moving beyond TRIPS*, in *Riv. dir. alim.*, 2012, 4, p. 39 ss.

¹⁴⁷ V. parere della Corte di giustizia n. 2/15 del 16 maggio 2017, *Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore*, cit. supra, nota 7, punti 111-130; in maniera ancora più significativa, nel contesto dei processi di ammodernamento dell'Accordo di Lisbona sulla protezione delle denominazioni d'origine e sulla loro registrazione internazionale del 31 ottobre 1958, si registra un'identica riconduzione del regime dei nomi geografici nell'ambito della politica commerciale comune di esclusiva prerogativa europea in quanto facente parte dei diritti di proprietà intellettuale (*rectius*, dei relativi «aspetti commerciali»): v. conclusioni dell'Avvocato Generale Bot del 26 luglio 2017 in causa n. C-389/15, *Commissione europea c. Consiglio dell'Unione europea*, cit. supra, nota 7, punti 68-82; peraltro, da quest'ultimo punto di vista, non è chiaro il coordinamento tra la competenza esauriente interna e la relativa competenza esclusiva esterna dell'Unione rispetto agli obblighi internazionali dei singoli Stati membri in materia di indicazioni geografiche derivanti dall'ammodernamento di tali accordi multilaterali: in merito all'Atto di Ginevra del 20 maggio 2015 in revisione

In verità, deve osservarsi come la riconduzione principale del regime dei nomi geografici al settore della proprietà intellettuale, invece che della politica agricola, non comporti oggi differenze sostanziali sul piano delle procedure legislative¹⁴⁸. Tuttavia, tale inquadramento pare particolarmente significativo per un'opportuna ricostruzione del sistema: sia quanto ai suoi principi di funzionamento, la cui interpretazione rischierebbe altrimenti di dimenticare il delicato equilibrio tra incentivo premiale e substrato concorrenziale¹⁴⁹; sia quanto alla concezione istituzionale del sistema stesso, nel suo rapporto dialettico con gli ordinamenti nazionali.

5. Espansione delle competenze europee e *pre-emption* delle competenze nazionali in materia di proprietà intellettuale

Come ricordato, con la famigerata sentenza *Bud II* la Corte di giustizia ha riconosciuto in favore dell'Unione europea l'esaurimento delle competenze normative per la disciplina dei nomi geografici. Alla luce della suesposta contestualizzazione, occorre riflettere sulle implicazioni di tale decisione – e della sua attuale conferma nel caso *Port Charlotte* quanto al comparto vitivinicolo¹⁵⁰ – non solo per la materia delle indicazioni geografiche protette, ma per l'intero sistema europeo della proprietà intellettuale.

dell'Accordo di Lisbona e sulle relative problematiche v. N. COPPOLA, *Lo stato attuale della legislazione e della giurisprudenza europea sul tema della competenza riguardo alle indicazioni geografiche*, cit. *supra*, nota 9, p. 359 ss.; A. G. MICARA, *The Geneva Act of the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and Their International Registration: An Assessment of a Controversial Agreement?*, in *IIC*, 2016, p. 673 ss.

¹⁴⁸ In seguito al riassetto del Trattato di Lisbona, infatti, trattasi in entrambi i casi di competenze concorrenti con procedura legislativa ordinaria, come tali sostanzialmente accomunabili da questo punto di vista: così F. ALBISINNI, *Marchi e indicazioni geografiche: una coesistenza difficile*, cit. *supra*, nota 119, p. 440; in generale sul tema della riforma delle procedure legislative europee v. A. VERDUN, *Decision Making before and after Lisbon: the Impact of Changes in Decision Making Rules*, in M. HOSLI - A. KREPPPEL - B. PLECHANOVÁ - A. VERDUN (a cura di), *Decision Making in the EU Before and After the Lisbon Treaty*, Abingdon, Routledge, 2015, p. 8 ss.

¹⁴⁹ In questo senso, con particolare riferimento alla disciplina delle indicazioni geografiche, v. V. DI CATALDO, *Liti fra birrai, marchi e denominazioni di origine: evoluzione del linguaggio e mutamenti dei prodotti*, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 610 ss.; sulla necessità di teorizzazione unitaria dei diritti di proprietà intellettuale per ragioni di coerenza interpretativa v. G. GHIDINI, *For a Holistic and Systemic Approach to IP Law*, in *IIC*, 2014, p. 381 ss., nonché, per un'analoga considerazione unita alla ricostruzione critica degli effettivi principi comuni in materia nell'attuale quadro normativo europeo, v. S. DUSSOLIER, *Pruning the European Intellectual Property Tree: in Search of Common Principles and Roots*, in C. GEIGER (a cura di), *Constructing European Intellectual Property: Achievements and New Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 24 ss.; in generale, per un'interpretazione sistematica dei diritti di proprietà intellettuale nel contesto delle dinamiche concorrenziali, v. G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 35 ss.

¹⁵⁰ V. sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 2017 in causa n. C-56/16 P, *EU IPO c. Instituto dos Vinhos do Douro e do Porto*, cit. *supra*, nota 8, punti 75-109.

In ragione di quanto osservato, infatti, la tradizionale riconduzione delle indicazioni geografiche protette alla base giuridica della politica agricola non pare sufficiente a rendere immune il sistema della proprietà intellettuale dalle conseguenze sistematiche di tale precedente. Al contrario, la posizione della giurisprudenza funge da riscontro dei concreti confini competenziali in materia tra Unione europea e Stati membri.

Segnatamente, si rammenta che nel contesto costituzionale comunitario la proprietà intellettuale è una materia di competenza concorrente; quanto all'assetto generale, il sistema europeo è caratterizzato da diversi gradi d'integrazione rispetto ai relativi ordinamenti statali. Per un verso, vi è l'armonizzazione comunitaria delle discipline nazionali sul piano sostanziale. Così, le regole su requisiti, contenuto ed efficacia dei diritti di proprietà immateriale sono state uniformate a livello europeo tramite apposite direttive, senza però intervenire sulla struttura territoriale delle singole private. Ciò è avvenuto per i marchi, per i disegni e modelli, per il diritto d'autore, per i brevetti sulle invenzioni biotecnologiche e anche per altri istituti più specifici, quali i diritti su banche dati, topografie dei prodotti a semiconduttori e *know-how*. Per altro verso, l'integrazione europea si è spinta oltre, intervenendo anche sul piano costitutivo: nell'ambito delle private titolate, sono stati istituiti appositi titoli europei di proprietà intellettuale, unitari per tutto il mercato interno, quali diritti aggiuntivi rispetto ai titoli nazionali. Così è per il marchio dell'Unione europea e per le corrispettive private unitarie in materia di disegni e modelli o varietà vegetali; così, in una certa misura, è anche per il brevetto europeo ad effetti unitari, la cui struttura atipica presuppone l'esistenza dei brevetti nazionali¹⁵¹.

Ne segue che il sistema europeo della proprietà intellettuale è tendenzialmente informato ad un modello di coesistenza in parallelo, tale per cui l'armonizzazione comunitaria non pregiudica la permanenza in essere dei titoli nazionali¹⁵². In tale contesto, dunque, la condizione di esaustività del regime europeo dei nomi geografici rappresenta un'anomalia: essa, infatti, realizza un'integrazione di tipo "abrogativo", ossia che non si limita ad aggiungere in senso "cumulativo" i titoli europei a quelli nazionali, né eventual-

¹⁵¹ Per gli opportuni riferimenti sia consentito rinviare *supra* al par. 3.

¹⁵² Al riguardo v. A. CAMPINOS, *Developments in the European Union Intellectual Property System*, in C. GEIGER (a cura di), *The Intellectual Property System in a Time of Change: European and International Perspectives*, Paris, Lexis Nexis, 2016, p. 37 ss., il quale espone che «we are dealing with a two-tier system within Europe. This is a system which has national rights that must combine EU-level rights».

mente a coordinarne la vigenza in senso "sostitutivo", ma che sottrae la stessa possibilità di regolamentazione della materia alle competenze statali¹⁵³.

Per le ragioni storiche già richiamate, tale anomalia potrebbe giustificarsi quale eccezionalità della disciplina dei nomi geografici rispetto al generale sistema della proprietà intellettuale¹⁵⁴. Tuttavia, siffatta integrazione esauriente potrebbe anche essere letta in senso opposto: quella che pare un'eccezione potrebbe tramutarsi nel primo segnale di un nuovo approccio "espansionistico" del legislatore comunitario, aprendo così un squarcio sul concreto assetto di competenze tra Unione europea e Stati membri in materia di proprietà intellettuale.

Di conseguenza, occorre chiedersi in che misura la materia della proprietà intellettuale, nell'ambito della sua natura condivisa, appartenga ancora effettivamente alle competenze nazionali degli Stati membri.

Partendo dal piano costitutivo, deve constatarsi come le discipline istitutive dei singoli titoli europei di proprietà intellettuale dichiarino espressamente di aggiungersi agli omologhi titoli nazionali e, quindi, di non pregiudicarne la coesistenza in parallelo¹⁵⁵. Quanto al diritto d'autore e agli

¹⁵³ Si riprende qui la terminologia utilizzata da L. BENTLY - B. SHERMAN, *The Impact of European Geographical Indications on National Rights in Member States*, in *Trademark Reporter*, 2006, p. 850 ss., i quali, per definire i diversi possibili modelli di integrazione tra sistema europeo e sistemi nazionali proprio con riferimento ai nomi geografici, distinguevano quattro possibili scenari: «*cumulative protection*» (ossia coesistenza piena tra titolo europeo e titoli nazionali), «*abandonment*» (ossia cessazione del titolo nazionale al momento della domanda per il titolo europeo), «*substitution*» (ossia sostituzione al titolo nazionale del titolo europeo al momento dell'effettiva concessione di quest'ultimo), «*abolition*» (ossia abrogazione integrale dei regimi di protezione nazionale, peraltro esprimendosi a sfavore di quest'ultima opzione, poi invece accolta dalla giurisprudenza comunitaria).

¹⁵⁴ Per una giustificazione della natura esauriente del regime europeo dei nomi geografici in chiave di politica agricola v. F. GENCARELLI, *Il caso «Budweiser»: competenze comunitarie e nazionali in materia di indicazioni geografiche di prodotti alimentari*, cit. supra, nota 105, p. 240 ss.

¹⁵⁵ V. *considerando* 7, Regolamento (Ue) n. 2017/1001, secondo cui «il diritto dell'Unione in materia di marchi non si sostituisce tuttavia al diritto in materia di marchi dei singoli Stati membri; non sembra, infatti, giustificato obbligare le imprese a registrare i rispettivi marchi come marchi UE»; *considerando* 31, Regolamento (Ce) n. 6/2002, secondo cui «il presente regolamento non esclude che ai disegni e modelli che fruiscono della protezione comunitaria possano applicarsi altre norme nazionali in tema di proprietà industriale o comunque pertinenti, quali la legge sulla protezione dei disegni e modelli mediante registrazione (...); *considerando* 3, Regolamento (Ce) n. 2100/94, secondo cui «è pertanto opportuno istituire un regime comunitario che, pur coesistendo con i regimi nazionali, consenta la concessione di diritti di proprietà industriale validi in tutta la Comunità»; tuttavia, a quest'ultimo proposito, si noti come il Regolamento in materia di varietà vegetali preveda un diverso coordinamento di tipo "escludente" tra privativa europea e privativa nazionale ai sensi dell'art. 92, rubricato «divieto di protezione cumulativa», secondo cui «ogni varietà oggetto di una privativa comunitaria per ritrovati vegetali non deve essere oggetto di un diritto nazionale di tutela delle nuove varietà vegetali o di un brevetto per dette varietà. Qualsiasi diritto concesso contrariamente al disposto della prima frase è inefficace. Se, prima della concessione della privativa comunitaria per ritrovati vegetali, è stato concesso al titolare un altro diritto di tutela conformemente al paragrafo 1 per la medesima varietà, questi non può esercitare, nei confronti della varietà in parola, i diritti derivanti da tale protezione finché sussisterà per la varietà summenzionata la

altri diritti non titolati, la loro peculiare natura non "duplicabile" impedisce ogni costruzione multilivello; ad ogni modo, l'attuale modello di integrazione non mette in discussione l'originario ambito nazionale dal quale sorgono i diritti medesimi¹⁵⁶.

Ciò parrebbe sufficiente per escludere, allo stato, un superamento di questo doppio livello competenziale. Tuttavia, può dubitarsi della reale consistenza delle competenze nazionali in materia, le quali paiono progressivamente svuotarsi in forza dell'espansione della disciplina di fonte europea.

In particolare, benché il piano costitutivo faccia salva l'esistenza dei titoli nazionali, il piano dell'armonizzazione sostanziale delle relative discipline mostra segnali opposti: invero, è di comune percezione come all'autonomia legislativa statale resti ormai poco o nulla. Le direttive di armonizzazione in materia di marchi nazionali, anche in forza di una giurisdizione interpretativa europea sempre più pervasiva¹⁵⁷, risultano

privativa comunitaria per ritrovati vegetali».

¹⁵⁶ Sul problema della pluralità territoriale dei diritti d'autore nella prospettiva di un'unificazione a livello europeo v. T. CHIOU, *Lifting the (dogmatic) barriers in intellectual property law: fragmentation v integration and the practicability of a European Copyright Code*, in *EIPR*, 2015, p. 138 ss.; P. JOUGLEUX, *The Plurality of Legal Systems in Copyright Law: An Obstacle to a European Codification?*, in T. SYNODINOU (a cura di), *Codification of EU Copyright law: Challenges and Perspectives*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2012, p. 55 ss.; ancora, su limiti e opportunità rispetto alla configurabilità di un titolo unitario in materia di diritto d'autore v. R. MONGILLO, *Riflessioni sul mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale*, cit. supra, nota 90, p. 1227 ss.; in favore del superamento dell'attuale concezione territoriale del mercato unico tramite un'unificazione del *copyright* per mezzo di un atto regolamentare europeo v. P. B. HUGENHOLTZ, *Copyright without frontiers: the problem of territoriality in European Copyright law*, in E. DERCLAYE (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, p. 12 ss.; per una riflessione specificamente incentrata sulle possibilità di unificazione europea del diritto d'autore in ambito digitale v. M. MIGLAZZA, *Ipotesi di disciplina di un titolo unitario europeo di proprietà intellettuale nell'apeiron di internet*, in *Dir. aut.*, 2011, p. 455 ss.; in generale, sul dibattito in tema di codificazione di un diritto d'autore europeo, senza pretesa di esaustività, v. anzitutto il progetto ad opera del gruppo di accademici denominato THE WITTEM GROUP, *European Copyright Code*, in *EIPR*, 2011, p. 76 ss.; nonché, per commenti allo stesso e riflessioni ulteriori, T. COOK - E. DERCLAYE, *An EU Copyright Code: what and how, if ever?*, in *IPQ*, 2011, p. 259 ss.; sugli ultimi sviluppi in materia v. E. LOFFREDO, *Unificazione, armonizzazione e sussidiarietà nel diritto d'autore europeo*, cit. supra, nota 65, p. 225 ss.

¹⁵⁷ V. sentenza della Corte di giustizia del 22 settembre 2011 in causa n. C-482/09, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Anheuser-Busch Inc.*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 8701, EU:C:2011:605, ove si afferma il principio per cui «anche se, a tenore del terzo "considerando" della direttiva 89/104, "non appare attualmente necessario procedere ad un ravvicinamento completo delle legislazioni degli Stati membri in tema di marchi di impresa", è pur vero che tale direttiva contiene un'armonizzazione relativa a norme sostanziali che rivestono un'importanza fondamentale in materia, vale a dire, secondo lo stesso "considerando", norme relative a disposizioni nazionali che hanno un'incidenza più diretta sul funzionamento del mercato interno, e che detto "considerando" non esclude che l'armonizzazione relativa a dette norme sia completa» (punto 30).

praticamente onnicomprensive¹⁵⁸, lasciando solo apparentemente salva «la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi»¹⁵⁹ nella trasposizione normativa dei fini (e lo stesso vale per i disegni e modelli)¹⁶⁰. Anche il sistema sul diritto d'autore, pur a fronte di un *corpus* normativo europeo frammentato¹⁶¹, è armonizzato molto più di quanto sembri sulla carta, come testimoniato da una cognizione giurisprudenziale estesasi fino alla nozione fondante di originalità dell'opera¹⁶²; tanto che è consolidata la qualificazione della disciplina del *copyright* nella sua dimensione patrimoniale come interamente di competenza europea, comprese le eccezioni alle facoltà esclusive¹⁶³, restando tendenzialmente di prerogativa nazionale solo

¹⁵⁸ In questo senso, nel contesto di un'accurata disamina giurisprudenziale, v. G. DINWOODIE, *The Europeanization of Trade Mark Law*, in J. PILA - A. OHLY (a cura di), *The Europeanization of Intellectual Property Law*, cit. supra, nota 63, p. 83, secondo cui «if everything broadly affecting subsistence or scope of rights is potentially in play, there is precious little of substantive importance reserved to Member State autonomy. Debate about what has been left to the Member States in trade mark law must therefore largely involve a discussion of the external boundaries of substantive trade mark law [...], perhaps, where does the line between (harmonized) substance and (unharmonized) procedure fall?».

¹⁵⁹ V. art. 288, par. 3, TFUE.

¹⁶⁰ Evidenzia come il sistema dei disegni e modelli costituisca «*the highest degree of European integration*» nel contesto degli istituti di proprietà intellettuale, essendosi uniformata in sede regolamentare anche la protezione dei disegni e modelli non registrati, A. OHLY, *Concluding Remarks: Postmodernism and Beyond*, in J. PILA - A. OHLY (a cura di), *The Europeanization of Intellectual Property Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 255 ss.

¹⁶¹ Come osservato, lo statuto europeo del *copyright* è composto da diverse direttive riguardanti aspetti specifici e un solo intervento di armonizzazione "orizzontale" quale la direttiva n. 2001/29/Ce, in verità anch'essa limitata settorialmente alla società dell'informazione; tuttavia, sulla natura propriamente generale della c.d. direttiva *infosoc* e di tutto l'*acquis* europeo in materia di diritto d'autore v. M. VAN EECHOU - P.B. HUGENHOLTZ - S. VAN GOMPEL - L. GUIBALT - N. HELBERGER, *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2009, p. 297 ss.

¹⁶² V. sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2009 in causa n. C-5/08, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 6569, EU:C:2009:465, secondo cui la nozione di opera originale deve intendersi come «il risultato della creazione intellettuale dell'autore»; per una ricostruzione di questo filone espansivo della giurisprudenza europea, deducendone «*the de facto harmonisation of the originality requirement for subject-matter*» a dispetto dell'assenza di una previsione normativa in tal senso, v. E. ROSATI, *Closed national systems of copyright-protectable works are no longer compatible with EU law*, in *GRUR Int.*, 2014, p. 1112 ss.; più ampiamente sul tema v. P. FABBIO, *Opere protette e requisiti di tutela nel diritto d'autore UE*, in *AIDA*, 2016, p. 281 ss.; in generale, sul ruolo attivo della Corte di giustizia nell'armonizzazione del diritto d'autore europeo anche in misura ulteriore rispetto all'effettiva portata delle direttive v. R. XALABARDER, *The Role of the CJEU in Harmonizing EU Copyright Law*, in *IIC*, 2016, p. 635 ss.; sul punto v. anche le significative riflessioni di J. DREXL, *An institutional perspective on the European Intellectual Property System: will it get a better?*, in C. GEIGER (a cura di), *The Intellectual Property System in a Time of Change: European and International Perspectives*, Paris, Lexis Nexis, 2016, p. 71 ss., secondo cui «one wonders which copyright issue cannot be referred to the CJEU, since copyright law is a highly complex legal system in which different concepts are intrinsically intertwined so that it is practically always possible to find a connecting factor with one of the copyright directives».

¹⁶³ V. sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2012 in causa n. C-510/10, *DR e TV2 Danmark A/S c. NCB - Nordisk Copyright Bureau*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*,

i diritti morali¹⁶⁴. Quanto ai brevetti per invenzione, la situazione appare più complessa per le vicissitudini che accompagnano ancora oggi la realizzazione di un effettivo sistema unitario: il compromesso strutturale del nuovo brevetto europeo ad effetti unitari rende incerta ogni previsione sulle future prospettive di funzionamento, anche in merito al relativo apparato giurisdizionale¹⁶⁵; tuttavia, già prima di questa situazione sussistevano

aprile 2012, EU:C:2012:244, secondo cui «si deve ritenere che il legislatore dell'Unione europea, nell'adottare la direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti vicini nella società dell'informazione, abbia esercitato le competenze precedentemente devolute agli Stati membri in materia di proprietà intellettuale. Nell'ambito di applicazione di tale direttiva, si deve considerare che l'Unione si è sostituita agli Stati membri i quali non sono più competenti ad attuare le disposizioni pertinenti della Convenzione di Berna. È su tale base che il legislatore dell'Unione ha accordato agli Stati membri la facoltà di introdurre nei loro diritti nazionali l'eccezione delle registrazioni effimere, quale prevista all'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2001/29, e ha chiarito la portata di tale eccezione» (punti 31-32); in tal senso v. anche sentenza della Corte di giustizia del 9 febbraio 2012 in causa n. C-277/10, *Martin Luksan c. Petrus van der Let*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, EU:C:2012:65; retrospettivamente v. sentenza della Corte di giustizia del 19 marzo 2002 in causa n. C-13/00, *Commissione delle Comunità europee c. Irlanda*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 2943, EU:C:2002:184, nonché sentenza della Corte di giustizia del 20 ottobre 1993 in cause riunite n. C-92/92 e n. C-326/92, *Phil Collins c. Imtrat Handelsgesellschaft mbH e Patricia Imund Export Verwaltungsgesellschaft mbH e Leif Emanuel Kraul c. EMI Electrola GmbH*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 5145, EU:C:1993:847, ove, nel contesto dell'applicazione del principio di non discriminazione, si è per la prima volta sancito in via generale che «il diritto d'autore e i diritti connessi rientrano nel campo di applicazione del Trattato»; per una specifica riflessione sul tema v. F. MEZZANOTTE, *Le «eccezioni e limitazioni» al diritto d'autore UE*, in *AIDA*, 2016, p. 480 ss.

¹⁶⁴ Per una riflessione critica sul punto, ricostruendo l'incidenza della legislazione europea in materia di diritto d'autore anche sul piano dei diritti morali, v. L. C. UBERTAZZI, *La disciplina UE dei diritti morali d'autore*, in *AIDA*, 2016, p. 349 ss.; recentemente a tale proposito v. parere della Corte di giustizia n. 3/15 del 14 febbraio 2017, *Trattato di Marrakech volto a facilitare l'accesso alle opere pubblicate per le persone non vedenti, con disabilità visive o con altre difficoltà nella lettura di testi a stampa*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, 2017, EU:C:2017:114, *cit. supra*, nota 88, ove, nel contesto della valutazione circa l'inclusione di tale trattato nell'ambito della politica commerciale comune sul piano delle competenze esterne dell'Unione, i giudici europei hanno precisato che «l'argomento della Commissione secondo il quale, tra le norme che disciplinano la proprietà intellettuale, solo quelle relative al diritto morale non rientrano nella nozione di "aspetti commerciali della proprietà intellettuale", di cui all'articolo 207 TFUE, non può essere accolto, in quanto porterebbe ad estendere in modo eccessivo la sfera della politica commerciale comune, ricollegando a detta politica norme che non presentano un nesso specifico con gli scambi commerciali internazionali»; peraltro, si noti come la Corte abbia infine concluso in favore della competenza esterna esclusiva dell'Unione anche rispetto a tale trattato internazionale, in quanto «appare evidente che, benché gli Stati membri dispongano della facoltà di introdurre un'eccezione o una limitazione alle norme armonizzate enunciate dagli articoli da 2 a 4 della direttiva 2001/29 a favore delle persone con disabilità, si tratta di una facoltà concessa dal legislatore dell'Unione che è rigorosamente inquadrata dagli obblighi del diritto dell'Unione (...). Ne consegue che l'insieme degli obblighi previsti dal trattato di Marrakech rientra in un ambito già coperto in gran parte da norme comuni dell'Unione e che la conclusione di questo trattato può incidere su dette norme o modificarne la portata. Dalle considerazioni sin qui svolte risulta che la conclusione del trattato di Marrakech rientra nella competenza esclusiva dell'Unione».

¹⁶⁵ Rinviandosi ai richiami precedenti sul tema, per un'ulteriore critica in termini istituzionali quanto alle modalità di approvazione normativa del brevetto unitario, rivendicandosi la competenza primaria dell'Unione europea in materia, v. A. STROWEL - F. DE VISSCHER - V. CASSIERS, *L'Unione non può essere privata dei suoi poteri da parte degli Stati membri: il pericoloso precedente del pacchetto brevetti*, in *Dir. ind.*, 2015, p. 221 ss.

riscontri di un'espansione delle competenze europee anche in tale materia¹⁶⁶. Da ultimo, la recente armonizzazione in materia di *know-how* conferma la volontà del legislatore europeo di coprire ogni settore della proprietà intellettuale latamente intesa, creando un sistema tendenzialmente esaustivo¹⁶⁷.

Tale prospettiva di effettivo esaurimento dell'autonomia normativa nazionale in materia di proprietà intellettuale è rafforzata anche dagli sviluppi delle competenze europee sul piano esterno. La riforma istituzionale che ha rimesso alla competenza esclusiva dell'Unione la politica internazionale in materia di proprietà intellettuale (*rectius*, gli "aspetti commerciali" della stessa) ha una valenza particolarmente significativa in tal senso: sia a livello strategico, dato il ruolo cruciale delle sedi normative internazionali per l'attività di formazione delle regole in materia di proprietà intellettuale, alle quali poi i singoli ordinamenti sono obbligati a conformarsi a cascata¹⁶⁸; sia a livello simbolico, data l'importanza della rappresentatività esterna dello Stato nelle sedi internazionali per fondare la sua stessa sovranità¹⁶⁹. Benchè formalmente la portata esclusiva della competenza esterna non pregiudichi la condivisione delle competenze interne sulla medesima materia¹⁷⁰, le fonti internazionali rappresentano in realtà un ulteriore vincolo sostanziale all'autonomia legislativa residua degli Stati, soprattutto in ragione dell'interpretazione estensiva che caratterizza la giurisprudenza europea anche in questo ambito¹⁷¹. Se a ciò si aggiunge l'azio-

¹⁶⁶ V. sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1995 in causa n. C-350/92, *Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione europea*, cit. supra, nota 69, ove si è sancito il principio per cui «né l'art. 222 né l'art. 36 del Trattato riservano al legislatore nazionale il potere di disciplinare il diritto sostanziale dei brevetti, escludendo ogni azione comunitaria in materia».

¹⁶⁷ In tal senso v. *considerando* 3, direttiva (Ue) n. 2016/943, ove si legge che «i segreti commerciali sono una delle forme di protezione delle creazioni intellettuali e delle conoscenze innovative più comunemente usate dalle imprese, anche se nel contempo sono la forma di protezione meno tutelata dall'attuale quadro giuridico dell'Unione contro l'acquisizione, l'utilizzo o la divulgazione illeciti da parte di altri soggetti».

¹⁶⁸ Sulla valenza e sulle implicazioni di questa «*international law route*» della legislazione in materia di proprietà intellettuale v. J. DREXL, *An institutional perspective on the European Intellectual Property System: will it get an better?*, cit. supra, nota 162, p. 72 ss.

¹⁶⁹ Evidenzia l'impatto delle nuove competenze dell'Unione in materia di politica commerciale comune sull'effettività di una presenza autonoma degli Stati membri sulla scena internazionale in tale settore J. LARIK, *No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy in Daiichi Sankyo and Commission v. Council (Conditional Access Convention)*, in *CMLR*, 2015, p. 779 ss.

¹⁷⁰ V. art. 207, par. 6, TFUE.

¹⁷¹ In tal senso v. sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013 in causa n. C-414/11, *Daiichi Sankyo Co. Ltd e Sanofi-Aventis Deutschland GmbH c. DEMO Anonymos Viomichaniki kai Emporiki Etairia Farmakon*, cit. supra, nota 87; tale questione, in verità, era già stata messa in luce dalle conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalon del 31 gennaio 2013

ne europea nell'ambito delle relazioni internazionali bilaterali, sempre più decisa a puntellare il proprio sistema di proprietà intellettuale attraverso accordi in chiave *TRIPS-plus*¹⁷², non può che accentuarsi questa prospettiva di tendenziale svuotamento delle potestà nazionali in materia¹⁷³.

Ne segue che un'eventuale valutazione di *pre-emption* delle competenze in materia di proprietà intellettuale a favore del solo livello normativo europeo appare tutt'altro che provocatoria¹⁷⁴: se ciò che residua al legislatore nazionale è, al più, la trasposizione obbligata di norme di fonte comunitaria (comprese quelle formalmente sovranazionali, in quanto ora negoziate e sottoscritte dall'Unione stessa), la sovranità statale in materia di proprietà intellettuale finisce per essere un mero simulacro, dietro il quale si cela l'avvenuta preclusione di ogni competenza esercitabile in parallelo.

nella medesima causa, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, EU:C:2013:49, il quale, optando per una posizione opposta a quella poi adottata dalla Corte, ne aveva evidenziato i rischi "espansionistici" sul piano delle competenze interne: «è chiaro che l'inclusione globale e immediata della materia disciplinata dall'Accordo TRIPS nella nozione di "aspetti commerciali" tende a trasferire il nucleo del diritto della proprietà intellettuale nella competenza esclusiva dell'Unione, consentendo a quest'ultima di operare una sorta di armonizzazione "indiretta" o addirittura di "disattivare" la competenza concorrente. Inoltre, l'interpretazione della norma come competenza "esterna" esclusiva, che può coesistere con una competenza "interna" concorrente, fatto salvo quanto si rileverà più avanti, conduce soltanto ad un vicolo cieco. (...) Tuttavia, se vi è qualcosa di inequivocabile nella formulazione dell'articolo 207, paragrafo 1, TFUE è proprio l'affermazione secondo cui la competenza esclusiva dell'Unione riguarda gli "aspetti commerciali della proprietà intellettuale", e non la "proprietà intellettuale" *tout court*. Continua ad esistere un ambito della "proprietà intellettuale" che travalica gli "aspetti commerciali", il che è pacifico, e per la cui armonizzazione l'Unione dispone di vari strumenti. Tuttavia, l'articolo 207, paragrafo 1, TFUE non è uno di questi» (rispettivamente punti 60 e 80); enfatizza tale vincolo sostanziale all'autonomia legislativa statale in materia di proprietà intellettuale derivante da questa svolta giurisprudenziale, criticandone l'argomentazione fallacemente circolare, M. VATSOV, *The Complicated Simplicity of the DEMO Case: Side Effects of the Developments in the Law – Daiichi Sankyo and Sanofi-Aventis Deutschland v DEMO (C-414/11)*, in *EIPR*, 2014, p. 202 ss.

¹⁷² Per una riflessione sui risvolti costituzionali dei trattati internazionali bilaterali in merito ai rapporti di competenza tra armonizzazione europea e legislazioni nazionali nel settore della proprietà intellettuale v. T. MYLLY, *Constitutional Functions of the EU's Intellectual Property Treaties*, in J. DREXL - H. GROSSE RUSE-KHAN - S. NADDE-PHLIX (a cura di), *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better or Worse?*, Heidelberg, Springer, 2014, p. 241 ss.

¹⁷³ Tale prospettiva di svuotamento è enfatizzata da J. LARIK, *No mixed feelings: The post-Lisbon Common Commercial Policy*, cit. supra, nota 169, p. 193, secondo cui si è così realizzato lo scenario evocato dalla Corte costituzionale tedesca nella sua decisione in merito alla ratifica del Trattato di Lisbona.

¹⁷⁴ Invero, simili considerazioni in termini di esaurimento o *pre-emption* delle competenze nazionali in materia di proprietà intellettuale sono già state avanzate in dottrina con riferimento agli istituti maggiormente armonizzati: v. L. C. UBERTAZZI, *Introduzione*, cit. supra, nota 47, p. 26, in merito a marchi e *design*, nonché per il diritto d'autore E. ROSATI, *Copyright in the EU: in search of (in)flexibilities*, in *JIPLP*, 2014, p. 585 ss.

6. *Segue: il sistema europeo della proprietà intellettuale "a doppio livello" alla luce dei principi di sussidiarietà e proporzionalità*

Le implicazioni della giurisprudenza *Bud II* paiono spingersi ancora oltre, giungendo fino al piano costitutivo della proprietà intellettuale: infatti, al netto dei problemi di coordinamento già paventati, il giudizio di esaustività sul regime europeo dei nomi geografici rappresenta uno svuotamento delle competenze statali ancora più incisivo, poiché preclude il potere di istituire titoli nazionali omologhi¹⁷⁵.

In tal senso, il precedente giurisprudenziale citato risulta significativo principalmente per due aspetti. Da un lato, la valutazione di esaustività del regime comunitario è stata ricostruita in modo implicito; ossia, la Corte di giustizia ha statuito nell'assenza di un'esplicita presa di posizione della legislazione medesima, valorizzandone solo elementi strutturali e contestuali¹⁷⁶. Dall'altro lato, la natura esauriente della disciplina europea rispetto alle competenze nazionali è stata valutata secondo un paradigma d'incompatibilità teleologica; ossia, la sentenza ha considerato decisiva la finalità sistematica di armonizzazione comunitaria al di là dell'effettivo contrasto tra le normative in questione¹⁷⁷.

Le implicazioni di tale approccio non sono di poco conto: quanto al primo profilo, esso implica che la preclusione delle competenze statali è dipesa da una valutazione di pura fonte giurisprudenziale, la quale è intervenuta in via autonoma rispetto al piano politico delle scelte legislative;

¹⁷⁵ Sulla portata assoluta dello svuotamento di competenze nazionali derivante dalla sentenza *Bud II*, giudicata sproporzionata, v. ampiamente F. CAPELLI, *La Corte di giustizia in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette*, cit. supra, nota 2, p. 449 ss.

¹⁷⁶ V. sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, cit. supra, nota 1, punti 115-128, in relazione al procedimento di registrazione e alle disposizioni transitorie per la tutela dei nomi geografici previsti dal regime regolamentare europeo.

¹⁷⁷ V. sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, cit. supra, nota 1, punto 112, secondo cui, in chiave prettamente teleologica, «se fosse lecito per gli Stati membri consentire ai loro produttori di utilizzare sui loro territori nazionali una delle diciture o uno dei simboli riservati dall'art. 8 del regolamento n. 510/2006 alle denominazioni registrate in forza di detto regolamento, basandosi su un titolo nazionale il quale potrebbe rispondere ad obblighi meno severi di quelli imposti nell'ambito di detto regolamento per i prodotti di cui trattasi, la garanzia di qualità in parola, che costituisce la funzione essenziale dei titoli conferiti in forza del regolamento n. 510/2006, rischierebbe di non essere assicurata, il che potrebbe del pari, nel mercato interno, compromettere lo scopo di una concorrenza uguale fra i produttori di prodotti recanti tali diciture o simboli e potrebbe, in particolare, ledere i diritti che devono essere riservati ai produttori che abbiano compiuto effettivi sforzi qualitativi al fine di poter utilizzare un'indicazione geografica registrata in forza di detto regolamento».

quanto al secondo profilo, esso mostra come la valutazione giurisprudenziale sia stata essa stessa di tipo "politico", riconoscendo la prevalenza assoluta dell'obiettivo di integrazione europea rispetto all'esistenza stessa di discipline nazionali concorrenti¹⁷⁸.

Siffatta estremizzazione del meccanismo di *pre-emption* mette in discussione l'attuale modello sistematico della proprietà intellettuale europea: per la prima volta, infatti, si è ammessa la possibilità che il livello competenziale superiore rinunci all'armonizzazione delle discipline istitutive di livello inferiore, decretando così l'azzeramento di queste ultime¹⁷⁹.

In verità, si è già dato conto di come, allo stato, il quadro positivo sia sufficientemente certo nel sancire la conservazione del livello costitutivo dei titoli nazionali di proprietà intellettuale; tuttavia, tale impostazione di principio non pare così immutabile. Essa, infatti, deriva da un'originaria scelta del legislatore comunitario¹⁸⁰ la cui validità pare reiterarsi solo *rebus sic stantibus*: la sensazione è che la collocazione tradizionale della proprietà intellettuale entro le prerogative territoriali statali sia un vincolo tutt'altro

¹⁷⁸ Evidenzia la natura "politica" della sentenza *Bud II* quanto alla sua impostazione teleologica F. CAPELLI, *La Corte di giustizia in via interpretativa, attribuisce all'Unione europea una competenza esclusiva in materia di riconoscimento delle denominazioni di origine e delle indicazioni geografiche protette*, cit. supra, nota 2, p. 438-440, nonché M. GRAGNANI, *The law of geographical indications in the EU*, in *JIPLP*, 2012, p. 280 ss.; in generale, sulla valenza intimamente politica dei giudizi di *pre-emption* v. P. LUIF, *The Division of Powers/Competences Between the EU and the Members States*, cit. supra, nota 29, p. 50 ss.

¹⁷⁹ Appare problematico il sillogismo dei giudici europei secondo cui «tale rischio di pregiudizio dell'obiettivo fondamentale di garantire la qualità dei prodotti agricoli considerati è tanto più notevole in quanto, (...) contrariamente ai marchi, non è stata adottata parallelamente alcuna misura comunitaria di armonizzazione di eventuali sistemi nazionali di tutela delle indicazioni geografiche» (v. sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, cit. supra, nota 1, punto 113); così, infatti, si ammette un ribaltamento di prospettiva: invero, pare maggiormente corretto inferire che, qualora le legislazioni nazionali in materia non siano omogenee, il legislatore comunitario dovrebbe (ancora) farsi carico della loro armonizzazione, senza potersi desumere dalla mancata azione armonizzatrice l'avvenuta abrogazione delle stesse per *pre-emption*; espressamente in questo senso v. V. MANTROV, *EU Law on Indications of Geographical Origin*, cit. supra, nota 120, p. 316; in senso critico sul punto anche V. DI CATALDO, *Denominazioni e indicazioni geografiche tra registrazione comunitaria e protezione nazionale*, cit. supra, nota 9, p. 40.

¹⁸⁰ Da questo punto di vista paiono significativi i documenti preparatori all'istituzione del marchio comunitario (primo titolo unitario di proprietà intellettuale, che fungerà da modello per tutti gli altri istituti) ove la decisione di costruire un sistema cumulativo rispetto ai marchi nazionali pare derivare più dalla ritenuta impossibilità di procedere altrimenti che da una scelta di opportunità consapevole: «since national trade mark protection can be neither abolished nor compulsorily changed into Community protection, the creation of a Community trade mark existing alongside national rights is the only means whereby a common market in marked goods can eventually be achieved» (v. Commissione europea, *The need for a European trade mark system. Competence of the European Community to create one*, Commission working paper - Working Group on the Community Trade Mark, III/D/1294/79-EN, ottobre 1979, p. 4, reperibile all'indirizzo internet <http://aei.pitt.edu/5618/>).

che effettivo¹⁸¹, non essendo in grado di impedire un'eventuale espansione ulteriore dell'ordinamento europeo in materia di proprietà intellettuale¹⁸², come di fatto non l'ha impedita rispetto ai nomi geografici¹⁸³. In altre parole, il mero riferimento allo *status quo* non pare sufficiente per escludere un eventuale ribaltamento del sistema europeo della proprietà intellettuale tramite uno svuotamento di competenze anche sul piano costitutivo: infatti, se la costruzione sistematica su due livelli di protezione si basasse su motivi di mera efficienza funzionale per il mercato¹⁸⁴, essa risulterebbe rimessa ad una valutazione di opportunità del legislatore europeo e, come

¹⁸¹ Retrospectivamente possono leggersi, nella descritta accezione di precarietà, le parole della sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 1993 in causa n. C-317/91, *Deutsche Renault AG c. AUDI AG*, in *Raccolta*, 1993, I, p. 6227, EU:C:1993:908, secondo cui «in mancanza di unificazione nell'ambito della Comunità o di ravvicinamento delle legislazioni, la determinazione dei casi e delle modalità di tutela di un diritto di proprietà intellettuale dipende dalle norme nazionali»; per una conferma esplicita in questo senso v. sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1995 in causa n. C-350/92, *Regno di Spagna c. Consiglio dell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 69, punto 19, la quale (in ambito brevettuale ma con riferimento al medesimo principio di diritto sopra richiamato) spiega che «così, la Corte non ha affatto consacrato la tesi secondo cui le norme connesse all'esistenza stessa dei diritti di proprietà industriale rientrano nella sola competenza del legislatore nazionale. Essa ha invero ipotizzato, per il futuro, la possibilità di un'unificazione delle disposizioni in materia di brevetti o di un ravvicinamento delle normative nazionali in questo settore»; sul punto v. ulteriormente V. SCORDAMAGLIA, *The legal framework of the legislative activity concerning intellectual property rights at European regional level*, cit. *supra*, nota 54, p. 66, il quale identifica in quest'ultima pronuncia il momento in cui è stato cancellato definitivamente il dogma per il quale «IP rights were national matters, entirely outside the Community competence».

¹⁸² Si consideri come anche l'ulteriore profilo ostativo della riconducibilità delle normative nazionali in materia di proprietà intellettuale entro la clausola di deroga alla libera circolazione di mercato ex art. 36 TFUE sia già stato superato dalla giurisprudenza comunitaria, la quale ha da tempo statuito che «l'art. 36 non ha lo scopo di riservare talune materie alla competenza esclusiva degli Stati membri, ma ammette che le norme interne derogano al principio della libera circolazione, nella misura in cui ciò sia e continui ad essere giustificato per conseguire gli obiettivi contemplati da quest'articolo» (v. sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 1976 in causa n. 35/76, *Simmenthal SpA c. Ministero delle Finanze italiano*, in *Raccolta*, 1976, p. 1871, EU:C:1976:180).

¹⁸³ A tale proposito, si noti come fossero stati (invano) segnalati anche problemi "costituzionali" di illegittima espropriazione delle indicazioni geografiche nazionali non registrate a livello europeo qualora si fosse optato per la valutazione di esautività "abrogativa" del regime comunitario: al riguardo v. L. BENTLY - B. SHERMAN, *The Impact of European Geographical Indications on National Rights in Member States*, cit. *supra*, nota 153, pp. 871-872, nonché in senso critico dopo la sentenza *Bud II v. C. HEATH - D. MARIE-VIVIEN*, *Geographical Indications and the Principles of Trade Mark Law - A Distinctly European Perspective*, in *IIC*, 2015, p. 819 ss.

¹⁸⁴ Evidenzia questo profilo con particolare riferimento al diritto d'autore, ma con ragionamento traslabile a tutta la competenza in materia di proprietà intellettuale, A. RAMALHO, *Conceptualising the European Union's Competence in Copyright*, cit. *supra*, nota 80, p. 197-198, secondo cui «both the harmonisation of national copyright laws and the creation of such a title must be linked to the building of an internal market. The problem of attaching the regulation of copyright to internal-market needs, however, is that the concept of "internal market" does not give normative guidance regarding the substantial content of EU action. In the absence of normative guidance, it is hard to assess the regulatory space left to Member States vis-a-vis EU intervention, as in principle it suffices that certain aspects of copyright hinder the internal market to trigger the application of legal bases for EU action».

tale, resterebbe nella sola disponibilità di quest'ultimo¹⁸⁵.

Allora, a fronte del citato precedente "abrogativo", si rende necessaria una verifica degli effettivi fondamenti del sistema europeo di proprietà intellettuale, improntato al modello di coesistenza "a doppio livello", sia con riferimento al quadro teorico astratto, sia con riferimento al quadro costituzionale concreto.

Quanto al riferimento teorico, l'opportunità sistematica della coesistenza in parallelo tra privative unitarie e nazionali è costantemente dibattuta, secondo posizioni argomentative che tendenzialmente rispecchiano le diverse concezioni del grado di integrazione europea ritenuto desiderabile. Da un lato, in favore di un superamento dei sistemi nazionali di proprietà intellettuale, s'invoca la maggiore efficienza dei titoli unitari europei, la cui estensione combacia con quella del mercato interno, eliminando così gli inconvenienti di una suddivisione territoriale considerata ormai anacronistica¹⁸⁶. Dall'altro lato, in favore di una conservazione del

¹⁸⁵ Ne segue che, se è vero che attualmente il legislatore europeo riconosce l'opportunità funzionale di un sistema a doppio livello (v. *considerando* 8, Regolamento (Ue) n. 2017/1001 in materia di marchio), un approccio siffatto non impedisce che un domani le stesse esigenze di mercato siano usate per giustificare un ragionamento "abrogativo" dei titoli nazionali in chiave di maggiore efficienza (v. *considerando* 3, Regolamento (Ue) 2017/1001, il cui testo sarebbe perfettamente compatibile anche con un sistema a livello unico europeo); a tale proposito, ammonisce circa tale facilità argomentativa in favore di un'integrazione europea della proprietà intellettuale A. OHLY, *Concluding Remarks: Postmodernism and Beyond*, cit. *supra*, nota 160, p. 260; per un riscontro concreto, invocano la ristrutturazione del brevetto europeo in termini di *one-layer system* v. B. VAN POTTELSBERGHE - E. PETIT, *Designing an Effective and Coherent Patent System for the EU: The Way Forward*, in C. GEIGER (a cura di), *The Intellectual Property System in a Time of Change: European and International Perspectives*, Paris, Lexis Nexis, 2016, p. 103 ss.; in questo senso, merita una riflessione la privativa sulle varietà vegetali, dove il sistema europeo è per certi versi molto simile a quello dei nomi geografici, con un regime costitutivo solo comunitario senza armonizzazione delle legislazioni statali; qui, invero, è prevista una clausola di salvezza delle privative nazionali (v. art. 92, Regolamento (Ce) n. 2100/94), ma, per assurdo, potrebbe discutersi dell'effettiva competenza nazionale in materia, qualora ci si ponesse sul piano della compatibilità teleologica di questo livello parallelo dandosi seguito ad un'argomentazione puramente funzionale in stile *Bud II* («se fosse lecito per gli Stati membri consentire ai loro produttori di utilizzare (...) un titolo nazionale il quale potrebbe rispondere ad obblighi meno severi di quelli imposti nell'ambito di detto regolamento per i prodotti di cui trattasi, (...) la funzione essenziale dei titoli conferiti in forza del regolamento (...) rischierebbe di non essere assicurata, il che potrebbe del pari, nel mercato interno, compromettere lo scopo di una concorrenza uguale fra i produttori. (...) Tale rischio di pregiudizio dell'obiettivo fondamentale di garantire la qualità dei prodotti agricoli considerati è tanto più notevole in quanto (...) contrariamente ai marchi, non è stata adottata parallelamente alcuna misura comunitaria di armonizzazione di eventuali sistemi nazionali»: v. sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009 in causa n. C-478/07, *Budějovický Budvar, národní podnik c. Rudolf Ammersin GmbH*, cit. *supra*, nota 1, punti 112-113); a tale proposito, evidenzia come la mancata armonizzazione in materia di varietà vegetali derivasse in realtà da una volontà del legislatore europeo di aggirare il problema della disomogeneità delle privative nazionali, nell'ottica di un loro superamento pratico, C. MAYR, *Commento al Regolamento (CE) n. 2100/94 del Consiglio del 27 luglio 1994 concernente la privativa comunitaria per ritrovati vegetali*, in *Riv. dir. ind.*, 1995, III, p. 5 ss.

¹⁸⁶ V. H. LADDIE, *National I.P. rights: a moribund anachronism in a federal Europe?*, cit.

modello a doppio livello, si porta la maggiore flessibilità di un sistema sif-fatto, capace di offrire adeguata rispondenza alle differenti esigenze di-mensionali degli operatori economici¹⁸⁷.

In verità, come accennato, vi sono argomenti in entrambi i sensi, la cui preferibilità dipende sostanzialmente dalla diversa visione politica; così, appare ancora attuale la lezione di chi ha ricondotto strutturalmente la formazione del sistema di proprietà intellettuale alla costruzione di una sovranità "statale" per l'Unione europea, in parallelo con altre esperienze storiche internazionali¹⁸⁸.

Pertanto, a fronte di tale relativismo teorico nell'ambito di un processo federativo europeo ancora in corso (e per certi versi sempre più incerto), l'unica soluzione non può che essere quella di rifarsi al dato positivo, al fine di non trasformare la ricostruzione delle competenze in materia di proprietà intellettuale in una pura riflessione politica. In altre parole, se la proprietà intellettuale è strettamente legata ai fondamenti strutturali dell'ordinamento, pare più corretto basarsi sul quadro costituzionale vigente invece che rimettersi alla rispettiva "volontà di sovranità" dell'Unione o degli Stati membri.

Venendo, dunque, al riferimento costituzionale concreto, vi sono forti ragioni a sostegno del mantenimento di un sistema di proprietà intellettuale a doppio livello. In particolare, tale ricostruzione pare maggiormente conforme ai principi di sussidiarietà e proporzionalità che informano il modello europeo di *pre-emption*.

Un primo riscontro in tal senso si ritrova nel protocollo sull'esercizio delle competenze concorrenti, ove viene esplicitamente esclusa la possibilità di *field pre-emption*¹⁸⁹: quest'ultima, infatti, sottraendo in blocco interi

supra, nota 56, p. 402 ss.; T. COOK, *Unitary Intellectual Property Regimes and the Issue of Duplication*, in C. GEIGER (a cura di), *The Intellectual Property System in a Time of Change: European and International Perspectives*, Paris, Lexis Nexis, 2016, p. 132 ss.; N. BINCTIN, *Pour un Code communautaire de la propriété intellectuelle*, in AA. VV., *Droits del propriété intellectuelle - Liber Amicorum Georges Bonet*, Paris, Lexis Nexis, 2010, p. 51 ss.

¹⁸⁷ V. A. OHLY, *Concluding Remarks: Postmodernism and Beyond*, *cit. supra*, nota 160, p. 255 ss.; M. VIVANT, *What Developments for the European Union Intellectual Property System? Synthesis and Concluding Thoughts*, in C. GEIGER (a cura di), *The Intellectual Property System in a Time of Change: European and International Perspectives*, Paris, Lexis Nexis, 2016, p. 142 ss., nonché C. ERNST, *Designing the European Intellectual Property System*, *ivi*, p. 124 ss.

¹⁸⁸ V. G. FINNISS, *Will National Industrial Property Rights Disappear?*, in *Industrial Property Quarterly*, 1961, p. 148 ss., il quale pone in parallelo il processo di costruzione dell'allora Comunità economica europea con l'esperienza dell'unione doganale (*Zollverein*) che preorse storicamente la formazione ottocentesca dello Stato nazionale tedesco.

¹⁸⁹ V. protocollo (n. 25) sull'esercizio della competenza concorrente, in *Gu-Ue* n. C 115 del 9 maggio 2008, p. 307, il cui articolo unico prevede che in tale ambito (quale appunto la materia della proprietà intellettuale) «quando l'Unione agisce in un determinato settore, il campo di applicazione di questo esercizio di competenza copre unicamente gli elementi disciplinati dall'atto

settori al livello normativo inferiore per il solo fatto dell'intervento del livello superiore, risulta per sua natura contraria ad una ripartizione sussidiaria e proporzionale delle competenze legislative, anche in senso costitutivo¹⁹⁰.

Resta allora il paradigma di *conflict pre-emption*, il quale, come osservato, non si declina solo nello svuotamento di competenze per contrasto normativo diretto (*rule pre-emption*) ma anche per incompatibilità funzionale tra le discipline di livello concorrente (*obstacle pre-emption*). Tuttavia, anche l'applicazione del meccanismo di *obstacle pre-emption* deve essere modulata in ragione dei principi fondamentali di proporzionalità e sussidiarietà: essi portano, infine, a preferire, per quanto possibile e fino a prova contraria, la coesistenza in parallelo dei due livelli¹⁹¹, pena la trasformazione surrettizia anche di tale meccanismo in un'inammissibile valutazione di *field pre-emption*¹⁹².

In sostanza, i principi di sussidiarietà e proporzionalità rappresentano i cardini sui quali è poggiato il sistema costituzionale di competenze dell'Unione europea, e come tali tendono a orientarne l'esercizio verso la salvaguardia delle potestà normative nazionali¹⁹³. Ciò anche a scapito dell'efficacia del processo di integrazione: l'integrazione europea, infatti, non rappresenta un valore in quanto tale, da perseguire a tutti i costi¹⁹⁴; all'op-

dell'Unione in questione e non copre pertanto l'intero settore».

¹⁹⁰ Evidenzia la contrarietà teorica del modello di *field pre-emption* per i settori a competenza concorrente rispetto all'impianto costituzionale del Trattato di Lisbona A. ARENA, *The Doctrine of Union Preemption in the E.U. Internal Market*, cit. supra, nota 28, p. 521.

¹⁹¹ Questo pare l'esito di una corretta applicazione dei principi suddetti secondo la valutazione di compatibilità costituzionale descritta da v. A. DASHWOOD - M. DOUGAN - B. J. RODGER - E. SPAVENTA - D. WYATT, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 123, tale per cui «assuming that Union competence exists in accordance with the principle of conferral, and that the Union should legitimately exercise that competence in accordance with the principle of subsidiarity, the proportionality test provides an answer to the next question: 'what should be the intensity or nature of the Union's action?' Proportionality, in effect, guides the Union legislator towards choosing the form of action which, while being well designed to achieve its objective, will intrude, to the smallest practicable extent, upon the powers of the Member States».

¹⁹² Sulle derive del meccanismo di *obstacle pre-emption* a sostanzarsi in *field pre-emption*, a causa della tendenza a riconoscere l'incompatibilità complessiva del livello normativo inferiore tramite l'estensione discrezionale degli obiettivi teleologici della legislazione superiore, e sulla maggiore adeguatezza del meccanismo di *rule pre-emption* rispetto al principio di sussidiarietà, v. in particolare A. GOUCHA SOARES, *Pre-emption, conflicts of powers and subsidiarity*, in *Eur. Law Rev.*, 1998, p. 132 ss.

¹⁹³ Sul ruolo del principio di sussidiarietà quale garanzia per gli Stati membri della sopravvivenza delle competenze nazionali, in un quadro di tendenziale «favor per l'azione statale» potendo quest'ultima essere anche solo "sufficiente" e non "migliore" in termini di efficienza, v. espressamente L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, cit. supra, nota 14, p. 416.

¹⁹⁴ Per una critica generale sul tema v. F. MUNARI, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti*, cit. supra, nota 27, p. 725 ss.; evidenza criticamente il «messianismo politico» che caratterizza l'integrazione europea anche in materia di proprietà intellettuale J. PILA, *Intellectual Property as a Case Study in Europeanization: Methodologi-*

posto, un'integrazione sussidiaria e proporzionale passa attraverso un percorso complesso, lungo il quale ogni intervento accentratore può giustificarsi solo ove necessario, non potendosi prescindere dal confronto con il livello delle competenze nazionali¹⁹⁵.

Tale riferimento vale anche per la materia della proprietà intellettuale¹⁹⁶: così, se in futuro non può escludersi un definitivo salto di qualità dell'Unione europea in senso "statuale" con relativa attrazione esclusiva della proprietà intellettuale al nuovo livello federale¹⁹⁷, l'attuale quadro costituzionale europeo depone a favore di un sistema ancora bilanciato su due livelli¹⁹⁸, in cui poter riconoscere un margine autonomo agli ordinamenti

cal Themes and Context, cit. supra, nota 58, p. 22-23; sull'attuale tendenza del legislatore europeo ad emanare nuove normative a tutela della proprietà intellettuale a qualsiasi costo, a scapito dell'equilibrio complessivo del sistema, v. J. DREXL, *An institutional perspective on the European Intellectual Property System: will it get an better?*, *cit. supra*, nota 162, p. 100.

¹⁹⁵ Sull'accresciuta complessità del sistema europeo di competenze come momento del processo di democratizzazione e costituzionalizzazione dell'Unione europea di un processo d'integrazione europea effettivamente sussidiario v. L. S. ROSSI, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States?*, *cit. supra*, nota 46, p. 106; sottolinea l'importanza primaria del principio di sussidiarietà per una coerente allocazione delle competenze europee U. DI FABIO, *Some remarks on the allocation of competences between the European Union and its Member States*, in *CMLR*, 2002, p. 1289 ss.

¹⁹⁶ In questo senso v. V. DI CATALDO, *Denominazioni e indicazioni geografiche tra registrazione comunitaria e protezione nazionale*, *cit. supra*, nota 9, p. 46; A. OHLY, *Concluding Remarks: Postmodernism and Beyond*, *cit. supra*, nota 160, p. 260 ss.; in particolare sull'importanza «pivotal» del principio di proporzionalità per un corretto bilanciamento tra competenze europee e sovranità statale nell'armonizzazione della proprietà intellettuale v. A. RAMALHO, *The Competence of the European Union in Copyright Lawmaking*, *cit. supra*, nota 65, p. 112-115; più in generale, sulla valenza del settore della proprietà intellettuale come banco di prova per un ordinamento integrato e multilivello v. F. MACARIO, *Proliferare delle fonti, armonizzazione e certezza*, in *AIDA*, 2014, p. 275 ss.

¹⁹⁷ Sul punto v. le riflessioni tuttora valide di G. FINNISS, *Will National Industrial Property Rights Disappear?*, *cit. supra*, nota 188, p. 164-165: «it goes without saying, that if we succeeded in making Europe, to use a popular expression, if we lived in a United Europe, we must not imagine for an instant that developments would be any different from what they were in the Zollverein; all the national deeds would disappear and do so very rapidly; moreover they would probably be the first to vanish, because it is the fate of industrial property legislation always to be in the vanguard of legal unification. (...) If I reflected once again on the answer which I could give to this question – is national industry property legislation destined to disappear? – I should reply by inverting the problem and saying: you can well imagine that if there is economic evolution, that is to say, if economic exchanges become more rapid (...) the creation of federal deeds side by side with national deeds will naturally be almost unavoidable. However, if in addition to the economic progress, there is also political evolution, and once again I do not know whether it will occur, then I think that it would be childish to imagine that under these circumstances industrial property legislation could maintain its national basis».

¹⁹⁸ Ciò, peraltro, è quanto avviene specularmente nell'ordinamento interno, dove pure ci sono dispute di competenza tra il livello statale e quello regionale proprio con riferimento ai marchi di qualità (v. sent. Corte cost. del 12 aprile 2013, n. 66, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1015 ss., con commento critico di M. LIBERTINI, *Ancora sull'azione promozionale di prodotti locali da parte delle Regioni e sui marchi di qualità regionali*); al netto della specifica questione di diritto, l'unicità del sistema statale di proprietà intellettuale è giustificabile in ragione del relativo assetto costituzionale e dell'assenza di sovranità originaria delle Regioni; ciò dimostra come non vi sia una soluzione corretta in astratto, ma come tutto dipenda dalla concreta confi-

nazionali in termini sia sostanziali sia costitutivi¹⁹⁹.

Dunque, l'impianto costituzionale descritto pare incompatibile con una valutazione "abrogativa" degli ordinamenti nazionali in materia di proprietà intellettuale, costruita in modo implicito e teleologico come nella sentenza *Bud II*. Tale svuotamento competenziale spinto fino al piano costitutivo rappresenta, invero, il profilo maggiormente critico della pronuncia di esatività sul regime dei nomi geografici, ora estesosi anche al comparto vitivinicolo in forza di una giurisprudenza che sconta la medesima erroneità di fondo²⁰⁰. A questo proposito, si noti, in via quasi paradossale, che il regime dei nomi geografici pare l'istituto che più abbisognerebbe di una costruzione a doppio livello, in ragione di una forte differenziazione dei mercati nazionali derivante dalle diverse sensibilità in tema di qualità, oltre che per un raggio di interesse tendenzialmente circoscritto alle rispettive tradizioni territoriali²⁰¹.

gurazione costituzionale dell'ordinamento; al contempo, ciò dimostra anche che, se la configurazione costituzionale è inequivoca (come lo è per l'ordinamento europeo fondato sui principi di sussidiarietà e proporzionalità in materie a competenza concorrente), non è corretto distanziarsene surrettiziamente; evidenzia questo parallelo tra entità statali e regionali per poi concludere che l'Unione europea è attualmente diversa da tale modello istituzionale, giustificando così l'opportunità di un sistema di proprietà intellettuale a doppio livello, M. VIVANT, *What Developments for the European Union Intellectual Property System?*, cit. supra, nota 187, p. 146.

¹⁹⁹ In senso favorevole alla coesistenza di titoli unitari europei e titoli nazionali di proprietà intellettuale per ragioni di coerenza funzionale v. V. DI CATALDO, *Denominazioni e indicazioni geografiche tra registrazione comunitaria e protezione nazionale*, cit. supra, nota 9, p. 43; in tal senso v. anche A. OHLY, *Concluding Remarks: Postmodernism and Beyond*, cit. supra, nota 160, p. 267-268, il quale conclude la sua disamina a favore di un sistema europeo multilivello affermando che «the way ahead will have to be a middle course between a fall-back to national traditions and a full centralization»; sulla coesistenza competenziale a livello sostanziale in materia di proprietà intellettuale, sottolineando le potenzialità innovative dei sistemi legislativi nazionali come laboratori normativi per l'ordinamento europeo stesso v. W. KINGSTON, *Intellectual Property in the Lisbon Treaty*, cit. supra, nota 74, p. 440; ancora, in favore di una coesistenza costitutiva tra i titoli di proprietà intellettuale, per la maggiore rispondenza di un sistema siffatto rispetto alle diverse esigenze degli operatori di mercato, con riferimento all'ultima riforma in materia di marchi v. MAX PLANCK INSTITUTE FOR INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW, *Study on the overall functioning of the European Trade Mark System*, 15 febbraio 2011, reperibile all'indirizzo internet <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5f878564-9b8d-4624-ba68-72531215967e>.

²⁰⁰ V. sentenza della Corte di giustizia del 14 settembre 2017 in causa n. C-56/16 P, *EU IPO c. Instituto dos Vinhos do Douro e do Porto*, cit. supra, nota 8, punti 75-109, la cui ratio decidendi è interamente fondata per analogia sulla giurisprudenza *Bud II*.

²⁰¹ V. A. OHLY, *Concluding Remarks: Postmodernism and Beyond*, cit. supra, nota 160, p. 262, il quale nota efficacemente che «the normative idea of an internal market does not always correspond to reality. Markets are influenced by language, national habits, and national policy choices: Nutella may have conquered the European market, but Marmite has not found many friends on the other side of the Channel. The law will have to take sufficient account of these differences, either by allowing national flexibility when shaping national rights which co-exist with EU rights or by inserting flexible standards»; sulla relatività delle sensibilità nazionali in materia v. A. MUSSO, *Ditta e insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, cit. supra, nota 50, p. 319; A. K. SANDERS, *Geographical Indications of Origin: When GIs Become Commodities, All Gloves Come Off*, in *IIC*, 2015, p. 755 ss.; nonché da ultimo V. DI

Con ciò non si intende sostenere che una moltiplicazione dei titoli di proprietà intellettuale sia sempre positiva. All'opposto, devono condividersi le censure già mosse, proprio in materia di nomi geografici, all'eccessiva "entropia" creatasi per la proliferazione, a fianco delle indicazioni principali di competenza esclusiva europea, di indicazioni qualitative facoltative rimesse alla competenza nazionale²⁰². In verità, la riflessione in favore di un duplice livello di competenza non esclude l'opportunità di un coordinamento sistematico tra i livelli stessi; anzi, sarebbe perfettamente coerente con tale impostazione un'eventuale razionalizzazione del sistema in senso più stringente, che limiti la protezione alle tradizioni produttive effettivamente meritevoli in ragione di un legame maggiormente esigente tra territorio e qualità²⁰³, ma con un doppio ordine di titoli in ragione dei diversi bacini di riferimento, possibilmente anche in rapporto "escludente" e non "cumulativo"²⁰⁴, come previsto in materia di varietà vegetali²⁰⁵.

CATALDO, *Denominazioni e indicazioni geografiche tra registrazione comunitaria e protezione nazionale*, cit. supra, nota 9, p. 44 ss.

²⁰² Così espressamente P. BORGHI, *Sovrapposizioni fra ordinamenti e "fantasia" del legislatore in tema di segni di qualità dei prodotti alimentari: entropia e storytelling*, in *Riv. dir. alim.*, 2015, n. 4, p. 4 e ss.; sulle problematicità dell'ultima riforma della regolamentazione europea in materia di nomi geografici v. F. CAPELLI, *Il Regolamento (Ue) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agro-alimentari: luci ed ombre*, in questa *Rivista*, 2013, p. 515 ss.; S. BOLOGNINI, *Il reg. (UE) n. 1151/2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari: cinquanta sfumature di valore aggiunto*, in *Agricoltura Istituzioni Mercati*, 2014, 2, p. 23 ss.; per un approfondimento specifico sul problema dei marchi puramente locali v. V. RUBINO, *Le Denominazioni Comunali d'Origine (De.C.O.) e la loro protezione nel quadro della disciplina comunitaria sulle denominazioni geografiche dei prodotti alimentari*, in *Dir. Un. Eur.*, 2007, p. 123 ss.

²⁰³ In particolare v. I. CALBOLI, *In Territorio Veritas: Bringing Geographical Coherence in the Definition of Geographical Indications of Origin under TRIPs*, in *WIPO Journal*, 2014, p. 57 ss., in ragione di una corretta applicazione delle teorie dell'incentivo sottese alla proprietà intellettuale; per una specifica riflessione su tale profilo in relazione ai prodotti vitivinicoli v. L. SALVI, *Tutela dei vini Dop e Igp: procedimento di modifica del disciplinare e valorizzazione del legame col territorio*, in *Riv. dir. alim.*, 2014, 3, p. 27 ss.; sul rischio di inflazione per l'istituto delle indicazioni geografiche protette a causa di requisiti incoerenti v. A. MUSSO, *Ditta e insegna. Marchio. Brevetti. Disegni e modelli. Concorrenza*, cit. supra, nota 50, p. 327; M. LIBERTINI, *L'informazione sull'origine dei prodotti nella disciplina comunitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, I, p. 289 ss.

²⁰⁴ In favore di tale opzione v. L. BENTLY - B. SHERMAN, *The Impact of European Geographical Indications on National Rights in Member States*, cit. supra, nota 153, p. 869.

²⁰⁵ V. art. 92, Regolamento (Ce) n. 2100/94; a questo proposito, si noti come una coesistenza tra titoli di proprietà intellettuale concepita in senso non cumulativo ma escludente non contraddice la possibilità di un'armonizzazione delle discipline nazionali; a tale proposito, auspica precisamente un intervento di armonizzazione del legislatore europeo per colmare tale lacuna in materia di varietà vegetali P. VAN DER KOOIJ, *Towards an EC directive on plant breeder's rights?*, in *JIPLP*, 2008, p. 97 ss.; peraltro, sull'effettiva necessità di un'armonizzazione di diritti di proprietà intellettuale di portata solo locale v. in senso critico V. DI CATALDO, *Denominazioni e indicazioni geografiche tra registrazione comunitaria e protezione nazionale*, cit. supra, nota 9, p. 46.

La storia, tuttavia, rischia di ripetersi nell'ambito della disciplina europea delle indicazioni geografiche non agricole di prossima emanazione: in sede di lavori preparatori, infatti, la questione circa l'eshaustività del nuovo regime non risulta adeguatamente vagliata in conformità ai principi di sussidiarietà e proporzionalità²⁰⁶. Ciò finirebbe per riproporre gravi margini di ambiguità nella futura legislazione, sui quali potrebbero fondarsi ulteriori interpretazioni implicite di *pre-emption* delle competenze nazionali²⁰⁷. Questa eventualità, in assenza di una scelta esplicita e rispettosa dei canoni costituzionali suddetti, è evidentemente da censurarsi per i motivi già esposti con riferimento alla sentenza *Bud II*; ma se si pone mente al fatto che è la stessa giurisprudenza europea l'ultimo guardiano di tali principi a presidio della sovranità statale, può apprezzarsi quanto sia precaria la salvaguardia delle competenze nazionali in materia²⁰⁸.

²⁰⁶ V. lo studio preliminare su incarico della Commissione europea di INSIGHT CONSULTING - REDD - ORIGIN, *Study on geographical indications protection for non-agricultural products in the internal market - Final report*, 18 febbraio 2013, reperibile all'indirizzo internet <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/14897>, nel quale si conclude in favore di un sistema esaustivo europeo sulla base di mere ragioni efficientistiche, senza alcun vaglio in termini di sussidiarietà e proporzionalità; ulteriormente v. Libro Verde «Sfruttare al meglio il know-how tradizionale dell'Europa: una possibile estensione della protezione delle indicazioni geografiche dell'Unione europea ai prodotti non agricoli», Com(2014)469 final, p. 21, ove la Commissione europea pone la questione a livello di *public consultation* spiegando che «se si utilizzassero sistemi paralleli, sarebbero necessarie varie garanzie per assicurarne un corretto funzionamento, compreso un livello minimo di armonizzazione delle legislazioni nazionali per quanto riguarda la loro interazione con il diritto dell'Unione. Potenziali attriti sarebbero evitati se fosse introdotto un sistema esclusivo ed esaustivo a livello dell'UE, analogo al sistema attualmente vigente nel settore agricolo», e dove è la stessa autorità comunitaria a dimenticare ogni riferimento ai principi di sussidiarietà e proporzionalità (senza considerare che ciò che pare volersi evitare, più che i «potenziali attriti», è invero lo sforzo di coordinamento dei diversi livelli competenziali, che sarebbe proprio quanto richiesto da una corretta applicazione dei canoni costituzionali europei); si noti peraltro che le posizioni degli *stakeholders* sul punto risultano alquanto divise: v. il documento riassuntivo della Commissione europea, *Results of the public consultation (15 July - 28 October 2014) and public conference (19 January 2015, Brussels) on the Green Paper "Making the most out of Europe's traditional know-how: a possible extension of geographical indication protection of the European Union to non-agricultural products"*, p. 27, reperibile all'indirizzo internet http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8254.

²⁰⁷ Il legislatore europeo rischierebbe così di perseverare nell'errore di creare un sistema «*illogical, unclear and inconsistent*», come criticato a suo tempo per il regime delle indicazioni geografiche agroalimentari da L. BENTLY - B. SHERMAN, *The Impact of European Geographical Indications on National Rights in Member States*, cit. supra, nota 153, p. 905; per ogni valutazione definitiva sul punto non può che attendersi la proposta legislativa, anche se emergono segnali positivi di una maggiore attenzione alla questione della coesistenza da parte del legislatore europeo, come riportato da N. COPPOLA, *Lo stato attuale della legislazione e della giurisprudenza europea sul tema della competenza riguardo alle indicazioni geografiche*, cit. supra, nota 9, p. 364-365.

²⁰⁸ Evidenzia la tendenza della giurisprudenza europea ad evitare di compiere un effettivo controllo di sussidiarietà a scapito degli atti dell'Unione S. WEATHERILL, *The competence to harmonise and its limits*, cit. supra, nota 26, p. 98; in via ulteriore, critica il vaglio giurisprudenziale di sussidiarietà della Corte di giustizia, affermando che, se esso non si estende dal profilo procedurale a quello sostanziale della legislazione europea, tale principio «*is bound to*

In conclusione, non può che auspicarsi una maggiore attenzione del legislatore europeo (e del pari degli stessi Stati membri) nell'affrontare in maniera diretta e consapevole il tema della *pre-emption* della proprietà intellettuale, coordinando la coesistenza dei diversi livelli di competenza in ossequio ai principi costituzionali di sussidiarietà e proporzionalità (oltre che di leale collaborazione, nell'ottica di un'integrazione europea efficiente e condivisa)²⁰⁹. Ciò consentirebbe di restituire maggiore certezza giuridica al sistema delle indicazioni geografiche e della proprietà intellettuale nel suo complesso, evitando percorsi trasversali di implicita espansione, e conseguente squilibrio, delle competenze europee in materia.

Bernardo Calabrese*

SINTESI

Il presente contributo si propone di trattare la questione della condivisione di competenze in materia di proprietà industriale e intellettuale tra Unione europea e ordinamenti nazionali. In particolare, alla luce dell'esaustività del regime europeo sulle indicazioni geografiche, si analizzano le implicazioni di tale approccio di svuotamento o *pre-emption* per l'intero settore della proprietà intellettuale. Dopo una presentazione del quadro costituzionale europeo in materia di competenze, si ricostruisce storicamente lo sviluppo della disciplina europea sulla proprietà industriale e intellettuale come materia a competenza concorrente, nel cui ambito si collocano anche le indicazioni geografiche in ragione delle loro caratteristiche "strutturali" come diritti esclusivi. In tale contesto, si procede a valutare l'effettiva con-

remain an empty formalism», R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, cit. supra, nota 29, p. 259; se poi si considera che spesso è lo stesso attivismo giurisprudenziale ad erodere le competenze nazionali in materia di proprietà intellettuale, la situazione appare ancora più grave, come sottolineato in merito all'ineffettività dei limiti costituzionali all'esercizio delle competenze europee da J. PILA, *Intellectual Property as a Case Study in Europeanization: Methodological Themes and Context*, cit. supra, nota 58, p. 17-18.

²⁰⁹ In questo senso v. espressamente A. OHLY, *Concluding Remarks: Postmodernism and Beyond*, cit. supra, nota 160, p. 267, secondo cui «the European legal system should be a multi-level rather than a centralized system. There is no contradiction between further European integration and respect for national values and experiences»; sull'importanza di una costruzione del sistema europeo di proprietà intellettuale come sintesi delle istanze nazionali e non come imposizione autoritativa dall'alto v. C. GEIGER, *The construction of intellectual property in the European Union*, cit. supra, nota 48, p. 22: infine, per una suggestione su come un'integrazione europea più graduale possa tuttavia rivelarsi maggiormente solida qualora si fondi su di una reale condivisione sostanziale v. A. RAHMATIAN, *European Copyright Inside or Outside the European Union: Pluralism of Copyright Laws and the "Herderian Paradox"*, in *IIC*, 2016, p. 912 ss.

* Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Udine; assegnista di ricerca in Diritto commerciale / *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna

sistenza delle competenze nazionali in materia a fronte dell'espansione della legislazione europea, nonché a verificare gli attuali fondamenti costituzionali di un sistema di proprietà intellettuale "a doppio livello" tra competenze europee e competenze nazionali in conformità ai principi di sussidiarietà e proporzionalità.

ABSTRACT

This study deals with the issue of shared competence in intellectual property between European Union and national legal orders. In particular, in light of the exhaustive nature of the European regime on geographical indications, it analyses the implications of this pre-emption approach for the whole sector of intellectual property. After an introduction of the European constitutional framework on competences, it describes the historical development of European intellectual property law as a matter of shared competence, including in this category also geographical indications by reason of their "structural" characteristics as exclusive rights. In this context, it is evaluated the actual substance of national competences with regard to the expansion of European legislation, as well as the current constitutional foundation of a "two-tier" system of intellectual property between European competence and national competence in compliance with the principles of subsidiarity and proportionality.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

PER LA CORTE DI GIUSTIZIA L'ESERCIZIO DELLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO INCLUDE LA POSSIBILITÀ PER UNA SOCIETÀ CON SEDE LEGALE IN UNO STATO MEMBRO DI TRASFERIRE SOLO LA PROPRIA SEDE LEGALE IN UN ALTRO STATO MEMBRO PUR MANTENENDO LA PROPRIA SEDE EFFETTIVA NEL PRIMO STATO MEMBRO

Corte di giustizia

Sentenza del 25 ottobre 2017 in causa n. C-106/16*

Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o., in liquidazione

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Art. 49 e 54 TFUE - Libertà di stabilimento - Trasferimento della sede legale di una società da uno Stato membro verso il territorio di un altro Stato membro senza trasferimento della sede effettiva - Norma nazionale che subordina il trasferimento intracomunitario della sede di una società ad una procedura di liquidazione - Restrizione alla libertà di stabilimento.

1. Gli articoli 49 e 54 TFUE devono essere interpretati nel senso che la libertà di stabilimento è applicabile al trasferimento della sede legale di una società costituita ai sensi del diritto di uno Stato membro verso il territorio di un altro Stato membro, ai fini della sua trasformazione, con-

** In Raccolta digitale (Raccolta generale), ottobre 2017, EU:C:2017:804. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 595 ss., il commento di PIETRO TROIANIELLO.*

formemente alle condizioni poste dalla legislazione di tale secondo Stato membro, in una società soggetta al diritto di quest'ultimo, senza spostamento della sede effettiva della citata società.

2. Gli articoli 49 e 54 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano alla normativa di uno Stato membro che subordina il trasferimento della sede legale di una società costituita ai sensi del diritto di uno Stato membro verso il territorio di un altro Stato membro, ai fini della sua trasformazione in una società soggetta al diritto di tale secondo Stato membro, conformemente alle condizioni poste dalla legislazione di quest'ultimo, alla liquidazione della prima società.

LA TRASFORMAZIONE TRANSFRONTALIERA DELLE SOCIETÀ QUALE ESERCIZIO DELLA LIBERTÀ DI STABILIMENTO

Sommario: 1. Breve premessa - 2. Il ruolo delle società nel quadro della realizzazione del mercato comune - 3. La libertà di stabilimento - 4. La giurisprudenza comunitaria - 5. Il caso *Polbud* - 6. Conclusioni.

1. Breve premessa

La Corte di giustizia dell'Unione europea, con la sentenza *Polbud*¹, è tornata ad occuparsi dell'esercizio del diritto di stabilimento delle società in ambito comunitario; tema non solo molto attuale, ma che presenta anche profili alquanto articolati.

Come si legge, in effetti, nelle conclusioni presentate in giudizio dall'Avvocato Generale, «ben pochi sono, infatti, i settori del diritto dell'Unione che risvegliano in modo analogo l'interesse della dottrina e che sono stati trattati con una simile intensità»².

Nel presente lavoro saranno, dunque, analizzate le molteplici problematiche relative al trasferimento delle società, inquadrando – seppur brevemente – la questione nel contesto normativo di riferimento.

Dopo una disamina della giurisprudenza comunitaria in argomento, sarà poi oggetto di esame l'ultima decisione della Corte di giustizia, per cercare, infine, di trarre alcune brevi conclusioni.

¹ Sentenza del 25 ottobre 2017 in causa n. C-106/16, *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 2017, EU:C:2017:804.

² Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 4 maggio 2017 in causa n. C-106/16, *Polbud - Wykonawstwo sp. z o.o.*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, ottobre 2017, punto 4, EU:C:2017:351.

2. Il ruolo delle società nel quadro della realizzazione del mercato comune

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – TFUE – definisce il mercato comune come un mercato nel quale le merci e i fattori della produzione possono liberamente circolare e, più precisamente, «uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali» (cfr. art. 26)³.

Al fine di assicurare una liberalizzazione degli scambi all'interno di questo spazio il Trattato prevede l'attuazione di politiche comuni nei vari settori dell'economia ed inoltre, alla luce della propria impostazione liberista, detta le «regole di concorrenza» tese ad assicurare che la circolazione dei prodotti e dei servizi all'interno del mercato si svolga secondo il libero gioco della concorrenza, non falsato da intese restrittive, da abusi di posizioni dominanti e da concentrazioni tra imprese (cfr. artt. 101 ss. TFUE).

Il mercato unico si configura così come uno "spazio uniforme" nel quale sia le persone fisiche che quelle giuridiche devono essere in grado di

³ In realtà, l'art. 26 TFUE fa riferimento al mercato interno introdotto dall'Atto unico europeo del 1986 secondo cui esso consiste in «uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del presente Trattato» (art. 8 A). L'utilizzo del termine «spazio» per definire il mercato ha lo scopo di eliminare la sua connotazione meramente mercantile (in tema di mercato interno dopo l'Atto unico vedi A. GIARDINA, *Il mercato interno alla luce dell'Atto Unico*, in *Riv. dir. eur.*, 1991, p. 279). Tuttavia, le espressioni «mercato comune», «mercato interno» nonché «mercato unico» possono ritenersi sostanzialmente equivalenti. Sul punto vedi A. TIZZANO, *L'Atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, in *Problematologia del diritto delle Comunità europee*, Roma, Il Foro italiano, 1992, p. 164, il quale afferma che «a voler ... ricercare elementi distintivi, si può tutt'al più sottolineare che la nozione di "mercato interno" era già (e resta) insita in quella di "mercato comune", come l'aspetto di quest'ultimo legato ai profili di liberalizzazione intracomunitaria. In tal senso, è esatto dire che la nozione di "mercato interno" è più ristretta dell'altra, ma non pare corretto tradurre tale rilievo in una critica. Le due nozioni, infatti, coesistono ora nel Trattato e quindi gli aspetti necessari alla piena realizzazione della prima, ma non ripresi dall'A.U.E. (Atto unico), (ad esempio la materia della concorrenza) restano comunque obiettivi della Comunità». Inoltre, cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2003, p. 368, il quale sostiene, peraltro, che la centralità del mercato comune sarebbe confermata dalla circostanza che nel linguaggio corrente l'espressione «mercato comune» viene spesso utilizzata come sinonimo di Comunità europea. In realtà, ricorrono anche ad altre formule sostitutive come «mercato unico» o «grande mercato», le quali, pur se fanno presa sull'opinione pubblica, non sono certo utili alla chiarezza (in tal senso A. Tizzano, *L'Atto unico europeo*, loc. cit., p. 163). In argomento vedi anche U. DRAETTA, *Elementi di Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 70; P. VERLOREN VAN THEMAAT, *The Contributions to the Establishment of Internal Market by the Case Law of the Court of Justice of the European Communities*, in R. BIEBER et al. (eds.), 1992: *One European Market? A critical Analysis of the Commission's Internal Market Strategy*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 109; A. MATTERA RICIGLIANO, *Il mercato unico europeo*, Torino, Utet, 1990, p. 11; L. S. ROSSI, *Il buon funzionamento del Mercato comune*, Milano, Giuffrè, 1990; P. PESCATORE, *Les objectifs de la Communauté européenne comme principe d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice*, in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, tomo 2, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 327, il quale ritiene che la nozione di mercato comune sia «più intuitiva che giuridica».

operare liberamente avvalendosi dei diritti loro conferiti dalle norme comunitarie.

La realizzazione di detto mercato – quale strumento idoneo a promuovere lo sviluppo armonioso delle attività economiche in ambito comunitario e a perseguire, più in generale, i fini dell'Unione europea⁴ – è espressamente contemplata nel Trattato sin dal sorgere dell'Unione stessa ed ha sempre avuto una funzione centrale nel sistema comunitario.

Obiettivo primario delle disposizioni del TFUE è l'abolizione delle barriere statali che si frappongono al libero esercizio delle sopracitate quattro libertà quali: le barriere doganali e fisiche, quelle tecniche e commerciali nonché le barriere di natura fiscale.

Lo scopo è «fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno. È importante che i vantaggi di tale mercato siano garantiti, oltre che ai commercianti di professione, anche ai privati che si trovino ad intraprendere operazioni economiche oltre le frontiere nazionali»⁵.

La Corte di giustizia ha, infatti, più volte ribadito che «gli articoli del Trattato relativi alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali sono norme fondamentali per la Comunità ed è vietato qualsiasi ostacolo, anche di minore importanza, a detta libertà»⁶.

In questo contesto, un ruolo di particolare rilievo è stato ricoperto dal rafforzamento e dall'espansione delle imprese europee. Infatti, il loro potenziamento ha costituito sia una premessa che uno degli scopi di unificazione commerciale, poiché le società si pongono in un'ottica che supera gli oramai stretti confini nazionali e tale dimensione consente loro di poter beneficiare dei considerevoli vantaggi che il mercato comune è in grado di offrire.

In particolare, la libertà di stabilimento è uno strumento essenziale per le società se si considera che queste, in forza di essa, possono beneficiare di significative economie di scala, di riduzione dei costi amministrativi e finanziari, di un accesso più facile ad opportunità di sviluppo della propria

⁴ I fini dell'Unione europea sono ora indicati nell'art. 3 del Trattato UE.

⁵ Così si è espressa la Corte di giustizia nella sentenza del 5 maggio 1982 in causa n. 15/81, *Gaston Schul Douane Expéditeur BV c. Inspecteur des droits d'importation et des accises*, in *Raccolta*, 1982, p. 1409, punti 33-34, EU:C:1982:135. In argomento vedi anche la sentenza della Corte di giustizia del 9 febbraio 1982 in causa n. 270/80, *Polydor Limited et RSO Records Inc. c. Harlequin Records Shops Limited et Simons Records Limited*, in *Raccolta*, 1982, p. 329, punto 16, EU:C:1982:43.

⁶ Sentenze del 13 dicembre 1989 in causa n. C-49/89, *Corsica Ferries France c. Direction générale des douanes françaises*, in *Raccolta*, 1989, p. 4441, punto 8, EU:C:1989:649; e del 15 febbraio 2000 in causa n. C-169/98, *Commission des Communautés européennes c. République française*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 1049, punto 46, EU:C:2000:85.

attività negli altri Stati membri nonché di una più agevole cooperazione con imprese di altri Paesi membri⁷. Su tali basi l'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer, nelle conclusioni presentate il 7 dicembre 2004 nella causa n. C-140/03, ha affermato che «la libertà di stabilimento è parte essenziale del progetto politico dell'unità europea e si realizza attraverso la rimozione delle barriere che ostacolano l'accesso ai mezzi di produzione» (punto 19)⁸.

E così, detta libertà, prevista dagli artt. 49-54 TFUE, diviene lo strumento più utile per il raggiungimento degli obiettivi appena descritti, essendo finalizzata proprio a rendere possibile ed agevole l'esercizio di un'attività imprenditoriale senza riguardo ai confini nazionali.

Segnatamente, l'art. 54, comma 1, TFUE estende alle società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale⁹ o il centro di attività principale all'interno dell'Unione europea l'applicazione delle norme in tema di libertà di stabilimento rivolte ai cittadini comunitari¹⁰.

La nozione di «società rilevante» a questo fine è poi contenuta nel secondo comma del medesimo articolo, in forza del quale le società che godono del diritto di stabilimento sono quelle «di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato»¹¹.

⁷ Sul punto vedi N. MOUSSIS, *Access to European Union - Law, Economics, Policies*, Genval, Euroconfidential, 1996, p. 307.

⁸ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 7 dicembre 2004 in causa n. C-140/03, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica greca*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3179, EU:C:2005:242.

⁹ Sul trasferimento della sede amministrativa vedi F. CAPELLI, *Trasferimento della sede amministrativa di società nella Cee: diritto di stabilimento e problematiche fiscali*, in *questa Rivista*, 1990, p. 43 ss.

¹⁰ L'art. 54 TFUE mira a superare le difficoltà incontrate dalle società nello stabilirsi all'estero. Infatti, prima del Trattato c'era il timore degli Stati che lo stabilimento di una società straniera sul proprio territorio potesse creare una soggezione al capitale straniero nonché turbamenti nella fiducia pubblica nel caso in cui una fittizia società straniera, una volta insediata, si dileguasse senza lasciare traccia (sul punto vedi T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1999, p. 590 ss.). È chiaro che timori di tal genere non hanno ragione di permanere nell'ambito comunitario e, in particolare, nell'ottica del mercato comune che prevede uno spazio di libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali. Anzi, al fine di raggiungere gli scopi che il Trattato si prefigge, come già osservato in precedenza, occorre incentivare l'esercizio della libertà di stabilimento delle società.

¹¹ In tema di diritto di stabilimento delle società cooperative, mi sia consentito il rinvio a P. TROIANIELLO - S. CHIRICO, *Trasferimento in ambito UE della sede legale di una cooperativa italiana*, in *Cooperative & Enti non profit*, 2014, p. 15 ss.

3. La libertà di stabilimento

Lo stabilimento delle persone giuridiche comporta la materiale installazione e l'esercizio di un'attività economica, a titolo perlomeno durevole se non permanente¹².

Prevede, infatti, il TFUE che i cittadini comunitari possono costituire e gestire società nonché aprire agenzie, succursali, o filiali sul territorio di un altro Stato membro (art. 49)¹³.

Si tratta, dunque, di due fattispecie differenti: *i.* l'esercizio di un'attività professionale o più in generale di un'attività economicamente rilevante in un Paese dell'Unione europea diverso da quello di origine; *ii.* l'apertura di un centro secondario di attività in un Paese comunitario diverso da quello di origine¹⁴.

Nel primo caso si parla di *stabilimento a titolo principale* per indicare lo stabilimento realizzato attraverso la creazione o il trasferimento in uno Stato membro diverso da quello di origine, di un centro di attività economica o professionale, o anche con la costituzione di una società, come definita dall'art. 54 TFUE. L'apertura di una sede secondaria in uno Stato membro da parte di un esercente una attività economica in un Paese membro diverso costituisce invece il c.d. *stabilimento a titolo secondario*.

Nonostante l'equiparazione delle società alle persone fisiche per il godimento di diritto di stabilimento operato dall'art. 54 TFUE, il trasferimento della sede principale delle società – diversamente da quello delle persone fisiche – da uno Stato membro ad un altro può risultare difficilmente realizzabile¹⁵.

¹² Cfr., tra gli altri, J. RENAULD, *Droit européen des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 209; M. COLOMES, *Le droit de l'établissement et des investissements dans la CEE*, Paris, J. Delmas & Cie, 1971, p. 78; F. BURROWS, *Free Movement in European Community Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 187.

¹³ L'art. 49 TFUE recita testualmente: «Le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini».

¹⁴ Cfr. sul punto J. TEMPLE LANG, *The right of establishment of companies and free movement of capital in the European Economic Community*, in W. R. LAFAVE - P. HEY (eds.), *International Trade, Investment and Organization*, University of Illinois Press, 1967, pp. 302-303.

¹⁵ Vedi anche Commissione europea, «*The Simplification of the Operating Regulations for Public Limited Companies in the European Union*», 1996, p. 97, reperibile sul sito internet: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/30878dcf-477b-4db0-8414-85d16da6b9b8>.

Ed infatti, non sono mancati autori che hanno affermato come in alcuni casi il trasferimento sia addirittura impossibile, in quanto le norme comunitarie di riferimento non sarebbero idonee a garantire alle società tale diritto¹⁶.

Per quanto attiene al trasferimento a titolo secondario, il requisito della nazionalità di uno degli Stati membri non è sufficiente, essendo anche richiesto che le società presentino l'ulteriore requisito dello stabilimento a titolo principale sul territorio di un Paese membro¹⁷, affinché i benefici previsti dal TFUE siano economicamente vantaggiosi solo per i soggetti degli Stati membri e non per quelli appartenenti a Paesi terzi¹⁸.

L'art. 49, comma 1, TFUE, nel vietare le restrizioni alla libertà di stabilimento, estende il divieto anche all'apertura di succursali e di filiali¹⁹. Il criterio distintivo tra queste due forme di articolazione territoriale permanente che un'impresa può costituire per operare nei confronti dei terzi si individua essenzialmente nell'assenza di autonoma personalità giuridica della succursale, definita come un'universalità di fatto, ovvero come un semplice smembramento dell'impresa, che consente di realizzare una certa decentralizzazione²⁰; mentre la società affiliata è giuridicamente indipendente dalla società madre dalla quale è controllata²¹.

¹⁶ Vedi F. MUNARI - P. TERRILE, *The Centros Case and the Rise of an EC Market for Corporate Law*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 7; E. WYMEERSCH, *Centros: A Landmark Decision in European Company Law*, Ghent University, Financial Law Institute Working Paper Series, WP 1999-15, October 1999, p. 17.

¹⁷ In tal senso M. DE DOMINICIS, *Stabilimento (diritto di)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 568 nonché U. LEANZA, *Società straniere*, in *Noviss. Dig. It., Appendice VII*, Torino, Utet, 1987, p. 416.

¹⁸ Si è ritenuto che le società abbiano eluso la limitazione del diritto di stabilimento a titolo primario attraverso la costituzione di succursali e l'acquisizione di partecipazioni sociali di società straniere (A. DELLA CHA, *Companies, Right of Establishment and the Centros Judgment of the European Court of Justice*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 935, nota 2).

¹⁹ Come affermato dall'Avvocato Generale Mancini nelle conclusioni presentate il 16 ottobre 1985 in causa n. 270/83, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, EU:C:1985:413 (sentenza del 28 gennaio 1986 in causa n. 270/83, in *Raccolta*, 1986, p. 273, EU:C:1986:37, p. 285), in realtà, il termine esatto dovrebbe essere «affiliata» e non «filiale». Infatti, è il termine «affiliata» e non quello di «filiali» di cui all'art. 52 [ora 49] del Trattato l'espressione che, nel linguaggio giuridico italiano, corrisponde al francese «*filiales*», all'inglese «*subsidiaries*», al tedesco «*Tochtergesellschaften*» e all'olandese «*dochterondernemingen*». Sul punto vedi anche G. M. RUGGIERO - M. DE DOMINICIS, in R. QUADRI - R. MONACO - A. TRABUCCHI (diretto da), *Commentario del Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1965, p. 399 ss.

²⁰ Cfr. M. CABRILLAC, *Unité ou pluralité de la notion de succursale en droit privé*, in M. VASSEUR (a cura di), *Dix ans de conférences d'agrégation - Études de droit commercial offertes à Joseph Hamel (Mélanges en l'honneur du Doyen Joseph Hamel)*, Paris, Dalloz, 1961, p. 119; Y. LOUSSOUARN, *La succursale, technique juridique du commerce international*, in *Droit Pratique du Commerce International*, 1985, p. 359 ss.

²¹ Tuttavia, A. PIETROBON, ritiene che, ai fini dell'interpretazione delle nozioni di agenzia, succursale e filiale, sia inopportuno utilizzare il metodo giuridico-formale basato su «concetti

Pertanto, la succursale – che svolge un'attività che si identifica con quella della società da cui dipende – ha la stessa nazionalità di quest'ultima e, dunque, la sua situazione giuridica è regolata dall'ordinamento di appartenenza della società straniera. La filiale, invece, in quanto ente costituito e localizzato nel Paese di stabilimento, è regolata dalla legge di detto Stato.

Inoltre, a differenza della società affiliata, la succursale è priva di autonomia negoziale e, seppur dotata di un certo grado di gestione, sarà sempre alla società madre che andrà ricondotta l'attività negoziale svolta per suo conto dal soggetto preposto all'esercizio della dipendenza.

La società affiliata, oltre che di autonomia negoziale, dispone di autonomia patrimoniale: ha un proprio patrimonio e risponde nei confronti dei creditori dei debiti da essa contratti. Per la succursale, invece, vige il principio dell'unità del patrimonio e, dunque, i debiti e i crediti contratti nell'esercizio della propria attività vanno imputati alla società²².

Si consideri, poi, che la elencazione di cui all'art. 49, primo comma, TFUE non è esaustiva, nel senso che lo stabilimento secondario può assumere anche forme diverse da quelle indicate dalla norma. Come ha avuto modo di affermare la Corte di giustizia, la condizione unica e sufficiente per poter fruire dello stabilimento a titolo secondario è quella di costituire e/o rappresentare un centro di attività all'interno dell'Unione europea: an-

e metodi propri dei diritti interni, quasi che questi ultimi, considerati singolarmente oppure in un'indagine comparatistica, dovessero necessariamente fornire il modello per l'interpretazione del Trattato». Tale metodo, infatti, non consente, senza giusti motivi, di ricomprendere alcuni tipi di dipendenza. D'altro canto, l'interpretazione funzionale del concetto di stabilimento secondario rivela che le sue caratteristiche essenziali (subordinazione della dipendenza alle scelte organizzative della casa madre, alla quale compete ogni decisione circa la stessa esistenza, le attribuzioni e le modalità fondamentali dell'attività dell'articolazione territoriale) sono tali da imporre la conclusione che un'impresa autonoma, con un'organizzazione ed un'azienda proprie, non può essere la sede secondaria di un'altra impresa: «dubbia appare allora la riconducibilità alla nozione delineata delle società affiliate che, come si è visto, non risultano menzionate dalla versione italiana dell'art. 52 [ora 49]. (...) La creazione, da parte di un'impresa costituita in uno Stato membro, di una società affiliata in un altro Stato membro è operazione che dovrebbe riguardarsi più propriamente come stabilimento primario (appunto della società affiliata). La questione non assume peraltro rilevanza sul piano pratico, dal momento che la possibilità di istituire società affiliate risulta riconosciuta secondo entrambe le interpretazioni». Così A. PIETROBON, *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova, Cedam, 1990, p. 101 ss.

²² Non appare, pertanto, tecnicamente corretto parlare di debiti della succursale, benché, per ovvie ragioni di opportunità, generalmente il creditore insoddisfatto possa citare in giudizio la società dinanzi alla giurisdizione del luogo in cui ha sede la succursale. La Corte di giustizia ha precisato che «la nozione di succursale, agenzia, implica un centro operativo che si manifesta in modo duraturo verso l'esterno – come un'estensione della casa madre – provvisto di direzione e materialmente attrezzato in modo da poter trattare coi terzi di guisa che questi, pur sapendo che un eventuale rapporto giuridico si stabilirà con la casa madre la cui sede è all'estero, sono dispensati dal rivolgersi direttamente a questa e possono concludere affari nel centro operativo che ne costituisce l'estensione»: cfr. sentenza del 22 novembre 1978 in causa n. 33/78, *Somafer SA c. Saar-Feragas AG.*, in *Raccolta*, 1978, p. 2183, EU:C:1978:205 e in *Foro it.*, 1979, c. 245 ss.

che un semplice ufficio gestito stabilmente da un mandatario della società madre può costituire uno stabilimento a titolo secondario²³.

4. La giurisprudenza comunitaria

Con la nota sentenza *Überseering*²⁴ la Corte di giustizia è giunta ad un punto di assoluto rilievo nell'ottica di una definitiva affermazione del diritto di stabilimento delle società a «titolo principale».

Ma innanzitutto analizziamo brevemente i fatti della controversia.

La *Überseering*, società di diritto olandese a responsabilità limitata²⁵ e con sede in Germania, aveva conferito incarico ad una società tedesca di effettuare i lavori di ristrutturazione di alcuni beni di sua proprietà situati in detto Paese. Tali lavori, tuttavia, secondo la società olandese, non erano stati eseguiti a regola d'arte e, pertanto, aveva chiesto alla società incaricata la riparazione dei vizi nell'esecuzione. Quest'ultima non vi provvedeva e la *Überseering* la citava in giudizio dinanzi il *Landgericht* per ottenerne la condanna al pagamento delle spese di riparazione e dei relativi interessi. Il ricorso veniva respinto e la ricorrente impugnava la decisione dinanzi l'*Oberlandesgericht*, che, tuttavia, dichiarava inammissibile l'impugna-

²³ Sentenza del 4 dicembre 1986 in causa n. 205/84, *Commissione delle Comunità europee c. Germania*, in *Raccolta*, 1986, p. 3793, punto 20, EU:C:1986:463. Per una disamina della giurisprudenza comunitaria in argomento vedi anche E. PEDERZINI, *La libertà di stabilimento delle società europee nell'interpretazione evolutiva della Corte di giustizia, Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nazionali*, in E. PEDERZINI (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, Torino, Giappichelli, 2016 p. 95 ss.

²⁴ Sentenza del 5 novembre 2002 in causa n. C-208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 9943, EU:C:2002:632, e annotata in questa *Rivista*, 2002, p. 758; per un commento vedi, *ex plurimis*, E. WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 723 ss.

²⁵ La società olandese alla data dell'insorgere della controversia era interamente posseduta da soggetti tedeschi. Tuttavia, tale circostanza non comporta che la nazionalità della società muti. Peraltro, come ribadito dalla pronuncia in analisi: «in via di principio, l'acquisizione da parte di una o più persone fisiche residenti in uno Stato membro di quote di una società costituita e stabilita in un altro Stato membro rientra, quando tale partecipazione non conferisce a queste persone fisiche un'influenza certa sulle decisioni della società e non consente loro di determinarne le attività, nelle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali. Viceversa, quando l'acquisizione riguarda la totalità delle quote di una società che ha la propria sede sociale in un altro Stato membro e una tale partecipazione conferisce una sicura influenza sulle decisioni della società e consente di indirizzare le attività, trovano applicazione le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento» (in tal senso cfr. sentenza della Corte di giustizia del 13 aprile 2000 in causa n. C-251/98, *C. Baars c. Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchemin*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2787, punti 21 e 22, EU:C:2000:205).

zione in quanto, come società straniera, era priva di capacità giuridica in Germania e, pertanto, non poteva stare in giudizio²⁶.

La decisione di secondo grado aderisce alla c.d. «*Sitztheorie*» o «teoria della sede», secondo la quale la nazionalità della società è data dal luogo della sede effettiva, costantemente seguita in Germania dalla giurisprudenza e dalla dottrina dominante.

Come conseguenza dell'applicazione di tale teoria – contrapposta a quella dell'incorporazione²⁷ – qualora una società straniera trasferisca la propria sede in Germania e voglia avere la capacità giuridica in detto Paese, deve dar luogo ad una costituzione *ex novo* secondo il diritto tedesco. Qualora non si provveda a detta costituzione, la società non avrà la capacità giuridica e, dunque, neanche la legittimazione ad agire in giudizio.

La *Überseering* ha così impugnato la pronuncia di secondo grado dinanzi al *Bundesgerichtshof* al fine di ottenerne la cassazione. La Suprema Corte, alla luce delle problematiche coinvolte nella soluzione della controversia, ha rinviato il procedimento ex art. 267 TFUE alla Corte di giustizia.

Già dalla semplice esposizione dei fatti di causa si evince, invero, che la questione coinvolge una delle problematiche più delicate e, potremmo definire, decisive, in tema di effettivo riconoscimento del diritto di stabilimento delle società ex artt. 49 e 54 TFUE. Preme evidenziare, infatti, che nell'ordinanza di rinvio la Suprema Corte tedesca ha esposto tutte le motivazioni che dovrebbero giustificare il limite al riconoscimento della libertà di stabilimento delle società rappresentato dalla teoria della sede. Tuttavia, non ha potuto non rilevare un contrasto tra la citata giurisprudenza e la dottrina dominante in Germania e le conseguenze logico-giuridiche derivanti dalla giurisprudenza comunitaria.

A sostegno delle proprie argomentazioni la società tedesca convenuta in giudizio ha invocato la tutela degli interessi dei terzi, il valore a tal fine del capitale sociale ed il rischio della c.d. «*race to the bottom, rectius*», concorrenza tra i sistemi giuridici dei vari Paesi membri in tema di costituzione e gestione di società. Inoltre, essa ha richiamato le norme tedesche in materia di gruppi societari che tutelano le società controllate e i loro soci di minoranza nonché quelle relative all'indennizzo e alla compensazio-

²⁶ È interessante osservare sul punto che la sentenza *Überseering*, cit. supra, nota 24, ha affermato che contemporaneamente al giudizio dinanzi al *Bundesgerichtshof* essa era parte in un giudizio in qualità di convenuta in cui era stata richiesta la sua condanna al pagamento di prestazioni professionali asseritamente rese a suo favore da alcuni architetti.

²⁷ La teoria dell'incorporazione, di origine anglosassone, consiste nella determinazione dello statuto personale delle società in base alla legge dello Stato dove la società è stata originariamente costituita.

ne finanziaria dei soci svantaggiati in caso di accordi di controllo e di contratto di cessione degli utili nonché la tutela dei lavoratori dipendenti dalla società garantita dalle norme sulla cogestione. Considerato che tali tutele non si rinvergono in tutti i Paesi membri, il mancato riconoscimento in Germania della personalità giuridica delle società straniere ivi residenti sarebbe una limitazione motivata al diritto di stabilimento in quanto, in caso contrario, costituendo società all'estero si eluderebbero tali forme di tutela.

In tema di estensione della libertà di stabilimento per le società, tanto la resistente quanto lo Stato italiano intervenuto in giudizio²⁸ hanno dedotto che il diritto dell'Unione europea, allo stadio attuale, consentirebbe una limitazione di tale libertà, lasciando agli Stati membri il potere di stabilire, secondo le proprie norme interne, se una società costituita in un altro Paese membro che abbia trasferito la propria sede nel Paese ospitante, abbia o meno la capacità giuridica e processuale.

La società tedesca, in particolare, ha ritenuto che poiché l'Unione europea non ha adottato atti di riavvicinamento delle legislazioni nazionali ai sensi dell'art. 293 Trattato CE, all'epoca vigente, sul reciproco riconoscimento delle società ex art. 54 Trattato CE, la perdita della personalità giuridica di una società in caso di trasferimento della sede (in questo caso quella effettiva) in un altro Stato sarebbe compatibile con le disposizioni comunitarie in tema di libertà di stabilimento. Pertanto, una società, per poter trasferirsi a titolo principale in un altro Paese membro, dovrebbe ricostituirsi secondo il diritto di tale Stato, essendo ad oggi riconosciuto solo lo stabilimento a titolo secondario.

In sostanza, la resistente ha fondato la propria difesa sulla posizione "restrittiva" in tema di libertà di stabilimento delle società, che, tuttavia, appare, in realtà, già superata dalla precedente giurisprudenza in materia²⁹.

La Corte, infatti, ha totalmente disatteso le deduzioni della società tedesca e, benché la pronuncia in analisi non parli espressamente di diritto di stabilimento a titolo principale per le società in ambito comunitario, è di assoluta rilevanza che non abbia condiviso quanto dedotto dalla resistente in forza della giurisprudenza della Corte, stante quanto previsto dagli artt. 49 e 54 TFUE.

²⁸ Gli Stati membri sono c.d. «ricorrenti privilegiati», nel senso che possono intervenire in giudizio e, dunque, depositare memorie e osservazioni, benché non siano parti del giudizio *a quo*.

²⁹ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1999 in causa n. C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* in *Raccolta*, 1999, I, p. 1459, EU:C:1999:126, annotata in questa *Rivista*, 1999, p. 488.

Del resto già l'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni³⁰ aveva ritenuto le norme nazionali a tutela dei terzi invocate dalla società tedesca – anche se non di per sé discriminatorie – né adeguate né proporzionate agli obiettivi che intendono perseguire³¹.

Di notevole importanza è poi l'affermazione della Corte secondo la quale per poter effettivamente riconoscere alle società l'esercizio della libertà di stabilimento il loro riconoscimento da parte di ogni Stato membro nel quale intendono stabilirsi è un presupposto necessario (punto 59).

In sostanza, i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che lo Stato ospite non può porre alcuna condizione al trasferimento a titolo principale delle società costituite in un altro Paese dell'Unione e, in particolare, non può subordinare al rispetto del proprio diritto nazionale l'esercizio effettivo nel proprio territorio della libertà di trasferimento da parte di società validamente costituite in altri Stati membri.

Ai fini della delimitazione della portata della libertà di stabilimento, dunque, sembrerebbe che il trasferimento di una società dal Paese di costituzione ad un altro sia soggetto alla (sola) normativa del primo Stato, che eventualmente può stabilire anche le modalità di tale trasferimento.

Tuttavia, sembra potersi affermare che tale facoltà dello Stato di incorporazione non possa certamente arrivare a negare il trasferimento della sede, non foss'altro per i principi fondamentali del mercato unico. Infatti, solo la considerazione di detto spazio come un territorio nel quale i soggetti economici – e oramai non solo economici – hanno il diritto di circolare liberamente come se fosse il territorio nazionale di un Paese membro, porta a ritenere che ogni limitazione al diritto di trasferire la sede all'estero sarebbe contraria al diritto dell'Unione europea.

Appare così che, secondo il diritto comunitario, i diritti interni non hanno rilievo né nelle questioni relative al riconoscimento delle società straniere né tantomeno in tema di stabilimento di queste nel o dal proprio territorio nazionale.

³⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 4 dicembre 2001 in causa n. C-208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 9922, EU:C:2001:655.

³¹ L'Avvocato Generale afferma, infatti, che lo stesso trattamento avrebbe avuto una società costituita in Germania che trasferisce la propria sede in un altro Paese membro. Sul punto cita, inoltre, una pronuncia della Corte di giustizia che riporta quanto affermato nell'ordinanza di rinvio dell'*Amtsgericht di Heidelberg* secondo cui, ai sensi della normativa tedesca, «a company has legal existence only if it has its actual establishment in the country under whose law it has been incorporated. From that viewpoint, the transfer abroad of a company's registered office necessarily entails its dissolution and liquidation, that is to say, in particular the loss of its legal personality in Germany, and the formation of a new company abroad» (punto 7 dell'ordinanza del 10 luglio 2001 in causa n. C-86/00, *HSB-Wohnbau GmbH*, in *Raccolta*, 2001, I, p. 5353, EU:C:2001:394).

Ed invero, si legge al punto 80 della sentenza che: «la *Überseering*, regolarmente costituita nei Paesi Bassi dove ha la sua sede sociale, deriva dagli artt. 43 CE e 48 CE [ora artt. 49 e 54 TFUE] il diritto di esercitare la sua attività di stabilimento in Germania come società di diritto dei Paesi Bassi». Se, come nel caso in esame, tale attività di stabilimento in un altro Paese membro include il trasferimento della sede, non ci sembra ci siano valide ragioni, argomentando nel senso già esposto in precedenza, per escludere il trasferimento delle società a titolo principale³².

Peraltro, al fine di evitare che anche una pronuncia come quella in analisi – che evidentemente mira a riconoscere la più ampia portata del diritto di stabilimento delle società sul territorio dell'Unione europea – possa dar luogo ad interpretazioni restrittive di tale libertà, occorrerebbe quanto prima una espressa affermazione da parte della Corte del pieno diritto delle società a trasferirsi a titolo principale in un Paese diverso da quello di origine³³.

A complicare il quadro – e non certo a dare chiarezza – vi è poi la successiva pronuncia della Corte con la quale quest'ultima è tornata parzialmente sui propri passi³⁴.

Una società ungherese³⁵ – *Cartesio* – intendeva trasferire la propria sede in Italia³⁶ mantenendo la propria nazionalità.

Il Tribunale rigettava, però, la richiesta di iscrizione di detto trasferimento nel registro delle imprese in quanto, ai sensi del diritto ungherese – che in tema di stabilimento delle società segue la teoria della sede – esso richiede la cessazione della società e la sua ricostituzione in conformità alla legislazione dello Stato di destinazione.

La *Cartesio* ha impugnato detto provvedimento e il giudice dell'impugnazione ha poi rinviato ex art. 267 TFUE alla Corte di giustizia per accer-

³² L'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni utilizza come sinonimi «sede reale», «sede amministrativa» e «centro direzionale», considerando il luogo in cui si svolge la vita della società e nel quale viene conclusa buona parte delle transazioni con i terzi.

³³ La sentenza in analisi è stata definita il «coerente completamento di Centros» (vedi G. COLANGELO, nella nota alla sentenza *Überseering*, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 25). L'Autore, inoltre, afferma che le giustificazioni addotte in giudizio al fine di limitare l'esercizio della libertà di stabilimento (tra cui l'abuso di detta libertà) sono state svuotate di ogni significato dalla Corte.

³⁴ Sentenza del 16 dicembre 2008 in causa n. C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 9641, EU:C:2008:723, e in questa *Rivista*, 2009, p. 229, con commento di V. VISMARA, *Note in tema di libertà di stabilimento delle società: commento alla sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2008 in causa n. C-210/06 (il caso Cartesio)*, *ivi*, p. 235 ss.

³⁵ *Cartesio* è una società assimilabile ad una società in accomandita semplice.

³⁶ Sorprende, invero, che l'Italia, seppur direttamente coinvolta nella questione, non abbia partecipato al giudizio dinanzi la Corte.

tare se la normativa interna, in quanto impedimento all'esercizio del diritto di stabilimento delle società in ambito comunitario, fosse confliggente con gli artt. 49 e 54 del medesimo Trattato.

Ebbene, la Corte – diversamente da quanto dedotto dall'Avvocato Generale³⁷ – ha sorprendentemente ritenuto che il conflitto non vi sia.

Tale decisione, infatti, arriva addirittura a "sconfessare" l'interpretazione della sentenza resa nel caso *Überseering*.

Preme ribadire che anche a voler ritenere – in base a quanto affermato dalla Corte nel caso *Überseering* – che il trasferimento di una società dal Paese di costituzione ad un altro sia soggetto alla (sola) normativa del primo Stato, ciò non comporta che quest'ultimo possa arrivare a negare il trasferimento della sede attraverso, ad esempio, normative interne che applicando la teoria della sede siano così confliggenti con il diritto dell'Unione europea.

Pertanto, non appare condivisibile la pronuncia in analisi nella parte in cui ritiene che in forza della sentenza *Überseering* lo Stato ha la possibilità di imporre ad una società costituita in forza del proprio ordinamento giuridico – proprio in applicazione della *Sitztheorie* – restrizioni al trasferimento della sede affinché tale società possa conservare la personalità giuridica di cui beneficia in base al diritto di questo stesso Paese.

Peraltro, la Corte, forse per cercare di stemperare gli effetti restrittivi della pronuncia sulla libertà di trasferimento, ha chiarito che tali restrizioni non possono giungere ad impedire il trasferimento della società nel caso in cui quest'ultima si ricostituisca *ex novo* in una forma societaria prevista dal Paese di destinazione.

La pronuncia in analisi è comunque priva degli approfondimenti argomentativi che la complessità della questione avrebbe richiesto e, dunque, non solo non risolve il dibattito giurisprudenziale in tema di trasferimento delle società a titolo primario, ma, interpretando i precedenti in argomento in modo difforme da come effettuato in precedenza, lo complica ulteriormente.

Ed invero, con la Risoluzione del 2 febbraio 2012, il Parlamento europeo ha rilevato che «nella sentenza *Cartesio* la Corte di giustizia non ha fornito i necessari chiarimenti in merito al trasferimento della sede di una società» e, considerato che «il trasferimento della sede dovrebbe mantenere la continuità della personalità giuridica della società o impresa interessata, al fine di garantirne il buon funzionamento», ha proposto l'approva-

³⁷ Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Maduro del 22 maggio 2008 in causa n. C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, EU:C:2008:294.

zione a breve di una direttiva sul trasferimento transfrontaliero delle sedi societarie in linea con le suddette considerazioni³⁸.

Infine, con la sentenza *Vale*, i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che contrasta con il diritto di stabilimento la normativa dello Stato ospitante che, pur prevedendo per le società di diritto interno la facoltà di trasformarsi, non ammette la trasformazione transfrontaliera, quale trasformazione di una società originariamente costituita in un Paese membro in una società disciplinata dal diritto dello Stato nel quale trasferisce successivamente la propria sede³⁹.

Con tale pronuncia, la Corte di giustizia ha chiarito anche che quanto stabilito dalla sentenza *Cartesio* non può essere inteso come diretto a sottrarre *a priori* la normativa dello Stato membro ospitante, relativa alla trasformazione della società, alla sfera di applicazione delle norme del TFUE sulla libertà di stabilimento, bensì si è voluto semplicemente indicare che una società costituita secondo un ordinamento giuridico nazionale esiste solo in forza della normativa nazionale che consente così la costituzione della società, se le condizioni previste a tale titolo sono soddisfatte⁴⁰.

5. Il caso *Polbud*

Nella fattispecie da ultimo analizzata dalla Corte di giustizia, una società a responsabilità limitata incorporata in Polonia – Polbud – ha impugnato la decisione di rigetto dell’istanza di cancellazione dal registro delle imprese polacco, formulata da detta società in seguito al trasferimento della propria sede in Lussemburgo⁴¹. Secondo il diritto polacco, infatti, la

³⁸ Trasferimenti transfrontalieri di sedi di società - Risoluzione del Parlamento europeo del 2 febbraio 2012, recante «Raccomandazioni alla Commissione su una 14a direttiva di diritto societario in materia di trasferimenti transfrontalieri di società», in *Gu-UE* n. C 239 E del 20 agosto 2013, p. 18, Procedura d’iniziativa legislativa n. 2011/2046(INL), reperibile sul sito internet: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0019+0+DOC+XML+V0//IT>.

³⁹ Sentenza del 12 luglio 2012 in causa n. C-378/10, *VALE Építési kft*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, luglio 2012, EU:C:2012:440. Il diritto derivato dell’Unione europea non prevede, allo stato attuale, una disciplina specifica delle trasformazioni transfrontaliere.

⁴⁰ Vedi, in particolare, sentenza del 12 luglio 2012 in causa n. C-378/10, *VALE Építési kft*, *cit. supra*, nota 39, punto 32.

⁴¹ La giurisprudenza italiana ritiene che il trasferimento della sede sociale all’estero comporti la cancellazione dal registro delle imprese e la trascrizione nel corrispondente ufficio nel Paese di destinazione (cfr. Tribunale di Monza, decreto del 5 aprile 2002, in *Giur. comm.*, 2003, p. 559). Si segnala che in precedenza il Tribunale di Verona (decreto del 5 dicembre 1996, in *Società*, 1997, p. 574) aveva stabilito che la società «deve rimanere iscritta nel competente registro delle imprese italiane e rimane soggetta, anche per il futuro, alla iscrizione, al deposito e alla pubblicità previsti dalla legge italiana».

cancellazione dal registro delle imprese è subordinata allo scioglimento della società a seguito della liquidazione della stessa.

Con tale trasferimento, Polbud ha inteso trasferire la propria sede legale per rendere applicabile a se stessa il diritto lussemburghese e cambiare denominazione⁴², senza con ciò perdere la sua personalità giuridica.

Il giudice nazionale – la Corte suprema polacca – ha così chiesto ex art. 267 TFUE alla Corte di Lussemburgo se gli artt. 49 e 54 TFUE debbano essere interpretati nel senso che la libertà di stabilimento si applica ai trasferimenti della sede legale di una società costituita ai sensi del diritto di uno Stato membro in un altro Paese membro, ai fini della sua trasformazione in una società soggetta al diritto dello Stato di destinazione, senza spostamento effettivo della società stessa.

La Corte di giustizia ha, in primo luogo, disatteso la tesi secondo la quale la libertà di stabilimento non può essere invocata quando il trasferimento non è motivato dall'esercizio di un'attività economica effettiva, attraverso l'insediamento in pianta stabile nel Paese ospitante; ritenendo così applicabile alla fattispecie il diritto di stabilimento ex artt. 49 e 54 TFUE.

In particolare, ben può una società incorporata in uno Stato membro trasformarsi in una società disciplinata dal diritto di un altro Paese dell'Unione europea, purché siano soddisfatte le condizioni stabilite dalla normativa del Paese di destinazione e, segnatamente, il criterio posto da quest'ultimo Stato per collegare una società all'ordinamento giuridico nazionale⁴³.

A supporto di tale posizione, i giudici di Lussemburgo fanno espresso riferimento anche alla giurisprudenza in tema di trasferimento delle società a titolo secondario e, segnatamente, alla sentenza *Centros*⁴⁴, nella parte in cui ha stabilito che rientra nella libertà di stabilimento una situazione di una società incorporata in forza del diritto di un Paese membro nel quale ha la sede sociale e apre una succursale in un altro Stato membro, anche se

⁴² La nuova denominazione scelta è «*Consoil Geotechnik*».

⁴³ In tal senso, i giudici di Lussemburgo citano la sentenza *Daily Mail* del 27 settembre 1988 in causa n. 81/87, *The Queen c. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, in *Raccolta*, 1988, p. 5483, punti 17 e 19-21, EU:C:1988:456, e in questa *Rivista*, 1990, p. 43, con commento di F. CAPELLI, *Trasferimento della sede amministrativa di società nella Cee*, cit. *supra*, nota 9, che, in realtà, è da ritenersi superata, almeno in parte, dalla successiva giurisprudenza *Überseering*, avendo la Corte di giustizia con quest'ultima sentenza dato una forte spinta al riconoscimento all'affermazione del diritto di stabilimento a titolo principale per le società. Sul punto, mi sia consentito, il rinvio a P. TROLANIELLO, *Lo stabilimento delle società nell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 127 ss.

⁴⁴ Sentenza del 9 marzo 1999 in causa n. C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, cit. *supra*, nota 29. Viene citata al riguardo anche la sentenza del 30 settembre 2003 in causa n. C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd.*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10155, EU:C:2003:512, punto 96.

detta società è stata costituita nel primo Paese al solo scopo di stabilirsi nel secondo, dove svolge in via principale, se non proprio il complesso, delle sue attività economiche.

La Corte ha, invero, ritenuto, che la fattispecie qui in esame sia del tutto assimilabile a quella del caso *Centros* e, dunque, che ai sensi degli artt. 49 e 54 TFUE, a Polbud debba essere riconosciuto il diritto di stabilirsi in Lussemburgo, trasformandosi contestualmente in società di diritto lussemburghese e pur mantenendo la propria attività principale in Polonia⁴⁵.

Contrasta, dunque, con il diritto di stabilimento la normativa polacca nella parte in cui, ai fini del trasferimento a titolo principale della società, richiede la previa liquidazione della stessa.

Tale statuizione appare del tutto in linea con quanto stabilito dalla sentenza *Überseering*, che – come già evidenziato – ha individuato l'obbligo del preventivo scioglimento della società ai fini del trasferimento in altro Paese dell'Unione come un inammissibile ostacolo al diritto di stabilimento⁴⁶.

E proprio come nel caso *Überseering* anche qui la Corte ha rilevato che con il trasferimento della sede in altro Paese dell'Unione europea non sono stati lesi gli interessi dei creditori, dei soci di minoranza e dei dipendenti. L'obbligo di preventiva liquidazione, infatti, risulta essere una misura sproporzionata alla tutela dei suddetti interessi, considerata la possibilità di costituzione di garanzie bancarie o di altre forme di garanzie equivalenti e che la mera circostanza che una società trasferisca la propria sede in un altro Paese membro non può costituire «una presunzione generale di frode»⁴⁷.

Si osserva, peraltro, che nel caso qui in analisi si tratta di una applicazione meno "netta" del diritto di stabilimento delle società a titolo principale rispetto a quella oggetto del caso *Überseering*⁴⁸. Ed invero, Polbud non ha inteso trasferire la sede legale *tout court* dalla Polonia in Lussemburgo mantenendo la personalità giuridica di cui gode nell'ordinamento dello Stato di costituzione, ma contestualmente al trasferimento della sede legale si è trasformata in una società a responsabilità limitata sottoposta al diritto del Paese di destinazione, con redazione *ex novo* dell'atto costitutivo.

⁴⁵ La giurisprudenza comunitaria in tema di diritto di stabilimento delle società a titolo secondario ha inciso anche sul riconoscimento del diritto di stabilimento a titolo principale; cfr. inoltre P. TROIANIELLO, *Lo stabilimento delle società nell'Unione europea*, cit. *supra*, nota 43, p. 119 ss.

⁴⁶ La sentenza qui commentata cita invero sul punto la pronuncia *Cartesio* e non la *Überseering* (peraltro stranamente mai citata nel corpo della sentenza).

⁴⁷ Cfr. sentenza del 25 ottobre 2017 in causa n. C-106/16, *Polbud*, cit. *supra*, nota 1, punto 63.

⁴⁸ È forse questo il motivo per cui la Corte nella sentenza qui in analisi, sebbene affronti tematiche già risolte nel caso *Überseering*, non fa menzione alcuna di quest'ultimo precedente (peraltro – si ripete – di assoluto rilievo in tema di stabilimento della società a titolo principale).

Emblematico sul punto appare che nel corso del giudizio dinanzi il giudice nazionale, Polbud più che invocare il diritto di stabilimento abbia sostenuto che, alla data del trasferimento della propria sede in Lussemburgo, aveva perduto lo *status* di società di diritto polacco per divenire una società sottoposta al diritto lussemburghese.

6. Conclusioni

Le società rivestono un ruolo fondamentale per la realizzazione del mercato comune e, dunque, per il raggiungimento degli scopi dell'Unione europea.

Ed invero, se gli artt. 3 e 6 TFUE prevedono che l'Unione promuove un ambiente favorevole all'iniziativa ed allo sviluppo delle imprese, più volte il legislatore comunitario è intervenuto al fine di rafforzarne, espanderne e potenziarne le attività.

Si è così imposto il principio in base al quale devono essere rimosse costrizioni di ogni genere che possono in qualche modo limitare lo sviluppo e la creazione di imprese e al contempo sono state adottate numerose normative (e altre sono in via di adozione) tese ad armonizzare e uniformare il diritto societario dei vari Paesi membri per favorire così una maggiore integrazione del mercato interno nonché lo sviluppo delle economie comunitarie.

L'esigenza di mobilità delle società appare un elemento di notevole importanza al fine di ottenere un'economia più competitiva e dinamica. Infatti, il diritto di stabilimento fa sì che si possa superare gli oramai angusti confini nazionali e si possa beneficiare dei notevoli vantaggi che il mercato comune è in grado di offrire.

Detta libertà rappresenta il fulcro del disegno liberalizzatore che ispira il TFUE ed inverte in senso radicale il tradizionale protezionismo nei rapporti interstatuali e le connesse tendenze restrittive nei confronti degli stranieri.

Non vi è da dimenticare, sotto altro profilo, che il trasferimento della sede legale – con o senza trasformazione transfrontaliera della società – appare oggi di notevole attualità ed importanza: si pensi alle numerose società incorporate nel Regno Unito e che, a seguito della c.d. Brexit, si stanno trasferendo o hanno intenzione a breve di trasferirsi in altro Paese dell'Unione europea.

Sin dai Trattati istitutivi è stata prevista la libertà di stabilimento per le persone fisiche e giuridiche, anche se è stata l'opera della Corte di giustizia, come spesso accade, il vero e generale strumento per rendere effettivi i diritti riconosciuti dalle norme comunitarie in materia.

E se per le persone fisiche la libertà di stabilimento è pienamente riconosciuta da tempo, oggi, lo stesso può ritenersi per le società. Come affermato dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer «l'art. 48 CE dev'essere dunque interpretato in chiave teleologica: il Trattato mira a che le persone giuridiche fruiscano della libertà di stabilimento al pari delle persone fisiche»⁴⁹.

Infatti, a seguito delle pronunce in materia nonché alla luce dell'attuale orientamento del legislatore comunitario nel campo del diritto societario, appare che i difficili problemi che negli anni hanno impedito l'esercizio della libertà comunitaria *de qua* debbano ritenersi oramai superati.

Si è, invero, affermato il reciproco riconoscimento delle società e appare se non del tutto superata, quantomeno facilmente superabile, l'annosa questione della scelta tra la teoria della sede e quella dell'incorporazione. In particolare, qualora la scelta per l'una o l'altra teoria comporti una limitazione al diritto di stabilimento, le relative norme nazionali non saranno applicabili in quanto contrastanti con il diritto dell'Unione europea. Ed invero, il conflitto appare evidente con riferimento alla teoria della sede.

Inoltre, l'oltremodo temuto effetto «*Delaware*» cioè la scelta sistematica da parte degli imprenditori di costituire le società nello Stato membro con la normativa societaria più favorevole per poi trasferire l'ente in un altro Paese mantenendo la nazionalità (e l'applicazione della legge) dello Stato di incorporazione ed eventualmente sfruttando gli ulteriori benefici offerti dalla normativa dal Paese ospitante, non appare che in ambito comunitario possa essere considerata una *race to the bottom*, ma semmai sembra venire alla luce una sana concorrenza tra sistemi normativi. Infatti, a seguito dell'armonizzazione e dell'uniformazione del diritto societario nei Paesi membri ad opera del diritto dell'Unione europea – seppur vi siano tutt'oggi differenze nelle varie legislazioni nazionali di settore – in nessuno di essi vi è una normativa così fortemente favorevole rispetto alle altre che privi di un'adeguata tutela i terzi e i creditori⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato Generale del 7 dicembre 2004 in causa n. C-140/03, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica greca*, cit. *supra*, nota 8.

⁵⁰ Si è affermato che il diritto delle società di trasferirsi liberamente nel Paese membro nel quale vi sono le migliori opportunità dovrebbe essere riconosciuto senz'altro proprio nell'ottica del mercato unico (F. FERRARI, *EU corporate tax law ed i progetti di direttiva sul trasferimento di sede di società da un Paese membro ad un altro*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 399). L'Autore, nel rilevare l'esistenza di due grossi ostacoli – uno di natura internazionalprivatistica e l'altro di natura fiscale – all'esercizio di tale diritto, afferma che il trasferimento della sede rappresenta un valido strumento per aumentare la concorrenzialità delle società in ambito UE e che, in definitiva, il mercato europeo avrà un punto di forza in tale flessibilità.

La Corte di giustizia ha, inoltre, riconosciuto la piena estensione del diritto di stabilimento a titolo secondario ritenendo del tutto legittima la costituzione di una società in uno Stato membro al fine di beneficiare dei vantaggi riconosciuti da detto Paese per poi svolgere l'attività esclusivamente in un altro Stato attraverso una succursale. Si è, dunque, affermato il principio secondo il quale, anche se il diritto societario non è completamente armonizzato, ci si può avvalere della libertà di stabilimento in tutte le sue articolazioni purché chiaramente non se ne faccia uso per fini fraudolenti.

Tuttavia, alcuni ostacoli ancora permangono, specie con riferimento alla libertà di stabilimento a titolo principale. Basti pensare alle varie prassi e talvolta a vere e proprie disposizioni normative nazionali che in un modo o nell'altro, coscientemente o meno, creano una serie di difficoltà all'esercizio del diritto, malcelando invero (anzi talvolta dichiarando apertamente) la difesa degli interessi finanziari degli Stati, seppur confliggenti con il diritto dell'Unione europea⁵¹.

Pietro Troianiello*

SINTESI

Il lavoro prende spunto dalla sentenza *Polbud* pronunciata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di diritto di stabilimento delle società in ambito comunitario.

Dopo la disamina delle molteplici problematiche relative al trasferimento delle società nel contesto normativo di riferimento, l'A. analizza la giurisprudenza comunitaria in argomento ed evidenzia che i difficili problemi che negli anni hanno impedito l'esercizio di detta libertà possano ritenersi ormai superati, venendo così alla luce una sana concorrenza tra sistemi normativi.

Anche se alcuni ostacoli tuttora permangono, può ritenersi affermato il principio secondo il quale ci si può avvalere della libertà di stabilimento in tutte le sue articolazioni, salvo che non se ne faccia uso per fini fraudolenti.

ABSTRACT

The decision given by the European Court of Justice in the Polbud case gives the A. the cue to write about the company's freedom of establishment in the European Union.

⁵¹ Tanto più che in un primo momento (cfr. sentenza *Daily Mail*, cit. supra, nota 43), la Corte è apparsa abbastanza sensibile alla tutela degli interessi fiscali degli Stati membri.

* Avvocato / Foro di Roma

After a description of the EU regulatory framework, the A. analyses several facets of this complex subject and the related EU case law. He also highlights that many obstacles to the exercise of the freedom of establishment in past years can be regarded as outdated and that the competition between national legal systems is now fair.

Even if some obstacles still remain, the right of a company to exercise the freedom of establishment in its entire range is deemed affirmed, except for fraudulent purposes.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

SULLA COMMERCIALIZZAZIONE *ON LINE* DEI PRODOTTI BIOLOGICI LA CORTE DI GIUSTIZIA NON RICONOSCE ALCUNA ESENZIONE

Corte di giustizia

Sentenza del 12 ottobre 2017 in causa n. C-289/16

Kamin und Grill Shop GmbH c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Agricoltura - Prodotti biologici - Regolamento (Ce) n. 834/2007 - Sistema di controllo introdotto dal Regolamento - Nozione di «vendita diretta al consumatore o all'utilizzatore finale» - Vendita al dettaglio *on line* - Rischio di rietichettatura, di scambio e di contaminazione - Clausola di esenzione - Osservanza degli obblighi in materia di notifica e di controllo previsti dalla normativa comunitaria - Certezza giuridica e uniformità.

L'art. 28, par. 2, del Regolamento (Ce) n. 834/2007 del Consiglio, del 28 giugno 2007, relativo alla produzione biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici e che abroga il Regolamento (Cee) n. 2092/91, deve essere interpretato nel senso che, affinché prodotti possano essere considerati venduti «direttamente», ai sensi di tale disposizione, al consumatore o all'utilizzatore finale, occorre che la vendita avvenga in presenza, contemporaneamente, dell'operatore o del suo personale addetto alla vendita e del consumatore finale¹.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

¹ Nell'Unione europea, il mercato di prodotti biologici è in continua crescita. A partire dal 1991 l'Unione europea, al fine di promuovere tale settore nell'interesse della tutela del-

l'ambiente, del benessere degli animali e della salute umana ha promulgato una serie di provvedimenti affinché gli operatori vengano assoggettati a sofisticati sistemi di controllo.

L'art. 27 del Regolamento (Ce) n. 834/2007, in *Guce* n. L 189 del 2007, p. 1, impone agli Stati membri di istituire un sistema di controllo e, al successivo art. 28, par. 2, consente un'esenzione per alcune categorie di operatori.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 28, par. 2, del Regolamento (Ce) n. 834/2007 (è la prima volta che la Corte di giustizia interpreta siffatto Regolamento) è stata sollevata dal Bundesgerichtshof tedesco (Corte federale di giustizia) nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, l'Associazione per la lotta alla concorrenza sleale e, dall'altro lato, la società Kamin und Grill Shop GmbH che commercializza *on line* prodotti accessori per camini e barbecue, in merito alla liceità della commercializzazione di prodotti biologici (nella specie, miscele di spezie biologiche) quando non sono stati osservati gli obblighi in materia di notifica e di controllo, previsti dalla normativa comunitaria, sopra citata.

In *primis*, la Corte di giustizia ha chiarito che l'uso del termine «direttamente» mira ad escludere qualsiasi intermediazione di terzi, ed occorre che la vendita avvenga in presenza, contemporaneamente, dell'operatore o del suo personale addetto alla vendita e del consumatore finale. Ciò in considerazione dei rischi presenti nel contesto della produzione biologica.

La Corte ha richiamato quanto rilevato dalla Commissione nel corso dell'udienza: nella vendita al dettaglio *on line* e a distanza il magazzinaggio dei prodotti, generalmente in quantità molto elevate, e la fornitura da parte di intermediari presentano un evidente rischio di rietichettatura, di scambio e di contaminazione. Ne consegue che la clausola di esenzione non può trovare applicazione nell'*e-commerce* dei prodotti bio.

INTERPRETAZIONE DELLA DIRETTIVA N. 2001/29/CE NELL'AMBITO DELLA RITRASMISSIONE DI PROGRAMMI TELEVISIVI: L'OFFERTA DI PROGRAMMI REGISTRATI SU CLOUD È SOGGETTA AL DIRITTO D'AUTORE

Corte di giustizia

Sentenza del 29 novembre 2017 in causa n. C-265/16

VCAST Limited c. RTI SpA

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Ravvicinamento delle legislazioni - Diritto d'autore e diritti connessi - Direttiva n. 2001/29/Ce - Art. 5, par. 2, lett. b. - Eccezione per copia privata - Art. 3, par. 1 - Comunicazione al pubblico - Fornitura di un servizio di videoregistrazione sulla c.d. «nuvola informatica» (*cloud computing*) di copie di opere protette dal diritto d'autore - Consenso dell'autore interessato - Assenza del consenso - Intervento attivo del prestatore del servizio in tale registrazione - Sussistenza del contrasto.

La direttiva n. 2001/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto

d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in particolare il suo art. 5, par. 2, lett. b., dev'essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che consente a un'impresa commerciale di fornire ai privati un servizio di videoregistrazione da remoto su cloud di copie private relative a opere protette dal diritto d'autore, attraverso un sistema informatico, mediante un intervento attivo nella registrazione di tali copie da parte di detta impresa, in difetto del consenso del titolare del diritto¹.

¹ Come è noto, per «*cloud computing*», si definisce l'accesso attraverso una rete di telecomunicazione (internet), *on demand* e in libero servizio, a risorse informatiche condivise configurabili. Si tratta, dunque, di una delocalizzazione dell'infrastruttura informatica.

I servizi forniti in modalità *cloud computing* sono assai vari e possono spaziare dalla semplice fornitura di infrastrutture informatiche, di *software* e di mezzi di comunicazione (posta elettronica) fino ai servizi più sofisticati. Tra i servizi in modalità *cloud* forniti ai consumatori, uno dei più diffusi è senz'altro la memorizzazione dei dati. È noto, poi, che l'utente non acquista né noleggia concretamente le attrezzature informatiche, ma utilizza, sotto forma di servizi, le risorse dell'infrastruttura appartenente a un terzo, la cui ubicazione non gli è nota e può comunque variare.

La questione pregiudiziale sull'interpretazione delle direttive n. 2001/29/Ce, in *Guce* n. L 167 del 2001, p. 10, e n. 2000/31/Ce, in *Guce* n. L 178 del 2000, p. 1, nonché del TFUE è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la VCAST Limited (una società inglese che mette a disposizione dei propri clienti, su internet, un sistema di videoregistrazione, in uno spazio di memorizzazione su *cloud*, delle emissioni di organismi televisivi italiani trasmesse per via terrestre, tra le quali quelle della RTI) e, dall'altro lato, la RTI SpA in merito alla legittimità della messa a disposizione dei clienti della VCAST di un sistema di videoregistrazione su *cloud* di programmi televisivi trasmessi dalla RTI.

La VCAST ha citato in giudizio la RTI dinanzi alla Sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Torino (Italia) che, a seguito di un ricorso cautelare in via riconvenzionale proposto dalla RTI, ha provvisoriamente vietato alla VCAST di proseguire la propria attività. Il giudice del rinvio ha, così, deciso di sospendere il procedimento e di rivolgersi alla Corte di giustizia per chiarire se la normativa italiana (l. n. 633/1941 - Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio) che consente a un'impresa commerciale di fornire ai privati un servizio di videoregistrazione da remoto su *cloud* di copie private relative a opere protette dal diritto d'autore, attraverso un sistema informatico, mediante un intervento attivo nella registrazione da parte di detta impresa, in difetto del consenso del titolare del diritto, contrasti con la normativa comunitaria, in particolare con la direttiva n. 2001/29/Ce.

Sul punto, la Corte di giustizia ha precisato che il fornitore del servizio di riproduzione non si limita ad organizzare la riproduzione, ma fornisce, altresì, un accesso alle emissioni di determinati canali televisivi che possono essere registrate da remoto. In sostanza, sono i singoli clienti che hanno la facoltà di scelta in ordine alle registrazioni da effettuare. Al servizio realizzato dalla VCAST viene, dunque, riconosciuta una doppia funzionalità: garantire la riproduzione e la messa a disposizione delle opere. In quest'ultimo caso, si tratta di una comunicazione al pubblico e, come tale, a parere della Corte, deve essere autorizzata dall'autore dell'opera stessa (cfr. sentenza del 31 maggio 2016 in causa n. C-117/15, *Reha Training*, EU:C:2016:379) non ricadendo così nell'ambito di applicazione della direttiva n. 2001/29/Ce. Ne consegue che la videoregistrazione in *cloud* non può considerarsi lecita se effettuata tramite l'intervento "attivo" di terzi e non può costituire l'eccezione di copia privata contemplata all'art. 5, par. 2, lett. b., della direttiva recepito nel diritto italiano con l'art. 71-*sexies* della l. n. 633/1941 secondo cui: «È consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indiretta-

mente commerciali (...). La riproduzione di cui al comma 1 non può essere effettuata da terzi. La prestazione di servizi finalizzata a consentire la riproduzione di fonogrammi e videogrammi da parte di persona fisica per uso personale costituisce attività di riproduzione (...).

INTERPRETAZIONE DELLA DIRETTIVA N. 95/46/CE NELL'AMBITO DI UN RECLAMO PRESENTATO DA UN CANDIDATO IN UN CONCORSO TENDENTE A CONTESTARE IL RISULTATO DELL' ESAME SOSTENUTO

Corte di giustizia

Sentenza del 20 dicembre 2017 in causa n. C-434/16

Peter Nowak c. Data Protection Commissioner

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali - Direttiva n. 95/46/Ce - Art. 2, lett. a. - Nozione di «dati personali» - Risposte scritte fornite da un candidato durante una prova d'esame - Informazioni connesse alla persona - Livello di conoscenza e di competenza del candidato in un determinato settore - Annotazioni dell'esaminatore - Art. 12, lett. a. e b., della direttiva - Portata dei diritti di accesso e di rettifica della persona interessata - Interpretazione ampia della direttiva - Tutela del diritto fondamentale al rispetto della vita privata.

L'art. 2, lett. a., della direttiva n. 95/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, le risposte scritte fornite da un candidato durante un esame professionale e le eventuali annotazioni dell'esaminatore relative a tali risposte costituiscono dati personali, ai sensi di tale disposizione¹.

¹ Il candidato ad una prova d'esame può chiedere alla commissione di accedere al proprio elaborato ai sensi della direttiva sulla protezione dei dati n. 95/46/Ce (in *Guce* n. L 281 del 1995, p. 31) in quanto contenenti dati personali?

Questa è in sostanza la questione sottoposta alla Corte di giustizia dalla Corte Suprema irlandese nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il signor Peter Novak, esperto contabile tirocinante, e, dall'altro lato, il Garante per la protezione dei dati personali irlandese, in merito al rifiuto di quest'ultimo di permettere al signor Novak l'acces-

so alla copia corretta di una prova d'esame che egli aveva svolto motivando che le informazioni ivi contenute non costituivano dati personali.

In sostanza, si è trattato di stabilire se i dati relativi allo svolgimento di una prova d'esame, da parte di un candidato, possano costituire dati personali ai sensi della direttiva. Per dato personale si intende qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile (cfr. art. 2, lett. *a.*, della direttiva).

In seguito al rigetto di un reclamo presentato volto a contestare il risultato di un esame sostenuto, il signor Novak si vedeva negare l'accesso alla propria prova d'esame in quanto non rientrante fra i dati personali del candidato.

Il giudice del rinvio, adito in ultima istanza dal signor Novak, ha sospeso il procedimento rivolgendosi alla Corte di giustizia per chiarire se le risposte scritte fornite dal candidato durante una prova d'esame e anche le annotazioni fatte dagli esaminatori possano costituire dati personali.

La Corte di giustizia ha precisato che l'espressione «qualsiasi informazione» non è limitata alle informazioni sensibili o private, ma comprende potenzialmente ogni tipo di informazioni, tanto oggettive quanto soggettive, sotto forma di pareri o di valutazioni, a condizione che esse siano riferite alla persona interessata (cfr. sentenza del 19 ottobre 2016 in causa n. C-582/14, *Breyer*, EU:C:2016:779, annotata in questa *Rivista*, 2016, p. 517). Ne consegue che le risposte del candidato in un compito d'esame riflettono il livello di conoscenza del candidato stesso e anche le correzioni effettuate dall'esaminatore riflettono un giudizio sul candidato stesso in merito ad una prestazione svolta dal soggetto riferita al suo livello di conoscenze acquisite (sull'interpretazione ampia della direttiva n. 95/46/Ce cfr. sentenza del 7 maggio 2009 in causa n. C-553/07, *Rijkeboer*, EU:C:2009:293).

Ne consegue, e così ha concluso la Corte di giustizia, che il fatto di riconoscere al candidato un diritto di accesso all'elaborato svolto, unitamente alle annotazioni degli esaminatori, ai sensi dell'art. 12, lett. *a.*, della direttiva, è conforme all'obiettivo della stessa consistente nel garantire la tutela del diritto alla vita privata del candidato rispetto al trattamento dei dati che lo riguardano (cfr., in senso contrario, sentenza del 17 luglio 2014 in cause riunite n. C-141/12 e n. C-372/12, *YS e a.*, EU:C:2014:2081) e ciò indipendentemente dal fatto che al candidato sia riconosciuto tale diritto di accesso ai sensi della normativa nazionale applicabile al procedimento d'esame.

REGISTRAZIONE DEI SEGNI «MASTER» E «MI PAD» COME MARCHI COMUNITARI

I

Tribunale dell'Unione europea Sentenza del 5 dicembre 2017 in causa n. T-893/16

Xiaomi, Inc. c. Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO)

Marchio dell'Unione europea - Procedimento di opposizione - Domanda di marchio dell'UE: «MI PAD» - Marchio dell'UE precedente: «iPad» - Diniego di registrazione - Art. 8, par. 1, lett. *b.*, del Regolamento (Ce) n. 207/2009, ora art. 8, par. 1, lett. *b.*, del Regolamento

(Ue) 2017/1001 - Rischio di confusione - Somiglianza dei segni - Somiglianza tra prodotti e servizi.

(...) tenuto conto del grado di somiglianza riscontrato nei marchi, nonché dell'identità o della somiglianza dei prodotti e dei servizi interessati, il fatto che il livello di attenzione del pubblico interessato sia superiore alla media per alcuni prodotti e servizi in questione non è sufficiente ad escludere che il pubblico possa ritenere che i prodotti in questione provengano dalla stessa impresa o, se del caso, da imprese economicamente collegate [v., in tal senso, sentenza del 16 dicembre 2010 in causa n. T-363/09, Longevità dei prodotti sanitari/UAMI - Gruppo Lepetit (RESVEROL), inedita, EU:T:2010:538 (...)]¹.

(...) il debole carattere distintivo di un marchio anteriore non impedisce il rischio di confusione tra i marchi in conflitto. In effetti, secondo la giurisprudenza consolidata, il riconoscimento di un carattere debolmente distintivo del marchio anteriore non preclude l'esistenza di un rischio di confusione in questo caso. (...) Pertanto, anche in presenza di un marchio anteriore con un carattere distintivo debole, può sussistere un rischio di confusione, in particolare a causa della somiglianza dei segni e dei prodotti o dei servizi interessati (vedi sentenze del 16 marzo 2005 in causa n. T-112/03, l'Oréal/OHMI - Revlon (Flexi Air), EU:T:2005:102, punto 61 e giurisprudenza citata, e del 13 dicembre 2007 in causa n. T-134/06, PagesJaunes.com, EU:T:2007:387, punto 70 e giurisprudenza citata (...))².

*Il ricorso è respinto³. ***

II**Tribunale dell'Unione europea****Sentenza del 7 dicembre 2017 in causa n. T-61/16**

The Coca-Cola Company c. Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO)

Marchio dell'Unione europea - Procedimento di opposizione - Domanda di marchio dell'Unione europea figurativo «Master» - Marchi dell'Unione europea figurativi anteriori Coca-Cola e nazionale figurativo anteriore C - Impedimenti relativi alla registrazione - Profitto tratto indebitamente dalla notorietà dei marchi anteriori - Elementi di prova relativi all'uso commerciale, al di fuori dell'Unione (Siria e Me-

** Traduzione dall'originale in lingua francese a cura della Redazione.

dio Oriente), di un segno che comprende il marchio richiesto - Probabile uso commerciale - Decisione adottata in seguito all'annullamento da parte del Tribunale di una decisione anteriore - Art. 8, par. 5, e art. 65, par. 6, del Regolamento (Ce) n. 207/2009 [divenuti art. 8, par. 5, e art. 72, par. 6, del Regolamento (Ue) 2017/1001].

(...) occorre ricordare che (...) esiste una continuità funzionale tra i diversi organi dell'EUIPO, ossia l'esaminatore, la divisione di opposizione, la divisione legale e di amministrazione dei marchi e le divisioni di annullamento, da un lato, e le commissioni di ricorso, dall'altro. Da tale continuità funzionale fra i vari organi dell'EUIPO discende che le commissioni di ricorso, nell'ambito del loro riesame delle decisioni emesse dai servizi dell'EUIPO che statuiscono in primo grado, sono tenute a fondare la propria decisione su tutti gli elementi di fatto e di diritto che le parti hanno fatto valere sia durante il procedimento dinanzi all'organo che ha statuito in primo grado, sia nel procedimento di ricorso. Il controllo esercitato dalle commissioni di ricorso non si limita al controllo di legittimità della decisione impugnata ma, per l'effetto devolutivo della procedura di ricorso, implica una nuova valutazione della controversia nel suo complesso, dato che le commissioni di ricorso devono riesaminare integralmente il ricorso iniziale e tenere conto delle prove prodotte in tempo utile [v. sentenza del 6 novembre 2007 in causa n. T-407/05, SAEME/UAMI – Racke (REVIAN's), EU:T:2007:329, punti da 49 a 51 e giurisprudenza ivi citata]. Dall'art. 64, par. 1, del Regolamento n. 207/2009 (divenuto art. 71, par. 1, del Regolamento n. 2017/1001) che, per effetto del ricorso con cui è adita, la commissione di ricorso è chiamata a procedere ad un nuovo esame completo del merito dell'opposizione, tanto in diritto quanto in fatto [sentenze del 13 marzo 2007 in causa n. C-29/05 P, UAMI/Kaul, EU:C:2007:162, punto 57, e del 13 dicembre 2016 in causa n. T-548/15, Guiral Broto/EUIPO - Gastro & Soul (Café del Sol), non pubblicata, EU:T:2016:720, punto 21]⁴.

La decisione della quarta commissione di ricorso dell'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO) del 2 dicembre 2015 (procedimento R 1251/2015-4) è annullata⁵.

L'EUIPO supporterà, oltre alle proprie spese, quelle sostenute dalla The Coca-Cola Company, anche dinanzi alla commissione di ricorso dell'EUIPO⁶.

La Modern Industrial & Trading Investment Co. Ltd (Mitico) supporterà le proprie spese⁷.

¹⁻⁷ La sentenza pronunciata nella causa n. T-893/16 è scaturita dai seguenti fatti. La società Cinese Xiaomi specializzata in elettronica e telefonia mobile chiedeva all'EUIPO -

Ufficio dell'UE per la proprietà intellettuale, con sede ad Alicante, di registrare il segno «MI PAD» come marchio dell'UE per dispositivi elettronici e servizi di telecomunicazione. L'opposizione di APPLE a tale registrazione – in quanto APPLE aveva già registrato il marchio IPAD per prodotti simili – veniva accolta dall'EUIPO per la sussistenza di un rischio di confusione.

La società cinese adiva così il Tribunale dell'UE per chiedere l'annullamento della decisione dell'EUIPO. Il Tribunale dell'UE, con la sentenza, sopra massimata, respinge il ricorso della società cinese e conferma che il marchio «MI PAD» non può costituire un marchio comunitario. Tale conclusione è stata raggiunta in seguito ad un preciso confronto tra i due segni sul piano visivo, fonetico e concettuale che ha portato a confermare la tesi dell'EUIPO relativa alla sussistenza di un elevato rischio di confusione stante l'elevata somiglianza tra i segni stessi.

Il Tribunale dell'UE, con la sentenza pronunciata nella causa n. T-61/16 statuisce che la Coca Cola può opporsi alla registrazione del segno «Master» per il solo fatto che per la commercializzazione delle bevande e prodotti alimentari viene utilizzata la medesima scrittura. Nel maggio 2010 la Modern Industrial & Trading Investment Co. Ltd, presentava una domanda di registrazione di marchio dell'UE, ai sensi del Regolamento (Ue) n. 2017/1001, in *Guce* n. L 154 del 2017, p. 1, del segno figurativo «Master». La società Coca Cola presentava opposizione facendo valere che i quattro marchi comunitari precedentemente registrati per le bevande avevano la forma simile al marchio «Master».

L'EUIPO respingeva il ricorso della Coca Cola sostenendo l'inesistenza di un rischio di confusione tra di essi nonostante i prodotti commercializzati fossero gli stessi. Il Tribunale dell'UE con la sentenza dell'11 dicembre 2014 ha annullato la decisione della EUIPO sostenendo, per contro, l'esistenza di elementi di somiglianza. Dopo l'adozione di una nuova decisione, successivamente opposta dalla Coca Cola e nuovamente respinta dall'EUIPO, la Coca Cola, infine, si è rivolta al Tribunale che ha pronunciato la sentenza, qui massimata. Il Tribunale ha, dunque, annullato l'ultima decisione della EUIPO.

A parere del Tribunale, l'EUIPO nel valutare l'esistenza o meno di un rischio di confusione, avrebbe dovuto tenere in considerazione il fatto che il segno «Master» è ora utilizzato solamente in Paesi extra UE (Siria e Medio Oriente), ma che con la registrazione del marchio comunitario «Master» la *Modern Industrial & Trading Investment Co. Ltd* probabilmente intenderà commercializzare i propri prodotti anche nell'UE.

IL GELATO PUÒ ESSERE VENDUTO CON LA DENOMINAZIONE «CHAMPAGNER SORBET» SE IL GUSTO È ALLO CHAMPAGNE

Corte di giustizia

Sentenza del 20 dicembre 2017 in causa n. C-393/16

Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne c. Aldi Süd Dienstleistungs - GmbH & Co.OHG con l'intervento di Galana NV

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Prodotti agricoli - Prodotto denominato «Champagner Sorbet» - Tutela delle denominazioni di origine protetta (DOP) - Regolamento (Ce) n. 1234/2007 - Art. 118 *quaterdecies*, par. 2, lett. a., ii., lett. b. e c. - Regolamento (Ue) n. 1308/2013 - Art. 103, par. 2, lett. a., ii., lett. b. e c. - Ambito di applicazione - Indebito vantaggio derivante dalla DOP «Champagne» - Sfrut-

tamento illecito della notorietà di una DOP - Usurpazione, imitazione o evocazione di una DOP - Vantaggio «indebito» derivante dalla notorietà della DOP - DOP «Champagne» utilizzata nella denominazione di un prodotto alimentare - Prodotto alimentare che contiene champagne come ingrediente volto a conferire il gusto - Ingrediente che conferisce al prodotto alimentare una caratteristica essenziale - Indicazioni false e ingannevoli sulla natura o sulle qualità essenziali del prodotto.

L'art. 118 quaterdecies, par. 2, lett. a., ii., del Regolamento (Ce) n. 1234/2007 del Consiglio, del 22 ottobre 2007, recante organizzazione comune dei mercati agricoli e disposizioni specifiche per taluni prodotti agricoli (Regolamento unico OCM), come modificato dal Regolamento (Ce) n. 491/2009 del Consiglio, del 25 maggio 2009, e l'art. 103, par. 2, lett. a., ii., del Regolamento (Ue) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i Regolamenti (Cee) n. 922/72, (Cee) n. 234/79, (Ce) n. 1037/2001 e (Ce) n. 1234/2007 del Consiglio, devono essere interpretati nel senso della loro applicabilità nel caso in cui una denominazione di origine protetta, quale «Champagne», sia impiegata come parte della denominazione con la quale è venduto un prodotto alimentare, quale «Champagner Sorbet», non conforme al disciplinare di produzione relativo a tale denominazione di origine protetta, ma contenente un ingrediente conforme al medesimo¹.

L'art. 118 quaterdecies, par. 2, lett. a., ii., del Regolamento n. 1234/2007, come modificato dal Regolamento n. 491/2009, e l'art. 103, par. 2, lett. a., ii., del Regolamento n. 1308/2013 devono essere interpretati nel senso che l'utilizzo di una denominazione di origine protetta come parte di una denominazione con la quale viene posto in vendita un prodotto alimentare non conforme al disciplinare di produzione relativo a tale denominazione di origine protetta, ma contenente un ingrediente conforme al medesimo, come «Champagner Sorbet», costituisce uno sfruttamento della notorietà di una denominazione di origine protetta, ai sensi di tali disposizioni, qualora tale prodotto alimentare non abbia, come caratteristica essenziale, un gusto conferito principalmente dalla presenza di tale ingrediente nella sua composizione².

L'art. 118 quaterdecies, par. 2, lett. b., del Regolamento n. 1234/2007, come modificato dal Regolamento n. 491/2009, e l'art. 103, par. 2, lett. b., del Regolamento n. 1308/2013 devono essere interpretati nel senso che l'utilizzo di una denominazione di origine protetta come parte della denominazione con la quale viene posto in vendita un prodotto alimentare non

conforme al disciplinare di produzione relativo a tale denominazione di origine protetta, ma contenente un ingrediente conforme al medesimo, come «Champagner Sorbet», non costituisce un'usurpazione, un'imitazione o un'evocazione, ai sensi di tali disposizioni³.

L'art. 118 quaterdecies, par. 2, lett. c., del Regolamento n. 1234/2007, come modificato dal Regolamento n. 491/2009, e l'art. 103, par. 2, lett. c., del Regolamento n. 1308/2013 devono essere interpretati nel senso della loro applicabilità sia nel caso di indicazioni false o ingannevoli atte a indurre in errore riguardo all'origine del prodotto interessato, sia nel caso di indicazioni false o ingannevoli sulla natura o sulle qualità essenziali di tale prodotto⁴.

¹⁻⁴ La questione pregiudiziale, sottoposta in ultima istanza alla Corte federale di giustizia tedesca, sull'interpretazione dei Regolamenti (Ce) n. 1234/2007, in *Guce* n. L 299 del 2007, p. 1, e n. 1308/2013, in *Guce* n. L 347 del 2013, p. 671, è stata presentata nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il Comité interprofessionnel du Vin de Champagne (di seguito denominato: CIVC) l'Associazione dei produttori di champagne e che difende gli interessi della DOP «Champagne» e, dall'altro lato, una catena di *discount* tedesca la Aldi Süd Dienstleistungs-GmbH & Co. OHG (di seguito denominata: «Aldi»), con riferimento all'uso della denominazione di origine protetta (DOP) nella denominazione di un prodotto surgelato, un sorbetto, distribuito dalla Aldi contenente una percentuale di Champagne pari al 12%.

La CIVC ha chiesto, infatti, l'inibizione della vendita del sorbetto in questione ritenendo che la Aldi sfruttasse la notorietà del vino spumante francese che gode di una denominazione di origine protetta.

La Corte di giustizia ha precisato che lo sfruttamento della notorietà di una DOP, ai sensi del Regolamento n. 1234/2007 e dell'art. 103, par. 2, lett. a, ii., del Regolamento n. 1308/2013, presuppone un utilizzo di tale DOP volto a sfruttare indebitamente la notorietà di quest'ultima.

Nel caso di specie, la denominazione «Champagner Sorbet» utilizzata per designare un sorbetto contenente champagne è idonea a riflettere su tale prodotto la fama della DOP «Champagne» e, quindi, a procurare un vantaggio proveniente da tale notorietà. Tale utilizzo, peraltro, non costituisce una modalità di indebito sfruttamento della notorietà di tale DOP se il prodotto ha veramente il gusto di champagne (cfr. sentenza del 14 luglio 2011 in causa n. C-4/10 e C-27/10, *Bureau national interprofessionnel du Cognac*, EU:C:2011:484, annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 514, e sentenza del 14 settembre 2017 in causa n. C-56/16 P, *EU IPO c. Instituto dos Vinhos do Douro e do Porto*, EU:C:2017:693). Al giudice nazionale è demandato il compito di verificare tale circostanza. La Corte di giustizia, in proposito, ha precisato che la quantità di champagne contenuta nel sorbetto costituisce un criterio importante, ma comunque non sufficiente.

La Corte di giustizia ha precisato, altresì, che l'utilizzo del termine Champagne non risulta un'usurpazione, un'imitazione o un'evocazione ai sensi della normativa comunitaria perché tale incorporazione viene effettuata al precipuo scopo di rivendicare apertamente una qualità gustativa connessa ad un preciso prodotto (sul termine «evocazione», cfr. sentenza del 21 gennaio 2016 in causa n. C-75/15, *Viiniverla*, EU:C:2016:35; cfr. il commento di B. CALABRESE, *La protezione dei nomi geografici nei regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari: criteri oggettivi e soggettivi della tutela per evocazione*, in questa *Rivista*, 2016, p. 273 ss.).

Infine, la Corte di giustizia, cercando di raggiungere un equilibrio fra i diritti dei titolari delle DOP e quelli dei produttori dell'alimento, che intendono riportare la sua composizione nella confezione, ha precisato che le disposizioni comunitarie sulle DOP e IGP consentono di vietare sia le indicazioni false o ingannevoli riferite all'origine geografica del prodotto in-

teressato, sia le indicazioni false o ingannevoli sulla natura o sulle qualità essenziali del prodotto, come, ad esempio, il suo sapore. Nel caso di specie, se il sorbetto non avesse, quale caratteristica essenziale, il gusto allo champagne nella sua composizione, si potrebbe, dunque, affermare che la denominazione «Champagner Sorbet» riportata sulla confezione costituisce un'indicazione falsa o ingannevole.

DIVIETO PER I DISTRIBUTORI DI PRODOTTI DI LUSO DI RICORRERE AD UN TERZO SOGGETTO NON AUTORIZZATO NELLA VENDITA *ON LINE*

Corte di giustizia

Sentenza del 6 dicembre 2017 in causa n. C-230/16

Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Concorrenza - Intese - Art. 101, par. 1, TFUE - Evoluzione nel settore del commercio elettronico - Distribuzione selettiva di prodotti cosmetici di lusso - Clausola che vieta ai distributori di ricorrere a un terzo non autorizzato nell'ambito della vendita a mezzo internet - Regolamento (Ue) n. 330/2010 - Art. 4, lett. b. e c. - Restrizione della clientela.

L'art. 101, par. 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che un sistema di distribuzione selettiva di prodotti di lusso finalizzato, primariamente, a salvaguardare l'immagine di lusso di tali prodotti è conforme a detta disposizione, a condizione che la scelta dei rivenditori avvenga secondo criteri oggettivi d'indole qualitativa, stabiliti indistintamente per tutti i potenziali rivenditori e applicati in modo non discriminatorio, e che i criteri definiti non vadano oltre il limite del necessario¹.

L'art. 101, par. 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che lo stesso non osta a una clausola contrattuale, come quella di cui al procedimento principale, che vieta ai distributori autorizzati di un sistema di distribuzione selettiva di prodotti di lusso finalizzato, primariamente, a salvaguardare l'immagine di lusso di tali prodotti di servirsi in maniera riconoscibile di piattaforme terze per la vendita a mezzo internet dei prodotti oggetto del contratto, qualora tale clausola sia diretta a salvaguardare l'immagine di lusso di detti prodotti, sia stabilita indistintamente e applicata in modo non discriminatorio, e sia proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare².

L'art. 4 del Regolamento (Ue) n. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'art. 101, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, il divieto imposto ai membri di un sistema di distribuzione selettiva di prodotti di lusso, operanti come distributori sul mercato, di servirsi in maniera riconoscibile, per le vendite a mezzo internet, di imprese terze, non costituisce una restrizione della clientela, ai sensi dell'art. 4, lett. b., di tale Regolamento, né una restrizione delle vendite passive agli utenti finali, ai sensi dell'art. 4, lett. c., di detto Regolamento³.

¹⁻³ Il crescente ricorso, da parte di alcuni distributori, a mercati (*marketplace*) o piattaforme elettroniche indipendenti dai produttori (per esempio: Amazon, eBay, etc.) ha inevitabilmente portato dinanzi ai giudici nazionali una serie di contenziosi volti a chiarire se un fornitore possa vietare ai rivenditori autorizzati di una rete di distribuzione selettiva di ricorrere a imprese terze non autorizzate per la vendita dei prodotti.

La domanda pregiudiziale presentata dall'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Corte d'appello di Francoforte sul Meno) sull'interpretazione dell'art. 101, par. 1, TFUE, nonché dell'art. 4, lett. b. e c., del Regolamento (Ue) n. 330/2010 è stata proposta nell'ambito di una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, la Coty Germany GmbH (di seguito denominata: Coty), un fornitore di prodotti cosmetici di lusso *leader* in Germania, e, dall'altro lato, la Parfümerie Akzente GmbH, un distributore autorizzato, con riferimento al divieto imposto a quest'ultima di ricorrere in modo riconoscibile a imprese terze non autorizzate per le vendite tramite internet dei prodotti oggetto del contratto.

La Parfümerie Akzente, legata alla Coty da un contratto di distribuzione selettiva, distribuiva da molti anni, quale rivenditore autorizzato, i prodotti della Coty sia in punti vendita fisici (autorizzati dalla Coty) sia via internet (il contratto prevede che «il depositario non può utilizzare un nome diverso o servirsi di un'impresa terza per cui non sia stata concessa l'autorizzazione»). La vendita avveniva in parte attraverso un proprio negozio *on line* e, in parte, mediante la piattaforma «amazon.de». Dopo l'entrata in vigore del Regolamento n. 330/2010, la Coty ha integrato i propri modelli contrattuali con una clausola dal seguente tenore: «il depositario è autorizzato a proporre e a vendere i prodotti tramite internet, ma a condizione che tale attività di vendita online sia realizzata tramite una "vetrina elettronica" del negozio autorizzato e che venga in tal modo preservata la connotazione lussuosa dei prodotti». Inoltre, una clausola dell'accordo aggiuntivo vietava espressamente l'utilizzo di un'altra denominazione commerciale, nonché l'intervento riconoscibile di un'impresa terza che non fosse una depositaria autorizzata della Coty Prestige.

La Parfümerie Akzente si è rifiutata di sottoscrivere le modifiche al contratto di distribuzione selettiva e la Coty ha proposto un ricorso dinanzi al giudice nazionale di primo grado per far vietare alla convenuta la distribuzione dei prodotti del marchio controverso mediante la piattaforma «amazon.de».

Il giudice di appello si è così rivolto alla Corte di giustizia per chiarire se gli accordi di distribuzione selettiva possano rientrare nel campo di applicazione dell'art. 101, par. 1, TFUE.

Sul punto, la Corte di giustizia ha precisato che tali accordi non ricadono nel divieto dell'art. 101, par. 1, TFUE, a condizione che i rivenditori vengano scelti secondo criteri oggettivi stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e applicati in modo non discriminatorio, che le caratteristiche del prodotto di cui trattasi richiedano, onde conservarne la qualità e garantirne l'uso corretto, una simile rete di distribuzione e, infine, che i criteri definiti non vadano oltre il limite del necessario (cfr. sentenza del 13 ottobre 2011, in causa n. C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, EU:C:2011:649).

Sulla necessità di una distribuzione selettiva per i prodotti di lusso, la Corte ha precisato che le caratteristiche e le modalità intrinseche a un sistema di distribuzione selettiva sono di per sé idonee a conservare la qualità e a garantire l'uso corretto di tali prodotti (cfr. sentenza del 23 aprile 2009 in causa n. C-59/08, *Copad*, EU:C:2009:260). Ne consegue la conformità di un sistema di distribuzione siffatto proprio per salvaguardare l'immagine di prestigio dei prodotti di lusso.

La Corte di giustizia si interroga poi sulla legittimità, rispetto all'art. 101, par. 1, TFUE, di una specifica clausola di un sistema di distribuzione selettiva di prodotti di lusso e di prestigio che vieta di utilizzare in maniera riconoscibile piattaforme terze per la vendita *on line* di prodotti oggetto del contratto.

A parere della Corte di giustizia, la clausola contrattuale è conforme all'art. 101, par. 1, TFUE se è diretta a salvaguardare l'immagine di lusso dei prodotti considerati; se è stabilita indistintamente e applicata in modo non discriminatorio e, infine, se è proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito.

La Corte di giustizia ha precisato, inoltre, che la clausola contrattuale controversa salvaguarda l'immagine di lusso e di prestigio dei prodotti della Coty, si applica indistintamente a tutti i distributori autorizzati e il divieto non va oltre quanto è necessario per preservare l'immagine di lusso dei prodotti. Infatti, la clausola non vieta ai distributori autorizzati di vendere su internet i prodotti oggetto del contratto, ma vieta soltanto la vendita *on line* dei prodotti oggetto del contratto tramite piattaforme terze che operano in modo riconoscibile nei confronti dei consumatori (la sentenza del 13 ottobre 2011 in causa n. C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, EU:C:2011:649, riguardava un divieto assoluto per i distributori autorizzati di vendere *on line*).

Ne consegue la conformità della normativa tedesca alla normativa comunitaria.

Sarà, comunque, compito del giudice nazionale valutare la sussistenza di tali circostanze. Qualora il giudice dovesse concludere per l'esistenza di un contrasto con l'art. 101, par. 1, TFUE la Corte dovrà verificare se tale clausola possa beneficiare, in virtù dell'art. 101, par. 3, TFUE, di un'esenzione ai sensi del Regolamento n. 330/2010, in *Guce* n. L 102 del 23 aprile 2010, p. 1 ss. Sul punto, la Corte ha chiarito che il Regolamento n. 330/2010 esclude dal beneficio dell'esenzione per categoria le restrizioni che rischiano di produrre effetti anti-concorrenziali gravi, a prescindere dalla quota di mercato delle imprese interessate. Si tratta delle restrizioni fondamentali previste all'art. 4 del Regolamento. Orbene, a parere della Corte di giustizia, l'esenzione per categoria non può, dunque, essere applicata a un divieto di servirsi in modo riconoscibile di imprese terze per le vendite a mezzo internet perché queste non determinano una restrizione alla clientela e neppure una restrizione delle vendite passive, atti che producendo effetti anticoncorrenziali sono esclusi dall'esenzione.

IL REGOLAMENTO (UE) N. 1259/2010 NON TROVA APPLICAZIONE IN CASO DI «DIVORZI PRIVATI»

Corte di giustizia

Sentenza del 20 dicembre 2017 in causa n. C-372/16

Soha Sahyouni c. Raja Mamisch

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia - Regolamento (Ue) n. 1259/2010 - Cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale - Divorzio di natura privata pronunciato da un'istanza religiosa in

uno Stato terzo - Riconoscimento - Sfera di applicazione di detto Regolamento - Divorzio pronunciato da un'autorità giurisdizionale, da un'autorità pubblica e sotto il controllo di un'autorità pubblica.

L'art. 1 del Regolamento (Ue) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale va interpretato nel senso che il divorzio risultante da una dichiarazione unilaterale di uno dei coniugi dinanzi a un tribunale religioso, come quello oggetto del procedimento principale, non ricade nella sfera di applicazione ratione materiae di detto Regolamento¹.

¹ È la prima volta che la Corte di giustizia interpreta il Regolamento (Ue) n. 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (in *Guce* n. L 343 del 2010, p. 10).

La questione pregiudiziale proposta dal Tribunale regionale superiore di Monaco di Baviera sull'interpretazione del Regolamento (Ue) n. 1259/2010 si inserisce in un procedimento giudiziario tra la signora Soha Sahyouni e il signor Raja Mamisch volto ad ottenere il riconoscimento in Germania di una decisione di divorzio adottata da un'istanza religiosa in Siria. La Corte, con l'ordinanza pronunciata il 12 maggio 2016 in causa n. C-281/15, *Sahyouni*, EU:C:2016:343, si era già dichiarata manifestamente incompetente a statuire e aveva precisato che il Regolamento oggetto di interpretazione non si applica al riconoscimento di una decisione di divorzio pronunciata in uno Stato terzo.

Nella sentenza qui massimata, *in primis*, la Corte di giustizia ha precisato che in forza del diritto tedesco, il Regolamento n. 1259/2010 si applica al riconoscimento in Germania dei divorzi privati pronunciati in uno Stato terzo. Secondo la prassi giuridica tedesca, dall'entrata in vigore del Regolamento n. 1259/2010, ai fini del riconoscimento in Germania di un divorzio privato pronunciato in uno Stato terzo, i presupposti nel merito che devono essere soddisfatti da tale divorzio sono esaminati alla luce del diritto dello Stato sulla base del Regolamento n. 1259/2010 (sulla sfera di applicazione del Regolamento, cfr., in tal senso, sentenza dell'11 luglio 2013 in causa n. C-409/11, *Csonka e a.*, EU:C:2013:512).

La prima questione pregiudiziale sollevata invita la Corte a stabilire se le disposizioni del Regolamento n. 1259/2010 coprano i divorzi qualificati come «privati» (formula di divorzio dinanzi al tribunale religioso della sharia di Latakia in Siria), nella misura in cui essi siano fondati non su una decisione a carattere costitutivo di un'autorità giurisdizionale o di un'altra autorità pubblica, bensì su una dichiarazione di volontà dei coniugi, unilaterale o reciproca, eventualmente con il concorso di natura meramente declaratoria di un'autorità straniera.

Sul punto, la Corte di giustizia, richiamando le conclusioni dell'Avvocato Generale (par. 65) ha statuito che con l'adozione del Regolamento l'UE si è limitata a considerare le situazioni nelle quali il divorzio è pronunciato da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o con il suo controllo e che, pertanto, non intendeva far applicare il medesimo Regolamento ad altri tipi di divorzi, quali quelli che, come nella specie, si fondano su «una dichiarazione di volontà privata unilaterale» pronunciata dinanzi a un tribunale religioso.

Infine, a parere della Corte, la decisione di procedere all'inclusione dei divorzi privati nell'ambito di applicazione del Regolamento spetta soltanto al legislatore dell'Unione e a seguito di un dibattito formale e di un'analisi approfondita sulle ripercussioni che tale operazione potrebbe avere, con riferimento ai diversi sistemi giuridici degli Stati membri partecipanti, e tenuto conto delle peculiarità delle diverse forme possibili di divorzi privati (cfr. anche par. 66 delle conclusioni dell'Avvocato Generale).

Ne consegue che un Tribunale europeo potrebbe, alla luce della sentenza interpretativa pronunciata dalla Corte, rifiutarsi di riconoscere un atto integrante un divorzio privato, non trovando applicazione le norme comunitarie di cui al Regolamento n. 1259/2010.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

I REQUISITI ESSENZIALI DI SICUREZZA DI UNA MACCHINA ALL'ESAME DEL GIUDICE CIVILE

Tribunale di Siena, sezione unica
Ordinanza del 22 aprile 2017*

Consorzio di Bonifica Oristanese c. Arnus Srl, Generali Italia Spa, CNH Spa

Requisiti essenziali di sicurezza (RES) di una macchina - Art. 70, comma quarto, dlgs n. 81/08 - Organi di vigilanza - Esame del giudice ordinario - Fase cautelare - Ammissibilità.

La procedura disciplinata dal dlgs n. 81/08 non comporta una carenza di giurisdizione del giudice ordinario specie in una fase anticipatoria e/o cautelare, ferma restando l'indubbia rilevanza della sollevata questione di improcedibilità al momento dell'introduzione del giudizio di merito.

(Omissis) **In diritto**

Il Giudice, *(Omissis)*

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 21 aprile 2017;

visti gli atti;

Rileva:

parte ricorrente Consorzio *(Omissis)* dell'Oristanese ha chiesto, in tal senso specificano l'originaria domanda, procedersi a consulenza tecnica preveniva prospettando una domanda di merito per la restituzione dei canoni indebitamente

* In argomento v. *infra*, p. 631 ss., il commento di *GIAN FRANCO SIMONINI*.

versati e per la declaratoria di nullità ai sensi degli artt. 1418 cc. e 1346 cc. dei contratti di vendita degli escavatori e dei contratti di leasing dei medesimi, per mancanza o illiceità o impossibilità dell'oggetto o della causa.

L'eccezione di inammissibilità del procedimento, certamente ampiamente argomentata, non è condivisibile non sembrando che la procedura disciplinata dal dlvo n. 81/08, della quale peraltro nel caso in esame non è dato conoscere la conclusione, possa comportare carenza di giurisdizione specie in una fase anticipatoria e/o cautelare, ferma restando l'indubbia rilevanza della stessa al momento dell'introduzione del giudizio di merito.

Seppure appaia in via generale condivisibile l'assunto per cui il ricorso deve essere ritenuto inammissibile qualora la soluzione della vertenza demandata al CTU implichi la cognizione di questioni giuridiche esulanti dall'ambito delle indagini di natura tecnica, è d'altro canto vero che, l'insussistenza, nella presente sede processuale, di un potere giudiziale di adozione di decisioni di merito o di soluzione di questioni di fatto o di diritto coinvolgenti la vicenda creditoria azionata può comportare non già l'inammissibilità del ricorso bensì la necessità di elaborazione di un quesito peritale di natura complessa che dia risposta alle indicazioni di tutte le parti nell'ottica conciliativa, in quanto comunque idonea a fornire ai contendenti una soluzione potenzialmente costituente la base per una trattativa; che l'unico limite è costituito dal rispetto del principio dell'onere della prova, così che non potrà essere demandata al ctu indagine non tecnica ovvero di natura esplorativa rispetto alla quale le parti abbiamo fornito sufficienti allegazioni.

Ciò premesso, può ammettersi il quesito richiesto da parte ricorrente limitatamente alle lett. *a. b. e c.* con esclusione della lett. *d.* perché quesito involgente indagine del tutto esplorativa e della lett. *e.* posto che gli esborsi sostenuti e da sostenere per la locazione finanziarie [*rectius*: finanziaria *n.d.r.*] e le sanzioni finanziarie non potrebbero che essere documentali e che nessun elemento, che non avrebbe potuto essere che documentale, è stato fornito in relazione ai costi della sostituzione delle macchine in oggetto. Può ammettersi l'integrazione al quesito richiesta dalla difesa di (*Omissis*), nonché i quesiti richiesti dalla difesa di (*Omissis*) (in quanto pertinenti rispetto agli assunti di parte ricorrente con particolare riferimento alla possibile alterazione dei macchinari, considerato altresì il tempo intercorso dall'assunto forzato fermo dei macchinari fino alla proposizione dell'odierno ricorso) ad eccezione dei seguenti

- dica se le indagini effettuate dall'Inail per l'emanazione dei provvedimenti indicati nel ricorso siano state effettuate sulla base dei manuali corrispondenti alle macchine verificate;

- dica se i provvedimenti emessi dall'Inail e dalle autorità indicate in ricorso siano basati su dati e informazioni tecniche corrette e se gli stessi siano viziati da errori di qualsiasi tipo, indicando i provvedimenti avrebbero potuto essere impugnati e per quale motivo; non essendo l'Inail parte del procedimento e trattandosi di questioni attinenti più propriamente il merito.

Deve quindi disporsi nuova comparizione del ctu già nominato, Ing. Pagano, per il conferimento dell'incarico sui quesiti indicati, all'udienza del 5 giugno 2017 ore 13. (*Omissis*)

L'ACCERTAMENTO AMMINISTRATIVO SUI REQUISITI ESSENZIALI DI SICUREZZA DI UNA MACCHINA PUÒ ESSERE ESEGUITO DAL GIUDICE ORDINARIO?

Sommario: 1. *Premesse generali* - 2. *La normativa sulla sicurezza delle «macchine»* - 3. *La normativa penale* - 4. *La presunzione di conformità assicurata dalle norme sulla sicurezza e dalle norme armonizzate* - 5. *L'ordinanza in commento.*

1. Premesse generali

È di notevole interesse l'ordinanza del Tribunale di Siena in data 22 aprile 2017; essa affronta un problema del tutto nuovo: può essere disposto da un giudice ordinario un accertamento tecnico preventivo (ai sensi dell'art. 696 c.p.c.) volto ad accertare la rispondenza di una «macchina»¹ ai «requisiti essenziali di sicurezza» (RES)² della pertinente normativa, oppure, tale accertamento è riservato all'autorità amministrativa competente, nell'ambito della procedura amministrativa di cui all'art. 70 del dlgo n.

¹ Per «macchina» si intende, ai sensi dell'art. 2 della direttiva n. 2006/42/Ce, *cit. infra*, nota 14: «a. insieme equipaggiato o destinato ad essere equipaggiato di un sistema di azionamento diverso dalla forza umana o animale diretta, composto di parti o di componenti, di cui almeno uno mobile, collegati tra loro solidamente per un'applicazione ben determinata; b. insieme di cui al primo trattino, al quale mancano solamente elementi di collegamento al sito di impiego o di allacciamento alle fonti di energia e di movimento; c. di cui al primo e al secondo trattino, pronto per essere installato e che può funzionare solo dopo essere stato montato su un mezzo di trasporto o installato in un edificio o in una costruzione; d. insieme di macchine, di cui al primo, al secondo e al terzo trattino, o di quasi-macchine, di cui alla lettera g), che per raggiungere uno stesso risultato sono disposti e comandati in modo da avere un funzionamento solidale; e) insieme di parti o di componenti, di cui almeno uno mobile, collegati tra loro solidamente e destinati al sollevamento di pesi e la cui unica fonte di energia è la forza umana diretta (...)».

² I «requisiti essenziali di sicurezza» (RES) sono il "cuore" delle direttive sulla sicurezza dei prodotti ed indicano gli obiettivi che il prodotto deve raggiungere sotto il profilo della sicurezza. Quanto alle «macchine» essi sono elencati all'Allegato 1 della direttiva n. 2006/42/Ce, *cit. infra*, nota 14. Tali requisiti devono essere rispettati nei limiti in cui ciò sia possibile, tenendo conto dello stato dell'arte al momento della progettazione; definiscono i risultati da conseguire oppure i rischi da evitare, senza specificare le soluzioni tecniche per farlo. Queste possono essere indicate da una norma e da altre specifiche tecniche oppure da conoscenze scientifiche a disposizione del fabbricante.

81/2008 (c.d. «Testo unico sulla sicurezza del lavoro»)³ o di quella di cui all'art. 6 del dlgs n. 17/2010⁴? La prima procedura prevede l'intervento di un organo (amministrativo) di vigilanza che *constata* l'insicurezza di una «macchina» perché non rispondente ai RES; il verbale di constatazione viene inviato al Giudice penale e all'Autorità nazionale di vigilanza (chiamata anche Autorità nazionale per la sorveglianza del mercato). La seconda è la procedura con la quale predetta Autorità *accerta* che la «macchina» non ha i «requisiti di sicurezza» prescritti dalla normativa di riferimento.

Occorrono alcune preliminari considerazioni.

La sicurezza dei prodotti è regolata, a livello comunitario, da un complesso quadro normativo che attualmente consta di una disciplina generale⁵ per i prodotti destinati ai consumatori (direttiva n. 2001/95/Ce⁶) e di discipline di settore che regolano specifici prodotti⁷. Queste ultime (dette «verticali») sono costruite con due diversi sistemi: uno, più datato, che utilizza atti legislativi molto dettagliati, con requisiti obbligatori prestabiliti, definito del «vecchio approccio»⁸, l'altro, di concezione più moderna, definito del «nuovo approccio», caratterizzato dall'indicazione dei soli requisiti essenziali di sicurezza (RES), raggiungibili o con l'applicazione di norme tecniche armonizzate emesse da enti accreditati⁹ o con altra tecnologia uti-

³ Dlgvo n. 81 del 9 aprile 2008, in *Guri* n. 180 del 5 agosto 2009, *suppl. ord.* L'art. 13 del decreto indica gli organi di vigilanza, tra i quali le ASL (Aziende Sanitarie Locali); l'art. 70, comma quarto, richiama l'Autorità nazionale di sorveglianza del mercato che è l'Autorità nazionale di Vigilanza di cui all'art. 6 del Dlgvo n. 17/2010.

⁴ Dlgvo n. 17 del 27 gennaio 2010, in *Guri* n. 41 del 19 febbraio 2010, *suppl. ord.*, di attuazione della direttiva n. 2006/42/Ce.

⁵ Lo strumento utilizzato è generalmente la direttiva. Si parla, al proposito, di «direttive orizzontali».

⁶ È diversamente regolato il settore alimentare. I principi generali dell'attuale legislazione alimentare sono entrati in vigore nel 2002 con il Regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, in *Guce* n. L 31 del 1 febbraio 2002, p. 1. Tale Regolamento quadro ha altresì istituito l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA), incaricata di valutare tutti i rischi associati alla catena alimentare e di informare in materia.

⁷ Definite «direttive verticali».

⁸ In vigore fino al 1985 la procedura per la stesura delle norme europee rifletteva il concetto di "approccio per prodotto"; ciò significa che ciascuna direttiva avrebbe dovuto coprire tutti gli aspetti legati ad un singolo prodotto, sia di carattere obbligatorio (*Total Directive*) sia informativo (*Optional Directive*). I Paesi membri erano obbligati ad accettare i prodotti realizzati in accordo a tali specifiche. Il sistema del «vecchio approccio» si è dimostrato inefficiente dal momento che il veloce evolversi del progresso tecnico era difficilmente compatibile con le lente e difficili procedure di adozione di atti come le direttive dettagliate.

⁹ Se il risultato stabilito dai RES non è ancora tecnicamente raggiungibile si può utilizzare anche lo stato dell'arte, v. § 161, Commissione europea, *Linee Guida alla Direttiva macchine*, ed. 2017 (il testo in lingua inglese «*Guide to application of the Machinery Directive 2006/42/EC*» - Edition 2.1 - July 2017 (Update of 2nd Edition) - è reperibile sul sito internet

lizzata dal costruttore¹⁰. Nel primo caso il fabbricante gode nei confronti della Pubblica Amministrazione di una presunzione di conformità della tecnologia usata alla pertinente normativa (tecnico-amministrativa), nel secondo deve dimostrare, se contestata, l'adeguatezza della soluzione tecnica adottata.

La direttiva n. 2001/95/Ce è stata da ultimo trasposta nel Codice del Consumo agli artt. da 102 a 141 *decies*. Ivi si prevede che il controllo sulla "pericolosità"¹¹ dei prodotti è svolto (art. 106¹²), dall'Autorità nazionale di vigilanza, le cui Funzioni sono svolte, a livello centrale, dal Ministero dello sviluppo economico e dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. L'Autorità esercita, istituzionalmente, il controllo e la sorveglianza dei prodotti sul mercato (art. 107).

Va, peraltro, precisato che a tutela degli interessi collettivi il Codice del consumo consente anche alle associazioni dei consumatori (inserite in un particolare elenco) di agire in giudizio avanti il Tribunale, quindi il giudice ordinario, in via di urgenza, per ottenere provvedimenti inibitori contro i fabbricanti tesi a limitare gli effetti dannosi di un prodotto (art. 140) o iniziare azioni di classe verso i fabbricanti per gli stessi motivi (art. 140 *bis*).

È dunque indubbio che anche il giudice ordinario può valutare la pericolosità di un prodotto e assumere provvedimenti di tipo cautelare analogamente alle autorità amministrative¹³. Tuttavia, affermata tale competenza, va precisato che l'esame riguarda la sicurezza del prodotto in quanto esprimente un rischio (residuo) anomalo o causativo di un danno illecito inaspettato, ma non si dirige, specificatamente, all'esame se i RES sono stati rispettati, comportando ciò un sindacato di merito di natura tecnico-discrezionale. Tale sindacato è anche escluso al giudice penale, il quale valuta la violazione di norme precauzionali generiche o specifiche da parte del datore di lavoro.

<http://ec.europa.eu/docsroom/documents/24722>); Comunicazione della Commissione, *La guida blu all'attuazione della normativa UE sui prodotti*, in *Gu-Ue* n. C 272 del 26 luglio 2016, p. 1.

¹⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione, *La guida blu all'attuazione della normativa UE sui prodotti*, *loc. cit.*

¹¹ La direttiva n. 2001/95/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 dicembre 2001, relativa alla sicurezza generale dei prodotti, in *Guce* n. L 11 del 15 gennaio 2002, p. 4, all'art. 2, lett. *b.*, definisce come «prodotto sicuro»: «qualsiasi prodotto che, in condizioni di uso normali o ragionevolmente prevedibili, compresa la durata e, se del caso, la messa in servizio, l'installazione e le esigenze di manutenzione, non presenti alcun rischio oppure presenti unicamente rischi minimi, compatibili con l'impiego del prodotto e considerati accettabili nell'osservanza di un livello elevato di tutela della salute e della sicurezza delle persone».

¹² V. anche art. 6, dlgs n. 17/2010, *cit. supra*, nota 4.

¹³ V. Tribunale di Pisa del 29 gennaio 2013, *Altroconsumo c. Piaggio & C. Spa*, reperibile sul sito internet www.consumatoridirittoimercato.it, che ha dichiarato pericolosa, ex art. 103 Codice del consumo, una motocicletta.

La Direttiva Macchine¹⁴ è la direttiva maggiormente rappresentativa di quelle del nuovo approccio. Essa è lo strumento prescelto dalla UE per armonizzare la normativa sulla sicurezza di determinati prodotti al fine di consentirne la libera commercializzazione nel mercato comunitario¹⁵.

La tecnica legislativa delle direttive del «nuovo approccio» è molto sofisticata: come detto, non vengono elencati requisiti di dettaglio, ma requisiti essenziali e imprescindibili; essi devono essere soddisfatti nel rispetto dello stato dell'arte tecnologico che nel tempo si evolve e che perciò non viene prestabilito dalla direttiva. Avviene così una nuova ripartizione di compiti e responsabilità: le istituzioni comunitarie si limitano ad armonizzare, per mezzo di direttive (o regolamenti), (solo) i requisiti essenziali relativi a sicurezza e salute dei cittadini, protezione dei consumatori e tutela dell'ambiente. Agli Istituti di normazione europei - CEN, CENELEC ed ETSI - spetta, invece, il compito di, via via, adottare le "norme armonizzate" che definiscono le specifiche tecniche di cui gli operatori hanno bisogno per progettare e fabbricare prodotti conformi alle esigenze essenziali delle direttive, adeguandole progressivamente.

Per "norme armonizzate", si intendono quelle norme elaborate dagli enti europei di normazione, sulla base di un mandato della Commissione europea, in grado di esplicitare i generici requisiti delle direttive. Tali norme vengono trasposte in norme tecniche nazionali ed eventuali norme in conflitto debbono essere ritirate.

Le norme armonizzate (*harmonised standard*)¹⁶, così come le norme nazionali che le recepiscono, non sono, come detto, obbligatorie: ogni produttore è, infatti, libero di realizzare un prodotto conforme ai RES sulla base di tecnologia propria¹⁷.

Va subito chiarito che la presunzione di conformità offerta dalle norme tecniche armonizzate¹⁸ ha mera valenza nel sistema amministrativo della sicurezza dei prodotti sul mercato¹⁹, quindi nei rapporti tra produttore e Pubblica Amministrazione.

¹⁴ Direttiva n. 2006/42/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2006, relativa alle macchine e che modifica la direttiva n. 95/16/Ce, in *Gu-Ue* n. L 157 del 9 giugno 2006, p. 24.

¹⁵ V. anche art. 105, comma 4, Codice del consumo.

¹⁶ La differenza fra una «regola tecnica» e una «norma tecnica» consiste nel fatto che la regola tecnica è legalmente vincolante mentre la conformità ad una norma, che è normalmente stilata da una organizzazione indipendente, è volontaria.

¹⁷ Su questi temi, v. Comunicazione della Commissione, *La guida blu all'attuazione della normativa UE sui prodotti*, cit. *supra*, nota 9.

¹⁸ V. art. 7, direttiva n. 2006/42/Ce, cit. *supra*, nota 14; nello stesso senso la direttiva n. 2001/95/Ce, cit. *supra*, nota 11.

¹⁹ V. *infra*, nota 21.

Ove si metta in discussione, sotto il profilo amministrativo, la norma tecnica, occorre attivare una procedura di revisione della medesima²⁰ perché, in tal caso, verrebbe limitato lo stesso diritto alla libera circolazione delle merci nel mercato comunitario, diritto fondamentale del Trattato.

Ove si discuta della rispondenza (o non) della specifica «macchina» ai RES è necessario l'intervento dell'autorità amministrativa. Il sistema di vigilanza e controllo è organizzato nell'Unione europea attraverso Autorità nazionali di vigilanza del mercato²¹ (art. 15, Regolamento (Ce) n. 765/2008 del 9 luglio 2008). Questa Autorità (in particolare il Ministero delle attività produttive) monitora il mercato, raccoglie dati, redige programmi di vigilanza (art. 18, par. 5, Regolamento (Ce) n. 765/2008), assume provvedimenti di ritiro del prodotto, gestisce le campagne di richiamo disposte d'imperio o dai fabbricanti e relaziona del suo operato e dei casi trattati alla Commissione europea. Tale attività è parallela a quella degli organi territoriali di vigilanza di cui all'art. 13 del dlgs n. 81/2008 che hanno funzione accertativa della violazione delle norme sulla sicurezza delle macchine e possono emettere provvedimenti precettivi (prescrizioni).

²⁰ V. artt. R9 e R31 della decisione n. 768/2008/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, relativa a un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti e che abroga la decisione n. 93/465/Cee, in *Gu-Ue* n. L 218 del 13 agosto 2008, pp. 82-128; art. 5, dlgs n. 17/2010, *cit. supra*, nota 4. Non ci pare condivisibile pertanto la tesi di V. CONTRAFATTO, in M. PERSIANI - M. LEPORE (diretto da), *Il nuovo diritto della sicurezza sul lavoro*, Torino, Utet, 2012, p. 20, che desume dalla clausola di revisione della norma il venir meno della presunzione di conformità offerta dalle norme armonizzate. In realtà è nella natura delle norme armonizzate il principio della possibilità di una loro revisione in base ai progressi dello stato dell'arte o all'apprendimento di una migliore tecnologia, v. §110 della *Guide to application on the machinery directive 2006/42/EC*, *cit. supra*, nota 9.

La procedura di revisione spetta solo alle autorità nazionali delegate, v. sentenze della Corte di giustizia del 14 giugno 2007 in causa n. C-6/05, *Medipac-Kazantzidis AE c. Venizeleio-Pananeio*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 4557, EU:C:2007:337; e del 19 novembre 2009 in causa n. C-288/08, *Kemikalieinspektionen c. Nordiska Dental AB*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 11031, EU:C:2009:718; sentenza del Tribunale di primo grado del 15 luglio 2015 in causa n. T-337/13, *CSF s.r.l. c. Regno di Danimarca e Commissione*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, luglio 2015, EU:T:2015:502).

Altro discorso sarebbe se lo Stato ritenesse di elevare lo *standard* di sicurezza interna – facoltà, a determinate condizioni, riconosciuta agli Stati membri dall'art. 36 TFUE.

²¹ V. Regolamento (Ce) n. 764/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, che stabilisce procedure relative all'applicazione di determinate regole tecniche nazionali a prodotti legalmente commercializzati in un altro Stato membro e che abroga la decisione n. 3052/95/Ce, in *Gu-Ue* n. L 218 del 13 agosto 2008, p. 21 ss.; Regolamento (Ce) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, che pone norme in materia di accreditamento e vigilanza del mercato per quanto riguarda la commercializzazione dei prodotti, in *Gu-Ue* n. L 218 del 13 agosto 2008, p. 30 ss.; decisione n. 768/2008/Ce, *cit. supra*, nota 20, sugli obblighi degli operatori economici sul controllo dei prodotti immessi sul mercato. Con l'entrata in vigore del Regolamento (Ce) n. 765/2008, dal 2009 ogni Stato membro ha l'obbligo di programmare i piani di vigilanza del mercato e di istituire un'Autorità Nazionale di Vigilanza. Sulle sue varie articolazioni, v. Programma Nazionale di Vigilanza del Mercato del 2016 per l'Italia. A livello nazionale il dlgs n. 112 del 31 marzo 1998, riguardante il conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni ed agli Enti locali, consente poteri ispettivi anche alle Camere di commercio, le quali accertata un'infrazione, inviano il fascicolo al MISE.

La struttura dell'Autorità è verticistica, articolata in vari organi periferici, deputati ai controlli locali (art. 6, dlgvo n. 17/2010). Essa si avvale, inoltre, delle conoscenze specialistiche dell'INAIL. I controlli constano di una valutazione globale di natura tecnico-amministrativa che si traduce in un provvedimento (di archiviazione o precettivo/sanzionatorio). L'esecuzione dei suoi provvedimenti è poi assicurata dagli organi locali di vigilanza territorialmente competenti (art. 70, comma quarto, lett. b., dlgvo n. 81/2008) e, in alcuni casi, è accertata dal giudice penale (come si dirà in seguito).

Il sistema amministrativo di sorveglianza è organizzato su base nazionale in conseguenza dei principi derivanti della sentenza del 1979 della Corte di giustizia, nota col nome di «*Cassis de Dijon*»²², la quale ha ritenuto che i prodotti conformi ai requisiti tecnici di uno Stato possono circolare liberamente in tutti gli Stati comunitari, salvo limiti interni per motivi di salute e sicurezza o di ordine pubblico (art. 36 TFUE). È risultato pertanto consequenziale creare Autorità nazionali di vigilanza e controllo. La Commissione europea viene così a svolgere una funzione di "Regolatore" con scarsi poteri di intervento²³. Il sistema di recente ha presentato vistose falle, emerse a proposito dell'omologazione delle vetture, tanto che nella proposta di Regolamento del 27 gennaio 2016 sull'omologazione e vigilanza del mercato dei veicoli a motore è reso più efficiente ed è rafforzato il ruolo della Commissione. A livello comunitario è stato istituito un sistema di segnalazione alle Autorità degli altri Stati membri, denominato RAPEX²⁴.

²² Sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979 in causa n. 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, in *Raccolta*, 1979, p. 649 ss., EU:C:1979:42.

²³ V. decisione della Commissione n. 2010/15/Ue del 16 dicembre 2009, recante linee guida per la gestione del sistema comunitario d'informazione rapida (RAPEX) e della procedura di notifica di cui, rispettivamente, all'art. 12 e all'art. 11 della direttiva n. 2001/95/Ce relativa alla sicurezza generale dei prodotti, in *Gu-Ue* n. L 22 del 26 gennaio 2010, p. 1, ove, al punto 3.4.4, si afferma che, se necessario, la Commissione può svolgere un'indagine per valutare la sicurezza di un prodotto. L'indagine può essere svolta, in particolare, quando esistono seri dubbi sui rischi presentati dal prodotto notificato tramite l'applicazione RAPEX; v. anche, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, *20 azioni per rendere i prodotti più sicuri e conformi per l'Europa, un piano d'azione pluriennale per il controllo dei prodotti nell'UE*, Com(2013)76 final.

²⁴ L'art. 20 del Regolamento (Ce) n. 765/2008, *cit. supra*, nota 21, impone ai fabbricanti il richiamo dei prodotti che «presentano un grave rischio per gli utilizzatori». I criteri per la determinazione del «rischio grave» sono declinati dalla decisione della Commissione del 16 dicembre 2009, recante linee guida per la gestione del sistema comunitario d'informazione rapida (RAPEX), *cit. supra*, nota 23.

È istituito presso il Ministero dello Sviluppo economico, in attuazione del Regolamento (Ce) n. 764/2008, il Punto di Contatto Italiano che coordina il funzionamento del sistema a livello nazionale. Il Punto è alimentato dalle segnalazioni e dalle c.d. "reazioni" (qualora il prodotto pericoloso venga reperito sul territorio nazionale) trasmesse da altri uffici del Ministero stesso o dalle altre amministrazioni (ad esempio Ministero della salute, Ministero dei trasporti), che effettuano la vigilanza del mercato sui prodotti di propria competenza.

L'Autorità comunica alla Commissione europea l'elenco delle amministrazioni deputate ai controlli. Queste possono procedere a verifiche, richiesta di informazioni o di aggiornamento delle avvertenze sulle confezioni dei prodotti, prescrizioni sull'adeguamento del prodotto.

L'attività di sorveglianza e controllo del mercato è svolta dall'Autorità, sia a seguito di segnalazioni di consumatori sia in base a denunce provenienti dal mercato sia di propria iniziativa. Vieta la commercializzazione dei prodotti *pericolosi*²⁵ quando accerta, ai sensi dell'art. 20 del Regolamento (Ce) n. 765/2008 e della Comunicazione della Commissione del 16 dicembre 2009 (RAPEX), che i prodotti «presentano un grave rischio per gli utilizzatori».

La procedura consta di una prima valutazione della fondatezza della denuncia e di una istruttoria con la possibile richiesta di acquisizione di ulteriore materiale o di effettuazione di *test* da parte di enti indipendenti.

Il procedimento seguito deve assicurare il regolare contraddittorio e l'esercizio dei diritti di difesa²⁶; deve inoltre essere conforme ad una procedura precedentemente adottata (art. 108, comma 3 *bis*) che indica le regole per l'impugnazione dei provvedimenti (art. 6, dlgo n. 17/2010). I provvedimenti amministrativi resi dall'Autorità devono essere motivati (art. 108 del Codice del consumo).

L'Autorità di sorveglianza (art. 106 del Codice del consumo) assicura la gestione dei reclami dei consumatori e svolge le necessarie istruttorie, emettendo, se del caso, provvedimenti prescrittivi interinali (art. 109 del Codice del consumo).

2. La normativa sulla sicurezza delle «macchine»

L'Autorità (v. art. 6 del dlgo n. 17/2010) opera un controllo sulla rispondenza di una «macchina» marcata CE ai requisiti essenziali di sicurezza previsti dalla normativa. Nella UE è, infatti, permesso l'uso e la circolazione di «macchine» solo se marcate CE e rispecchiano i RES. In tal modo si raggiunge l'obiettivo di elevare e armonizzare il livello di sicurezza delle medesime e di rendere efficiente il funzionamento del mercato.

L'art. 70 del dlgo n. 81/2008²⁷, confermando la precedente normativa, prevede, al primo comma, l'obbligo di rispondenza della medesima al-

²⁵ V. art. 6 del dlgo n. 17/2010, *cit. supra*, nota 4.

²⁶ V. art. 21 del Regolamento (Ce) n. 765/2008, *cit. supra*, nota 21, che assegna un termine minimo di 10 giorni per le difese.

²⁷ Il novellato art. 70 del dlgo n. 81/2008 (T.U. sulla sicurezza del lavoro) dall'art. 43 del dlgo n. 106/2009, prevede che l'organo di vigilanza competente informi l'Autorità Nazionale di sorveglianza del mercato. Questa avvisa il Ministero dello Sviluppo Economico che apre la

le disposizioni legislative; al secondo comma, l'obbligo per le macchine poste in commercio prima della normativa comunitaria pertinente di osservare, comunque, la normativa dell'allegato V; al quarto comma²⁸ la norma prevede l'obbligo degli organi di vigilanza di avvisare l'Autorità nazionale di sorveglianza del mercato di eventuali irregolarità delle macchine sotto il profilo antinfortunistico, dando prescrizioni (comma terzo, lett. a.), al datore di lavoro e al fabbricante qualora, alla conclusione dell'accertamento tecnico effettuato dall'Autorità nazionale di sorveglianza del mercato risulti la non conformità dell'attrezzatura a uno o più requisiti di sicurezza previsti dalle disposizioni legislative o regolamentari.

Si è osservato²⁹ che la nuova formulazione del comma 4 dell'art. 70 consacra definitivamente la competenza esclusiva dell'Autorità nazionale di sorveglianza del mercato in materia di valutazione di conformità delle «macchine» e delle attrezzature di lavoro ai requisiti essenziali di sicurezza allorché si tratti di adottare prescrizioni. Infatti è tale Autorità che stabili-

procedura formale. La segnalazione viene presa in considerazione dal Comitato interministeriale che affida l'accertamento tecnico al Gruppo di Lavoro Accertamenti tecnici (GLAT), composto da rappresentanti del MISE, del MLPS (Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali), dell'INAIL-ISPEL e del Coordinamento tecnico delle Regioni. In seno al GLAT viene formulato collegialmente il parere sulla base di quello espresso dal funzionario incaricato degli accertamenti. Viene inoltre tenuto conto dei pareri già espressi in casi simili e, nella misura del possibile, come prassi, viene fatto riferimento alle autorevoli documentazioni tecniche esistenti, fra le quali, le norme armonizzate. Se la segnalazione viene ritenuta incompleta il MISE (Ministero Sviluppo Economico) chiede verifiche e integrazioni all'organo di vigilanza che ha fatto la segnalazione o informazioni al fabbricante. Il GLAT può (unica autorità amministrativa abilitata a farlo) richiedere al costruttore il Fascicolo Tecnico. All'esito viene emessa la decisione formale. L'art. 70 in parola chiarisce che la procedura contro il fabbricante è poi eseguita dall'ASL solo dopo la decisione dell'Autorità competente per la sorveglianza del mercato che abbia effettivamente riscontrato una non conformità della macchina, ciò al fine di evitare che organi locali emettano decisioni diverse.

Nell'ambito del procedimento l'Autorità è solita richiedere al costruttore l'elenco delle macchine del tipo di quella oggetto di verifica immesse sul mercato ed i nominativi dei clienti-acquirenti, in secondo luogo le azioni intraprese dal costruttore per eliminare la non conformità contestata, il che fa chiaramente intendere che l'esito del procedimento può essere certamente influenzato dal comportamento che sarà stato tenuto dal costruttore successivamente all'avvio della procedura.

La procedura è ora regolata dall'art. 6 del dlgs n. 17/2010, *cit. supra*, nota 4.

Va rilevato che se il vizio è palese l'Autorità di Vigilanza è tenuta a dare immediate prescrizioni, se è occulto deve procedere ad approfondimenti tecnici. Verificati questi può disporre i necessari provvedimenti. I controlli dell'INAIL e delle ASL sono previsti nel d.m. 11 aprile 2011.

²⁸ Dispone il quarto comma dell'art. 70 del dlgs n. 81/2008: «qualora gli organi di vigilanza, nell'espletamento delle loro funzioni ispettive, in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, accertino che un'attrezzatura di lavoro messa a disposizione dei lavoratori dopo essere stata immessa sul mercato o messa in servizio ai sensi della direttiva di prodotto, in tutto o in parte, risulta non rispondente a uno o più requisiti essenziali di sicurezza previsti dalle disposizioni legislative e regolamentari di cui al comma 2, ne informano immediatamente l'Autorità nazionale di sorveglianza del mercato competente per tipo di prodotto».

²⁹ E. BENEDETTI - A. ODDO - R. PETRINGA NICOLSI, *La sicurezza delle macchine e attrezzature di lavoro*, Milano, Ipsa, 2011, p. 112.

sce la rispondenza della macchina ai requisiti predetti; gli organi di vigilanza (che danno attuazione ai suoi provvedimenti) non potrebbero diversamente stabilire.

L'art. 71 del dlgs n. 81/2008 prevede, al comma ottavo, l'obbligo di verifiche iniziali, periodiche e straordinarie per le macchine e, secondo determinate modalità, verifiche periodiche per le macchine di cui all'allegato VII.

Dunque, tale disciplina³⁰ attribuisce all'autorità amministrativa l'accertamento della rispondenza dei requisiti di sicurezza della macchina a quelli normativi, organizzando una struttura verticistica³¹. Questo sistema consente di utilizzare la specifica competenza tecnica di enti specializzati e di elevata competenza tecnica che devono interpretare i RES alla luce delle norme tecniche armonizzate di riferimento.

A norma dell'art. 302 *bis*, dlgs n. 81/2008, gli organi territoriali di vigilanza possono emettere «*disposizioni esecutive*» ai fini dell'applicazione delle norme tecniche e della buona prassi qualora ne riscontrino la non corretta adozione, interpretando le norme di riferimento. La disposizione dell'art. 302 *bis* presuppone: *a.* l'adozione volontaria di norme tecniche; *b.* l'esame di tali norme in sede di verifica.

L'organo territoriale di vigilanza indica così l'ortodossa applicazione delle norme tecniche se non si realizza la violazione di una disposizione costituente reato, diversamente emana una prescrizione obbligatoria e invia il rapporto al Pubblico ministero per l'azione penale³².

La prescrizione dell'art. 302 *bis* è unicamente impugnabile in via gerarchica. L'art. 25 del dlgs n. 758/1994 abilita gli organi di vigilanza ad emanare «*prescrizioni obbligatorie*» con funzioni di polizia giudiziaria allorché le violazioni costituiscono reato³³.

³⁰ Lo stesso vale per i prodotti destinati ai consumatori; v. *i considerando* da n. 22 a n. 24 della direttiva n. 2001/95/Ce, *cit. supra*, nota 11.

³¹ Sulla competenza dell'Autorità nazionale di sorveglianza del mercato a statuire sui requisiti di sicurezza di una macchina, v. FEDERMACCHINE, *Sicurezza delle macchine e testo unico: guida applicata per i costruttori*, 2009, all. 5. *Ivi* si precisa che: «l'attivazione del costruttore per eliminare i difetti di conformità e la non corretta applicazione dei Requisiti Essenziali di Sicurezza (RES.) sulle macchine commercializzate potrebbe essere sollecitata nell'ambito della procedura ministeriale ai sensi dell'art. 7 del DPR 459/1996. Infatti, è proprio quella la sede tecnica per verificare se le macchine rischiano di pregiudicare la sicurezza delle persone e quindi debbano essere ritirate temporaneamente dal mercato o se ne debba fare divieto di utilizzarle, non solo in territorio italiano, ma almeno teoricamente, in tutta l'Unione Europea (occorrendo, per una siffatta evenienza, che si attivino anche i corrispondenti Ministeri nazionali degli altri Paesi UE)».

³² Avverso la prescrizione speciale è prevista una fase oppositiva amministrativa di tipo gerarchico (II comma, art. 302 *bis*, dlgs n. 81/2008).

³³ Secondo questa normativa l'ASL procede all'avvio della procedura amministrativa ed alla segnalazione alla Procura della Repubblica se si è realizzato un reato. Il giudice penale ac-

Gli ispettori delle ASL possono poi emettere «*disposizioni*» ex art. 21, l. n. 833/78 e art. 10, dpr n. 520/55, da ritenersi atti amministrativi discrezionali a carattere generale (rispetto alle disposizioni particolari ex art. 302 *bis*).

Da questo quadro emerge quanto segue: *a.* il procedimento di verifica preventiva (appena dopo la messa in funzione della macchina), successiva (periodica), durante l'utilizzo, sulla rispondenza della macchina alla normativa antinfortunistica è demandato alle competenti autorità amministrative; *b.* le stesse procedono a: *i.* dare le prescrizioni immediate al datore di lavoro³⁴; *ii.* informare l'autorità giudiziaria penale allorché risulti la violazione di prescrizioni antinfortunistiche penalmente sanzionate; *iii.* informare l'Autorità nazionale di vigilanza³⁵.

3. La normativa penale

La giurisprudenza penale afferma che deve ritenersi la penale responsabilità del datore di lavoro in relazione ad un infortunio sul lavoro causato dall'uso di una «macchina» se essa, pur marcata CE, presenta un elevato rischio residuo in uno specifico contesto ambientale. Dunque, la potenzialità dannosa espressa dal prodotto va calata nello scenario fattuale concreto dell'ambiente di lavoro, per ivi effettuare la valutazione del medesimo³⁶. Da tale affermazione discende che il giudice penale accerta il rischio concreto immesso nello specifico ambiente di lavoro dalla macchina e il nesso causale tra questo, il pericolo specifico e l'evento, ritenendo il datore di

certa sostanzialmente se la prescrizione è stata adempiuta, ma non avviene in sede penale un sindacato della rispondenza della prescrizione alla normativa di riferimento.

³⁴ Gli organi di vigilanza attivano quindi le procedure previste dagli artt. 20 e 21 del dlgs n. 758/94. In particolare l'art. 20, recita: «l'organo di vigilanza, nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria di cui all'art. 55 del codice di procedura penale, impartisce al contravventore un'apposita prescrizione, fissando per la regolarizzazione un termine non eccedente il periodo di tempo tecnicamente necessario. Tale termine è prorogabile a richiesta del contravventore, per la particolare complessità o per l'oggettiva difficoltà dell'adempimento. In nessun caso esso può superare i sei mesi».

³⁵ v. FEDERMACCHINE, *Sicurezza delle macchine e testo unico: guida applicata per i costruttori*, cit. *supra*, nota 31.

³⁶ Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 2016, n. 40702, in *Cass. Pen.*, 2016, ove: «il datore di lavoro è responsabile delle lesioni patite dall'operaio, allorquando abbia consentito l'utilizzo di una macchina, la quale, pur astrattamente conforme alla normativa CE, per come assemblata ed in pratica utilizzata abbia esposto i lavoratori a rischi del tipo di quello in concreto realizzati (cfr. Sez. 4, n. 49670 del 23/10/2014, Rv. 261175). I marchi di conformità CE limitano infatti la loro efficacia (D.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, artt. 6 e 36) a rendere lecita la produzione, il commercio e la concessione in uso delle macchine che, caratterizzate dal marchio, risultano essere rispondenti ai requisiti essenziali di sicurezza previsti nelle disposizioni legislative e regolamentari vigenti, ma la dotazione di tali marchi non da ingresso ad esonerazione dalle norme generali del codice penale come è specificamente fatto chiaro anche dal testo del D.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, art. 35, comma 3, lett. b) e art. 37».

lavoro responsabile dell'illecito in quanto principale destinatario della normativa antinfortunistica. In presenza di un infortunio sul lavoro la rispondenza della macchina alla normativa CE diviene irrilevante, essendo diversi gli obblighi del fabbricante e del datore di lavoro³⁷.

Il giudice penale utilizza, pertanto, nell'infortunio sul lavoro, un concetto di sicurezza che gli consente di ritenere il datore di lavoro responsabile del sinistro in relazione al rischio eccessivo immesso in concreto nell'ambiente di lavoro (rischio che deve contenere entro livelli accettabili)³⁸ ed il fabbricante per violazione di regole cautelari specifiche o generiche (imperizia), ove questi versi in colpa, anche se la macchina è certificata CE, valutando il rischio globale concreto espresso dalla macchina. La certificazione CE è ritenuta efficace solo per assicurare l'armonizzazione dei requisiti tecnici di sicurezza (RES) e per consentire la circolazione nello spazio comunitario della macchina³⁹.

Le norme di cui sono destinatari datori di lavoro e fabbricanti sono pertanto diverse, cosicché la responsabilità del datore di lavoro non è tale da valutarsi come causa sopravvenuta che interrompe il nesso di causalità tra il prodotto pericoloso e il fatto dannoso. Del pari il datore di lavoro è responsabile dell'infortunio sul lavoro per non aver controllato la sicurezza della macchina, indipendentemente dalla presenza di un marchio CE sul prodotto⁴⁰.

³⁷ Il fabbricante certifica che la macchina è idonea alla commercializzazione; il datore di lavoro che non presenta rischi eccessivi una volta posta nell'ambiente di lavoro, Cass. pen., sez. IV, 12 dicembre 2014, n. 51781, in *Cass. Pen.*, 2014.

³⁸ Gli elementi che compongono la valutazione del rischio sono molteplici perché il datore di lavoro deve tener conto, oltre che del rischio espresso dalla macchina anche della formazione del dipendente addetto, delle istruzioni per l'uso fornite, del periodo di utilizzo della macchina, dei possibili errori che possono essere compiuti nell'uso.

³⁹ V. § 109 della *Guide to application on the machinery directive 2006/42/EC*, cit. *supra*, nota 9, che parla di «passaporto» offerto dal marchio CE per il libero transito dei prodotti all'interno dell'Unione europea.

⁴⁰ Cass. pen., sez. IV, 7 settembre 2011, n. 33285, in *Cass. Pen.*, 2011; Cass. pen., sez. IV, 23 febbraio 2010, n. 7294, in *Cass. Pen.*, 2010; Cass. pen., sez. III., 14 ottobre 2005, n. 37408, in *Cass. Pen.*, 2005, ove si afferma che la normativa tecnica comunitaria ha, in sostanza, introdotto un «minimum tecnologico obbligato comune». In dottrina, A. ALBANESE, *La sicurezza generale dei prodotti e la responsabilità del produttore nel diritto italiano ed europea*, cit. *supra*, nota 19, p. 977; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 225. Tale ragionamento si basa sul fatto che le norme tecniche rappresentano un sistema normativo amministrativo che può non essere sufficiente allorché si verifica un danno alla persona. Si è tuttavia osservato che nella responsabilità da prodotto le norme tecniche costituiscono un parametro fondamentale per valutare il livello di sicurezza dei beni e forniscono uno *standard* che sintetizza lo stato dell'arte su quel tipo di rischio: cfr. U. CARNEVALI, *Rilevanza giuridica delle norme tecniche*, Atti del Convegno, Milano del 21 febbraio 2006, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano con il patrocinio della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del CNEL (Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro), reperibile sul sito internet, <https://www.voltimum.it/articolo/notizie-tecnico-normative/la-rilevanza>.

Quanto ai RES, il dlgo n. 758/1994 sembra raccordare i ruoli delle autorità amministrative e del giudizio penale: ne consegue che⁴¹ il procedimento amministrativo, la cui completezza il giudice è tenuto ad accertare d'ufficio, configura una condizione di procedibilità dell'azione penale⁴².

4. La presunzione di conformità assicurata dalle norme sulla sicurezza e dalle norme armonizzate

La corretta apposizione del marchio CE sul prodotto consente al medesimo di circolare nel mercato comunitario, assistito da una presunzione di conformità alle pertinenti norme tecniche.

Gli *standard* armonizzati godono infatti, sino a prova contraria, di tale presunzione, limitatamente al rischio che intendono coprire. Essi sono generalmente valutati come stato dell'arte tecnologico.

Sul valore delle norme armonizzate interviene la Comunicazione della Commissione, *La guida blu all'attuazione della normativa UE sui prodotti*⁴³, ove, alla nota 16, traendo spunto dalla giurisprudenza comunitaria, precisa che la presunzione di conformità delle norme armonizzate assicura una riduzione della probabilità del verificarsi del danno, qui inteso come rischio residuo. Conferma l'assunto l'art. 3, punto n. 4 della direttiva n. 2001/95/Ce che afferma che: «la conformità di un prodotto ai criteri volti a garantire l'obbligo generale di sicurezza, in particolare alle disposizioni di cui ai paragrafi 2 o 3, non vieta alle autorità competenti degli Stati membri di adottare le opportune misure per limitarne l'immissione sul mercato o chiederne il ritiro dal mercato o il richiamo qualora, nonostante tale conformità, il prodotto si riveli pericoloso»⁴⁴.

Negli USA gli *standard* federali di sicurezza per le vetture rappresentano un limite minimo (v. art. 49, *US Code*, section 30102, § 10: «"motor vehicle safety standard" means a *minimum standard* for motor vehicle or motor vehicle equipment performance», tuttavia difficilmente il giudice si discosta da essi in quanto attribuisce loro il miglior livello della scienza, salvo non li ritenga obsoleti. Quindi, quand'anche la norma non sia ritenuta il livello massimo di sicurezza essa costituisce un metro di valutazione particolarmente attendibile che, per essere disatteso, necessita di adeguata prova contraria (in questo senso il celebre caso *Reyes vs. Wyeth Laboratories*, in 498, *F 2d*, 5th *Circ.*, 1974, ove si ritenne insufficiente lo *standard* dello Stato e necessarie informazioni specifiche al consumatore.

⁴¹ Cass. pen., sez. III, 3 novembre 2014, n. 45228, in *Cass. Pen.*, 2014.

⁴² Cass. pen., sez. III, 4 ottobre 2007, n. 43825, in *Cass. Pen.*, 2007.

⁴³ *Cit. supra*, nota 9.

⁴⁴ V., anche, art. R 33, decisione n. 768/2008/Ce, *cit. supra*, nota 20; v., inoltre, art. 42 del dlgo n. 128 del 22 giugno 2016 sulle apparecchiature radio, che precisa che una apparecchiatura pur conforme alla normativa potrebbe presentare un rischio per la salute e sicurezza delle persone.

In tal caso si ravvisa una carenza della norma tecnica la quale, applicata ad un determinato prodotto non soddisfa più i criteri di sicurezza voluti dal legislatore, ad esempio perché la tecnologia del prodotto ha superato la norma. Va, comunque, aperto un procedimento di revisione della norma sotto il profilo amministrativo.

Nel panorama giurisprudenziale civilistico non mancano decisioni che valorizzano la presunzione di conformità della norma tecnica alla pertinente normativa nel giudizio risarcitorio⁴⁵ sino a prova contraria elevando la norma a stato dell'arte tecnologico ed altre, di segno opposto⁴⁶, che ritengono le norme tecniche meri riferimenti di valore amministrativo.

Alcune decisioni non affrontano il tema della presunzione di conformità, ma affermano che, con tale normativa, si è, in sostanza, introdotto un «*minimum tecnologico*»⁴⁷.

Il tema è stato esaminato approfonditamente dalla giurisprudenza che si è occupata del danno da immissioni acustiche non tollerabili⁴⁸.

⁴⁵ Cfr. Cass. civ., sez. II, 23 gennaio 2007, n. 1391, in banca dati *Juris data*. Si è ritenuto che esigenze di certezza e armonizzazione giuridica portino ad assumere che le norme tecniche, e in particolare quelle armonizzate, costituiscono un parametro fondamentale per valutare il livello di sicurezza dei prodotti. Esse, infatti, forniscono uno *standard* che sintetizza lo stato dell'arte su quel tipo di rischio. Questo *standard* costituisce una valutazione affidabile che consente la circolazione del prodotto conforme nel mercato comunitario ed un criterio utilizzabile dal giudice ai fini della valutazione della responsabilità da prodotto, v. U. CARNEVALI, *Rilevanza giuridica delle norme tecniche*, cit. *supra*, nota 40. Corte cost., 10 marzo 1997, n. 61, in banca dati *Juris data*, afferma che «la Corte è dell'avviso che vanno intese per norme tecniche quelle prescrizioni che vengono elaborate generalmente sulla base dei principi desunti dalle c.d. "scienze esatte" o dalle arti che ne sono applicazione (come, ad esempio, le prescrizioni che individuano standard qualitativi o metodologie di rilevazione dati e/o di trattamento materiali)».

⁴⁶ Cfr. Trib. Rimini, 31 dicembre 2008, in *Danno e resp.*, 2009, p. 432. Anche in Trib. Pisa, 16 marzo 2011, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 2094; in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2012, 2, p. 148; in *Danno e resp.*, 2012, p. 67, viene svalutato il fatto che il prodotto (motociclo) fosse rispondente al pertinente Regolamento UN ECE e si afferma che la normativa tecnica ha rilevanza solo ai fini dell'omologazione del prodotto. Nel caso di specie non pare vi fosse una norma tecnica sulle modalità di aggancio del serbatoio al telaio, per cui non è conferente il richiamo alle norme di omologazione. Probabilmente il riferimento è allo stato dell'arte.

⁴⁷ Cass. pen., sez. IV, 28 ottobre 2015, n. 43425, in *Cass. pen.*, 2015, precisa: «questa Corte Suprema ha avuto modo di precisare che le disposizioni che hanno dato attuazione alle "Direttive macchine" dell'Unione Europea, pur indicando le prescrizioni di sicurezza necessarie per ottenere il certificato di conformità e il marchio CE richiesti per immettere il prodotto nel mercato, non escludono ulteriori profili in cui si possa sostanziare il complessivo dovere di garanzia di coloro che pongono in uso il macchinario nei confronti dei lavoratori, che sono i diretti utilizzatori delle macchine stesse, non potendo costituire motivo di esonero della responsabilità l'aver ottenuto il costruttore della macchina la certificazione CE e di aver rispettato le prescrizioni a tal fine necessarie». La Corte conclude che il datore di lavoro deve attuare una gestione della sicurezza adeguata al sito e che tale valutazione spetta al medesimo, quantunque la macchina utilizzata sia conforme alla normativa di riferimento.

⁴⁸ Anche se non pare esservi dubbio sul fatto che le norme tecniche operano solo sul piano dei rapporti tra fabbricante e Pubblica Amministrazione (Corte cost., 24 marzo 2011, n. 103, in banca dati *Juris data*; Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2015, n. 20927, in *Danno e resp.*, 2016, p. 22), pur tuttavia rimane valida la considerazione che esse (sia pure espressione della

Il giudice ordinario conosce del problema del risarcimento del danno, o dell'indennizzo ex art. 844 c.c., anche in presenza del non superamento delle norme amministrative, tuttavia non può sindacare le regole amministrative.

Rimangono su piani paralleli le due normative: quella tecnico-amministrativa e quella civile.

Ove però si esamini se il prodotto ha un difetto occorre pur sempre disporre di indici di riferimento obiettivi, nel qual caso, valutando la diligenza del fabbricante nel progettare o costruire un prodotto la norma tecnica offre un parametro di valutazione spesso insostituibile (v. nota 40).

5. L'ordinanza in commento

A questo punto, venendo all'ordinanza in commento, se il procedimento valutativo avviene in ambito amministrativo, rimane sottoposto alla discrezionalità tecnico-amministrativa della Pubblica Amministrazione e nulla potrebbe dire il CTU al riguardo. Il comma quarto dell'art. 70 del dlgs n. 81/2001 (nota 28) chiarisce che l'organo di vigilanza è competente ad accertare la non rispondenza della macchina ai RES ed è abilitato ed emettere provvedimenti prescrittivi e dispositivi.

L'ordinanza in commento ritiene non condivisibile l'eccezione di carenza di giurisdizione formulata dal costruttore della macchina il quale rilevava che il giudice ordinario era incompetente relativamente ad un accertamento tecnico volto a stabilire i requisiti di sicurezza di una macchina (RES); tuttavia, soppesa attentamente tale eccezione.

Rileva che l'eccezione avrà maggior valore nel giudizio di merito e che il problema pone la soluzione di quesiti che esulano dalle indagini di natura tecnica. Rileva altresì che questa prospettazione induce, in fase di accertamento tecnico, a riformulare il quesito in modo che non sia contaminato da elementi appartenenti alla sfera della discrezionalità amministrativa.

potestà tecnico-discrezionale amministrativa) costituiscono un attendibile parametro scientifico di riferimento anche per il diritto positivo, Cass. civ., sez. III, 7 ottobre 2016, n. 20198, in *Danno e resp.*, 2017, p. 172.

Si è affermato che: «nel quadro della vigilanza del mercato viene spesso controllata la conformità dei prodotti di consumo ai valori limite o alle prescrizioni stabiliti dalla legislazione e dalle norme di sicurezza in vigore. I prodotti conformi a questi valori o a queste prescrizioni sono considerati sicuri in quanto presentano le caratteristiche di sicurezza che vi sono definite. Questa presunzione si fonda sul fatto che i valori limite e le prescrizioni sono stabiliti tenendo conto dei rischi che presenta un prodotto quando l'uso che se ne fa è quello cui esso è destinato e che è ragionevolmente prevedibile. I fabbricanti devono quindi fare in modo che i loro prodotti siano conformi a tali valori o prescrizioni e poi prendere in considerazione i rischi di cui questi valori o prescrizioni non tengono conto», decisione della Commissione n. 2010/15/UE del 16 dicembre 2009, recante linee guida per la gestione del sistema comunitario d'informazione rapida (RAPEX), *cit. supra*, nota 23.

Il Giudicante, considerando la natura del provvedimento sommario con finalità transattiva, si pone come unico limite quello del rispetto dell'onere della prova, al fine di evitare che al CTU sia posto un quesito meramente esplorativo. Lascia in sospeso cosa possa accadere nel giudizio di merito allorché verrà soppesato il valore della CTU e non vi saranno le esigenze della composizione transattiva della insorgenda lite.

In queste fasi se fossero formulati giudizi sui requisiti essenziali di sicurezza della macchina verrebbero a nostro giudizio illegittimamente interpretate dal giudice ordinario norme attinenti la discrezionalità tecnica/amministrativa della Pubblica Amministrazione.

Gian Franco Simonini*

SINTESI

È frequente che una «macchina» causi una lesione al suo utilizzatore o, comunque, non sia conforme alle norme antinfortunistiche. Anche in quest'ultimo caso, pur in assenza di un danno, l'uso o la circolazione del prodotto potenzialmente insicuro, collide con la politica comunitaria volta ad armonizzare le norme sulla sicurezza dei prodotti. Delle norme sulla sicurezza fanno parte i RES (Requisiti Essenziali di Sicurezza). Il Giudice penale, quando accerta che una «macchina» non è sicura, accerta la violazione da parte del datore di lavoro di una norma cautelare. Il Giudice civile accerta invece un danno causato da un prodotto che provoca un effetto lesivo anomalo e sorprendente. Entrambi questi Giudici non possono però sindacare nel merito la valutazione tecnico discrezionale dell'Autorità nazionale di vigilanza dei prodotti sul mercato perché essa è di competenza di un organo amministrativo specializzato né possono effettuarla essi stessi. I piani di controllo sono pertanto paralleli, ma non si sovrappongono.

ABSTRACT

In Italy the functions of the «Autorità nazionale di vigilanza» are exercised by both «Ministero delle attività produttive» and the «Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali». The Authority deals with the evaluation of the essential technical safety requirements of the machines envisaged by the safety legislation (directive 2006/42/Ec). The technical requirements as assessed by the Authority cannot be reviewed or carried out by any Judge, either civil or criminal.

* Avvocato / Foro di Modena; Docente a contratto / Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

GLI AIUTI DI STATO AGLI AEROPORTI E ALLE COMPAGNIE AEREE NEI NUOVI ORIENTAMENTI DELLA COMMISSIONE EUROPEA

Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree*

(*Omissis*)

8. Disposizioni finali (*Omissis*)

8.6. Applicazione

171. I principi dei presenti orientamenti si applicano dal 4 aprile 2014 e sostituiscono gli orientamenti sul trasporto aereo del 1994 e del 2005 da tale data.

172. Alla luce degli sviluppi del settore del trasporto aereo e in particolare della sua liberalizzazione, la Commissione ritiene che le disposizioni della sua comunicazione relativa alla determinazione delle norme applicabili per la valutazione degli aiuti di Stato concessi illegalmente¹⁰² non devono applicarsi ai casi pendenti di aiuti al funzionamento illegali concessi ad aeroporti prima del 4 aprile 2014. La Commissione applicherà invece i principi contenuti nei presenti orientamenti a tutti i casi relativi ad aiuti al funzionamento (notifiche pendenti e aiuti illegali non notificati) ad aeroporti anche se l'aiuto è stato concesso prima del 4 aprile 2014 e dell'inizio del periodo transitorio.

173. Per quanto riguarda gli aiuti agli investimenti agli aeroporti, la Commissione applica i principi di cui ai presenti orientamenti a tutte le misure di aiuto agli investimenti notificate in merito alle quali è chiamata a prendere una deci-

* Comunicazione della Commissione, in *Gu-Ue* n. C 99 del 4 aprile 2014, p. 3 ss. Il testo integrale è reperibile sul sito internet <http://eur-lex.europa.eu>. In argomento v. *infra*, p. 649 ss., il contributo di *MARCO PINARDI*.

¹⁰² Comunicazione della Commissione relativa alla determinazione delle norme applicabili alla valutazione di aiuti di Stato illegali, in *Guce* n. C 119 del 22 maggio 2002, p. 22 ss.

sione a decorrere dal 4 aprile 2014, anche se i progetti sono stati notificati prima di tale data. In conformità alla comunicazione della Commissione relativa alla determinazione delle norme applicabili alla valutazione degli aiuti di Stato illegalmente concessi, la Commissione applicherà agli aiuti agli investimenti illegali agli aeroporti le norme in vigore all'epoca in cui l'aiuto è stato concesso. Di conseguenza, essa non applicherà i principi di cui ai presenti orientamenti nel caso di aiuti agli investimenti illegali agli aeroporti concessi dopo il 4 aprile 2014.

174. Per quanto riguarda gli aiuti all'avviamento a compagnie aeree, la Commissione applica i principi di cui ai presenti orientamenti a tutte le misure di aiuto all'avviamento notificate in merito alle quali è chiamata a prendere una decisione a decorrere dal 4 aprile 2014, anche se le misure sono state notificate prima di tale data. In conformità alla comunicazione della Commissione relativa alla determinazione delle norme applicabili alla valutazione degli aiuti di Stato illegalmente concessi, la Commissione applicherà agli aiuti all'avviamento alle compagnie aeree illegalmente concessi le norme in vigore all'epoca in cui l'aiuto è stato concesso. Di conseguenza, essa non applicherà i principi di cui ai presenti orientamenti nel caso di aiuti all'avviamento illegalmente concessi alle compagnie aeree a decorrere dal 4 aprile 2014.

(Omissis)

AIUTI DI STATO: IL SETTORE DEL TRASPORTO AEREO DOPO "BREXIT"

Sommario: **1.** *Premessa* - **2.** *La disciplina degli aiuti di Stato* - **3.** *Gli aiuti di Stato nel settore del trasporto aereo* - **4.** *Gli aiuti agli aeroporti regionali: il caso Sardegna* - **5.** *Gli aiuti di Stato nello scenario post "Brexit"* - **6.** *Il futuro dell'aviazione europea dopo la "Brexit": ipotesi possibili.*

1. Premessa

In un momento storico caratterizzato da una forte instabilità politica che presta il fianco all'ombra del terrorismo, la Comunità europea è chiamata a rispondere ai numerosi interrogativi che colpiscono l'economia degli Stati membri.

Il presente contributo tenta di ricostruire la complessa disciplina degli aiuti di Stato nel settore dell'aviazione alla luce dei recenti sviluppi politici in Europa. Nelle pagine seguenti, dopo aver analizzato gli ultimi anni dell'aviazione civile comunitaria, si affrontano i possibili aspetti di rilievo e le potenziali applicazioni in materia visto che le compagnie aeree, così come i cittadini comunitari e britannici, s'interrogano sugli sviluppi del mercato dell'aviazione e sulla possibile incidenza delle votazioni di Londra sul futuro dello stesso.

2. La disciplina degli aiuti di Stato

Gli artt. 107-109 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea¹ vietano ogni intervento statale economicamente rilevante e dunque idoneo

¹ A livello comunitario, la disciplina normativa degli aiuti di Stato è dettata inizialmente dal Trattato istitutivo della Comunità europea, che ne stabilisce i principi fondamentali, ai

a determinare un pregiudizio al commercio fra Stati e una violazione delle regole antitrust con finalità orientate a garantire un regime di libera concorrenza all'interno del mercato europeo².

La disciplina degli aiuti di Stato mira a trovare un punto di equilibrio per assicurare e garantire un regime di libera concorrenza all'interno del mercato e assicurare l'esigenza degli Stati di decidere della propria politica economica³, il tutto attraverso norme che tendono a coinvolgere le scelte di politica economica degli Stati stessi. Sul punto però occorre sottolineare come gli aiuti degli Stati alle imprese possono costituire un decisivo fattore di discriminazione nella misura in cui le misure dirette ad agevolare alcune imprese e a sostenere alcuni fattori della produzione possono produrre distorsioni alla concorrenza e pregiudizio al libero flusso degli scambi interstatali⁴.

Tale disciplina coinvolge qualsiasi forma d'incentivo la cui erogazione può produrre un vantaggio economico alle imprese che ne beneficiano e arrecare un danno alle altre; il beneficiario può, infatti, essere qualsiasi impresa presente sul mercato dei beni e dei servizi e quindi ogni ente economicamente rilevante, sia pubblico sia privato, mentre sono esclusi tutti gli enti che non esercitano attività economicamente rilevanti⁵.

quali si aggiungono i vari regolamenti ed interventi normativi emanati dagli organi comunitari in attuazione dello stesso; oltre alle numerose pronunce della Corte di giustizia e decisioni della Commissione europea, che compongono il complessivo impianto disciplinare della materia. La disciplina degli aiuti di Stato si inserisce nel più generale contesto della normativa sulla concorrenza dato che, complessivamente, perseguono lo scopo di garantire il libero spingersi della concorrenza nei mercati.

² A. VALVO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione Europea*, Enna, Amon, 2011, p. 70 ss.: «il Trattato, agli artt. 107-109 TFUE, pone alcuni limiti al potere degli Stati membri di regolamentare i fattori economici nella misura in cui gli interventi pubblici possono alterare il libero gioco della concorrenza sul mercato».

³ G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 268 ss.: «per tale motivo il divieto imposto dall'art. 107 TFUE non è assoluto e incondizionato, esso si limita a porre un principio generale di incompatibilità degli aiuti, soggetto tuttavia a deroghe di varia natura, alcune espressamente previste, altre rimesse alla valutazione caso per caso delle istituzioni dell'Unione: in primo luogo della Commissione, che gode in merito di un ampio potere discrezionale, e anche del Consiglio, che ha facoltà di ammettere aiuti in deroga».

⁴ E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Collana di studi sull'integrazione europea, Bari, Cacucci, 2015, p. 141 ss.: «tali interventi sono sottoposti a particolare monitoraggio considerata la comprensibile tendenza degli Stati ad utilizzare le relative misure per proteggere alcuni settori produttivi o aziende difficilmente in grado di competere autonomamente sul mercato».

⁵ La nozione di impresa rilevante per l'applicazione delle norme del Trattato sulla concorrenza è piuttosto ampia e riferibile a qualsiasi attività economicamente rilevante e, dunque, a qualsiasi ente che offra beni e servizi sul mercato e sia potenzialmente idoneo ad incidere sulla concorrenza; a prescindere dalla dimensione o dalla natura pubblica o privata dell'impresa. In particolare, nella sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1962 in cause riunite n. 17 e n. 20/61, *Klockner-Werke-AG e Hoesch AG c. Alta Autorità della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, la Corte ha chiarito che «l'impresa consiste in un complesso unitario di

L'art. 107 TFUE secondo cui «Salvo deroghe contemplate dai Trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza» pone un divieto che riguarda solo gli aiuti che risultino contrari alle regole del mercato a seguito di un controllo effettuato dalla Commissione. La citata norma non ha effetti diretti⁶ e non può essere invocata dal singolo dinanzi al giudice nazionale e l'aiuto «può essere mantenuto dallo Stato, nonostante la sua presumibile incompatibilità, finché la Commissione non decida in merito»⁷.

Il TFUE non ci fornisce una definizione di «aiuto di Stato» in quanto dall'art. 107 non è ricavabile un'indicazione in tal senso, consentendo così una genericità che permette di farvi rientrare un'ampia gamma di provvedimenti difficilmente determinabili in astratto con sufficiente precisione; provvedimenti che solo nella prassi è possibile accertare, tenendo conto delle molteplici modalità attraverso cui si manifestano e dei diversi effetti a essi riconducibili.

Tale nozione è così ampia da andare ben oltre quella di sovvenzione vera e propria, dato che vale a designare non solo quegli "aiuti" che tecnicamente potrebbero rientrare nel *genus* delle sovvenzioni, ma anche tutte quelle "sovvenzioni" che, in vari modi e forme, siano in grado di ridurre i costi che fisiologicamente dovrebbero gravare sul bilancio di una impresa e che, quindi, pur non essendo qualificabili come sovvenzioni in senso tecnico sono in grado di produrne di fatto gli stessi effetti⁸. In via generale,

elementi personali, materiali e immateriali facenti capo a un soggetto giuridico autonomo e diretto in modo durevole al perseguimento di un determinato scopo economico», in *Raccolta*, 1962, p. 601 ss., EU:C:1962:30.

⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 22 marzo 1977 in causa n. 78/76, *Steinike & Weinlig c. Repubblica federale di Germania*, in *Raccolta*, 1977, p. 595, EU:C:1977:52: «Il Trattato, prevedendo all'art. 93 l'esame permanente e il controllo degli aiuti da parte della Commissione, ha inteso stabilire che il riconoscimento dell'eventuale incompatibilità di aiuto col mercato comune risulti, sotto il controllo della Corte di Giustizia, da un adeguato procedimento di competenza della Commissione. I singoli non possono, quindi, in forza del solo art. 92, contestare la compatibilità di un aiuto col diritto comunitario avanti ai giudici nazionali, né chiedere a questi ultimi di pronunciarsi, in via principale o incidentale, su un'eventuale incompatibilità. Detta possibilità è offerta dal momento che le disposizioni di cui all'art. 92 si siano concretate in atti di carattere generale, ai sensi dell'art. 94, ovvero in decisioni, nei casi particolari contemplati dall'art. 93 n. 2» (massima n. 1).

⁷ G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, cit. supra, nota 3, 2016, p. 377 ss.

⁸ La Corte di giustizia con sentenza del 15 marzo 1994 in causa n. C-387/92, *Banco Exterior de Espana SA c. Ayuntamiento de Valencia*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 902, EU:C:1994:100, ha affermato: «I. Costituisce aiuto statale, ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato, un provvedimento mediante il quale le pubbliche autorità accordino a determinate imprese un'esenzione fiscale la quale, pur non implicando un trasferimento di risorse da parte dello Stato, collochi i beneficiari in una situazione finanziaria più favorevole di quella degli altri soggetti tributari

è possibile indicare che per aiuto di Stato s'intende qualsiasi trasferimento di risorse (pubbliche) a favore di attività imprenditoriali che, sostanzian-dosi in un vantaggio economico, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.

In particolare, la Commissione ha indicato una serie di misure qualificabili come aiuti di Stato e le ha così individuate: sovvenzioni, rimborsi, esenzioni da imposte e tasse, concessione di prestiti a condizioni particolarmente favorevoli, fornitura di beni o servizi a tariffe preferenziali, sovvenzioni per il ripianamento di perdite di gestione o qualsiasi misura che abbia un effetto equivalente⁹. Vi rientrano anche «tutte le misure che in varie forme alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono i medesimi effetti»¹⁰.

Alla luce di quanto affermato è chiaro come l'art. 107 TFUE stabilisca l'incompatibilità con il mercato interno degli aiuti concessi dagli Stati alle imprese, non già in senso assoluto ma nella misura in cui influenzino gli scambi tra Stati membri o avvantaggino alcune imprese e siano quindi idonei a falsare o minacciare di falsare la concorrenza, creando una situazione di vantaggio per alcune imprese a danno di altre imprese concorrenti¹¹.

È lo stesso art. 107 che contiene le principali deroghe al predetto principio e, tra le quali possiamo menzionare gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, quelli destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali, gli aiuti volti allo

passivi. 2. La distinzione tracciata dall'art. 93 del Trattato [Cee] tra aiuti esistenti e nuovi aiuti è altresì valevole per gli aiuti concessi dagli Stati a imprese pubbliche incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o che presentano il carattere di un monopolio fiscale, rientranti nelle previsioni dell'art. 90, n. 2. Ne consegue che un tale aiuto, quando abbia carattere di aiuto esistente, può, fino a quando la Commissione non abbia accertato la sua incompatibilità con il mercato comune, continuare a essere erogato a prescindere dal fatto che esso possa o no sottrarsi, in forza dell'art. 90, n. 2 del Trattato, al divieto sancito dall'art. 92. Deve continuare a essere applicato il regime degli aiuti esistenti nei confronti di un aiuto istituito in Spagna con legge anteriore all'adesione di questo Stato membro alle Comunità Europee» (massime).

⁹ Come specificato nella risposta della Commissione all'interrogazione scritta n. 148, in *Guce* n. C 125 del 17 agosto 1963.

¹⁰ Si legge nella seconda massima della sentenza della Corte di giustizia del 22 marzo 1977 in causa n. 78/76, *Steinike, cit. supra*, nota 6: «Il divieto di cui all'art. 92 n. 1 riguarda il complesso degli aiuti concessi dagli Stati o mediante risorse statali, prescindendo dalla distinzione tra l'aiuto concesso direttamente dallo Stato e quello concesso da enti pubblici che esso istituisce o designa al fine della gestione» (massima n. 4).

¹¹ In quest'ottica, non costituiscono aiuti di Stato le misure di politica economica dirette a favorire lo sviluppo dell'economia nazionale e indiscriminatamente rivolte a tutti gli operatori economici, pubblici o privati, dello Stato in questione; ne sono un esempio gli aiuti in favore dell'occupazione, della ricerca scientifica, della formazione professionale, ecc.

sviluppo di determinate regioni (c.d. aiuti a finalità regionale)¹². La norma prosegue elencando alcune deroghe che non operano direttamente ma sono soggette a valutazione discrezionale della Commissione o del Consiglio¹³.

La Commissione ha un potere di controllo preventivo, continuativo e permanente, gode di ampio potere discrezionale nel dichiarare se un aiuto concesso da uno Stato a un'impresa rientri o meno in una delle categorie indicate dal TFUE¹⁴.

In conclusione, è possibile osservare che il Trattato distingue tra: *a.* aiuti già esistenti, cioè già in vigore al momento dell'istituzione o dell'adesione all'Unione europea; *b.* aiuti espressamente o tacitamente autorizzati a livello comunitario, per i quali è previsto un esame permanente da parte della Commissione; *c.* aiuti nuovi, per i quali è previsto un preventivo obbligo di notifica alla Commissione e l'eventuale sospensione della loro efficacia, fin quando la Commissione non si sia pronunciata sulla loro compatibilità (c.d. obbligo di *standstill*)¹⁵.

¹² In tale prospettiva, il par. 2 dell'art. 107 TFUE prevede una serie di aiuti che non sono ritenuti incompatibili con le esigenze di preservare una concorrenza effettiva sul mercato interno così individuati: «a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti; b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera».

¹³ Il par. 3 dell'art. 107 TFUE prevede un elenco di aiuti ritenuti potenzialmente compatibili con il mercato interno che possono essere autorizzati dopo la valutazione discrezionale della Commissione o del Consiglio e sono: «a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale; b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune; e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione».

¹⁴ M. PINARDI, *Contributo allo studio del diritto dell'Unione Europea, Mercato unico, libera circolazione dei fattori produttivi e diritto di stabilimento delle società*, Roma, Aracne, 2016, p. 208 ss.

¹⁵ L'ordinanza della Corte di giustizia del 21 maggio 1977 in cause riunite n. 31/77 R e n. 53/77 R, *Commissione c. Regno Unito*, in *Raccolta*, 1977, p. 921, EU:C:1977:86, ha chiarito che «il sistema di controllo sulla compatibilità degli aiuti statali con il mercato comune, contemplato dall'articolo 88 TCE» oggi art. 108 TFUE, «implica che qualsiasi provvedimento nazionale che istituisca o modifichi tali aiuti sia oggetto di esame da parte della Commissione ed esclude che siffatti provvedimenti possano trovare attuazione prima che la Commissione si sia pronunciata».

3. Gli aiuti di Stato nel settore del trasporto aereo

Il primo intervento comunitario di carattere organico nel settore del trasporto aereo risale alla fine degli anni Settanta del secolo scorso e si colloca in un'epoca in cui l'intero settore, a livello mondiale, era soggetto a consistenti cambiamenti, anche di natura giuridica¹⁶.

In particolare, nel 1979 fu discusso il c.d. *Primo Memorandum*, il cui progetto originario era volto a realizzare una politica comune sul trasporto aereo ma il risultato fu piuttosto quello di prevedere una serie d'interventi volti a rendere maggiormente concorrenziale il mercato dei trasporti intracomunitari¹⁷.

Successivamente, nel 1984, la Commissione emanò il c.d. *Secondo Memorandum* nel quale convergevano i risultati delle indagini promosse dall'istituzione comunitaria negli anni precedenti e il cui scopo fu quello di redigere un vero e proprio quadro normativo globale per il settore del trasporto aereo intracomunitario. In allegato al *Secondo Memorandum*, fu presentato un progetto di Linee Guida per l'applicazione del Trattato CE¹⁸ nel quale furono inoltre enucleate le principali tipologie di finanziamento del settore del trasporto aereo, che furono riprese poi nei successivi orientamenti e interventi in materia.

Nel 1994, la Commissione promulgò gli Orientamenti sulla «*Applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato CE e dell'art. 61 dell'Accordo sullo Spazio Economico Europeo*» ritenendo che l'unico modo per incrementare la competitività delle compagnie aeree comunitarie, tramite il conseguimento di migliori risultati finanziari, consistesse nell'attuare una gestione più orientata verso criteri commerciali. Tenendo conto, in tale contesto, della dimensione dell'occupazione¹⁹.

Tali Orientamenti avevano come ambito di applicazione gli incentivi concessi dagli Stati comunitari ai vettori aerei relativi a «qualsiasi attività

¹⁶ N. DE LUCA, *Gli aiuti di Stato nel trasporto aereo. Inquadramento sistematico e rassegna dei provvedimenti comunitari*, Roma, Luiss Edizioni, 2000, p. 26 ss.

¹⁷ Cfr. Risoluzione sulle limitazioni della concorrenza nel settore dei trasporti aerei, in *Guce* n. C 291 del 10 novembre 1980.

¹⁸ Cfr. l'Allegato IV, *State aids to air transport - Policy paper and guidelines*, al *Civil Aviation Memorandum no 2. - Progress towards the development of a Community air transport policy*, Com(84)72 def. del 15 febbraio 1984.

¹⁹ Cfr. Commissione europea, *Applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato CE e dell'art. 61 dell'Accordo sullo Spazio economico europeo*, punto n. 8, in *Guce* n. C 350 del 10 dicembre 1994, p. 5.

connessa ai trasporti aerei il cui sovvenzionamento diretto o indiretto potrebbe andare a beneficio delle Compagnie aeree»²⁰.

Nel 2005, la Commissione ha adottato ulteriori Orientamenti, concernenti il finanziamento degli aeroporti e agli aiuti pubblici volti all'avviamento delle compagnie aeree operanti su aeroporti regionali (c.d. *Orientamenti per il settore dell'aviazione del 2005*)²¹. Essi specificavano a quali condizioni alcuni tipi di aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree potessero essere dichiarati compatibili con il mercato interno. Inoltre, integravano gli Orientamenti sul trasporto aereo del 1994 i quali, come sopra anticipato, contenevano essenzialmente disposizioni relative alla ristrutturazione dei vettori di bandiera e agli aiuti a carattere sociale, a vantaggio di cittadini dell'Unione.

Lo scenario europeo, come del resto quello globale, cambia radicalmente dopo gli attentati dell'11 settembre 2001. Dopo l'attacco al *World Trade Center* di New York, oltre ai necessari interventi in materia di sicurezza nel settore aereo²², l'Unione europea ha dovuto affrontare anche le molteplici ripercussioni economiche riverberatesi sia nell'immediato sia nel lungo periodo²³. A cambiare non è stato solo l'approccio della Commissione al settore dell'aviazione ma più in generale la visione dell'intero settore del trasporto aereo, sia in termini di sicurezza sia con riferimento a varie innovazioni infrastrutturali²⁴. La Commissione ha ritenuto legittima l'assunzione, da parte dei singoli Stati membri, degli oneri legati al raffor-

²⁰ Cfr. Commissione europea, *Applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato CE e dell'art. 61 dell'Accordo sullo Spazio Economico Europeo*, cit. supra, nota 19, punto n. 10.

²¹ Cfr. Comunicazione della Commissione, *Orientamenti comunitari concernenti il finanziamento degli aeroporti e gli aiuti pubblici di avviamento concessi alle Compagnie aeree operanti su aeroporti regionali*, in *Gu-Ue* n. C 312 del 9 dicembre 2005, p. 1 ss.

²² Cfr. le Conclusioni e piano di azione del Consiglio europeo straordinario del 21 settembre 2001, reperibile sul sito internet: <http://www.consilium.europa.eu/media/20969/concl-bxli1.pdf> nonché le Conclusioni del Consiglio sulla sicurezza del trasporto aereo del 14 settembre 2001, reperibile sul sito internet: http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-01-323_it.pdf.

²³ A seguito degli attentati, la domanda di servizi di trasporto aereo si era drasticamente ridotta anche a causa dell'incidenza dei premi assicurativi per la copertura di rischi derivanti da attacchi terroristici ed atti di guerra che erano aumentati enormemente.

²⁴ V., tra le altre, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio relativa alle «Ripercussioni degli attentati negli Stati Uniti sull'industria dei trasporti aerei», Com(2001)574 def. del 10 ottobre 2001; la decisione della Commissione n. 2003/637, del 30 aprile 2003, concernente il regime di aiuti C 65/2002 dell'Austria a favore delle compagnie aeree austriache, in *Gu-Ue* n. L 222 del 5 settembre 2003, p. 33 ss.; la decisione n. C(2002)4485 fin. della Commissione europea dell'11 dicembre 2002 relativa all'autorizzazione dell'aiuto di Stato NN 142/01 per l'Italia (Disposizioni urgenti per il trasporto aereo), in *Guce* n. C 39 del 18 febbraio 2003, p. 15; la decisione n. C(2002)590 fin. della Commissione europea del 27 febbraio 2002 relativa all'aiuto di Stato NN 34/02 per l'Irlanda (Dispositivo di assicurazione del settore aereo), in *Guce* n. C 87 del 10 aprile 2003, p. 32.

zamento delle misure di sicurezza e l'adozione di interventi particolari e specifici²⁵.

In ultima analisi, occorre rilevare come nel 2014 la Direzione Generale Concorrenza abbia attuato la revisione delle linee guida in materia di aiuti di stato per gli aeroporti e le compagnie aeree; tale iniziativa si colloca in un'ottica di modernizzazione del settore ed è volta a fornire indicazioni dettagliate agli Stati membri a sostegno del mercato e delle normative europee²⁶.

Gli Orientamenti della Commissione europea, adottati il 20 febbraio 2014 ed entrati in vigore il 4 aprile dello stesso anno, hanno voluto, da un lato, valutare la menzionata situazione giuridica ed economica relativa al finanziamento pubblico di aeroporti e compagnie aeree e, dall'altro, precisare a quali condizioni un finanziamento pubblico possa qualificarsi come un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Quando cioè esso costituisca un aiuto di Stato, a quali condizioni possa essere dichiarato compatibile con il mercato interno, ai sensi del citato art. 107, par. 3, lett. c.²⁷ e in particolare se lo stesso sia congegnato in modo tale che i suoi effetti positivi, connessi al conseguimento di un obiettivo d'interesse comune, superino potenziali effetti negativi sugli scambi e sulla concorrenza.

4. Gli aiuti agli aeroporti regionali: il caso Sardegna

L'obiettivo dei nuovi Orientamenti del 2014 è stato quello, da un lato, di garantire l'attuale agevolazione per gli accessi agli scali regionali e, dal-

²⁵ E. ORRÙ, *Gli aiuti di Stato nel settore del trasporto aereo*, Bologna, Libreria Bonomo Editrice, 2010, p. 81 ss.: «in tal senso, le misure emanate o da emanarsi per fronteggiare la crisi sono state ritenute aiuti al funzionamento compatibili con il mercato comune, in quanto rientranti nella deroga di cui all'articolo 87, secondo comma, lettera b) del Trattato, poiché destinati "a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali", in considerazione del carattere straordinario dell'evento per l'imprevedibilità del numero delle vittime, della portata dei danni e delle ripercussioni sull'economia mondiale».

²⁶ La Commissione propone un approccio equilibrato che tenga conto delle prospettive di crescita del traffico aereo, delle condizioni necessarie per lo sviluppo regionale nonché dell'accessibilità e del modello di sviluppo di alcuni scali aeroportuali regionali proposto dai vettori *low cost*.

²⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle Compagnie aeree*, in *Gu-UE* n. C 99 del 4 aprile 2014, p. 3, punto 77: «Se il finanziamento pubblico ad aeroporti e/o a Compagnie aeree costituisce un aiuto, tale aiuto può essere considerato compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del Trattato, a condizione che soddisfi i criteri di compatibilità menzionati al titolo 5.1 per gli aeroporti e al titolo 5.2 per le Compagnie aeree».

l'altro, di promuovere lo sviluppo economico delle Regioni, tendendo ad evitare contemporaneamente la proliferazione di aeroporti non redditizi, nella convinzione che quest'ultima rappresenti *nel contempo* uno spreco di risorse pubbliche e sia causa di rilevanti forti distorsioni della concorrenza²⁸. Per i predetti fini i nuovi Orientamenti attribuiscono agli Stati membri una maggiore flessibilità finalizzata alla concessione di aiuti agli investimenti a vantaggio di aeroporti regionali e garantendo altresì maggiore chiarezza alle relazioni economico/finanziarie tra aeroporti e compagnie aeree. In questo contesto, viene precisato dalla normativa in essi contenuta, che in sede di accordi tra aeroporto e compagnie aeree, occorre verificare e garantire che i costi previsti per la realizzazione degli stessi (aeroporti) siano coperti dai ricavi attesi. In caso contrario, qualora ciò non fosse verificato la Compagnia aerea sarebbe beneficiaria di un indebito vantaggio, che, come tale, sarebbe qualificabile come aiuto di Stato e quindi incompatibile con la normativa europea²⁹.

Sin dal 2010 la Commissione aveva ricevuto un numero rilevante di segnalazioni e denunce relative ad accordi stipulati tra le compagnie aeree e gli aeroporti, in particolare tra vettori *low cost* e aeroporti regionali. In dette segnalazioni e denunce veniva evidenziato come i predetti accordi erano volti ad attribuire aiuti di Stato alle compagnie aeree sotto forma di diritti aeroportuali "ribassati" o sconti su diritti aeroportuali. È stato quindi necessario rivedere gli Orientamenti adottati nel 2005 per limitare le alterazioni della concorrenza nel mercato nazionale e assicurare pari condizioni di concorrenza a livello di compagnie aeree e di aeroporti europei³⁰.

È bene ricordare come già con gli Orientamenti del 2005 erano stati previsti aiuti di Stato per lo sviluppo degli aeroporti regionali; nel 2010 la Regione Sardegna, al fine di sviluppare il trasporto aereo e garantire i collegamenti aerei da e per la regione, aveva adottato un regime che prevede-

²⁸ Comunicato stampa della Commissione europea del 1° ottobre 2014, *Aiuti di Stato ad aeroporti e Compagnie aeree: la Commissione adotta un pacchetto di decisioni sul sostegno pubblico concesso in Belgio, Germania, Italia e Svezia*, reperibile sul sito internet http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1065_it.htm

²⁹ In tal senso ne sono un esempio: la sentenza del Tribunale di primo grado del 5 febbraio 2015 in causa n. T-473/12, *Commissione c. Aer Lingus Ltd, Ryanair Designated Activity Company*, già *Ryanair Ltd, Irlanda*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)* febbraio 2015, EU:T:2015:78, riguardante l'aiuto di Stato SA.29064 (11/C, ex 11/NN) relativo ai tassi di imposizione differenziati applicati dall'Irlanda al trasporto aereo; sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016 in cause riunite n. C-164 e n. 165/15 P, *Commissione c. Aer Lingus Ltd, Ryanair Designated Activity Company*, già *Ryanair Ltd, Irlanda*, in *Raccolta digitale (Raccolta generale)*, dicembre 2016, EU:C:2016:990.

³⁰ O. SIMEON - G. PERINI, *Gli aiuti di Stato agli aeroporti nei nuovi Orientamenti della Commissione Europea: istruzioni per l'uso alla luce della recente prassi decisionale della Commissione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2015, numero speciale, p. 193 ss.

va finanziamenti agli aeroporti di Cagliari e Olbia, i quali a loro volta li utilizzavano per fornire compensazioni finanziarie a compagnie aeree selezionate. La Sardegna, attraverso quest'operazione, tentava di aumentare il traffico aereo puntando su compagnie aeree selezionate e loro annesse attività di *marketing*.

Nel 2013 la Commissione ha avviato un'indagine approfondita al fine di esaminare e verificare che detta operazione fosse in linea con la normativa europea; dopo un'attenta indagine, la Commissione ha concluso che mentre relativamente agli aiuti alle compagnie aeree selezionate operanti in Sardegna, queste avevano ricevuto dagli aeroporti una compensazione finanziaria per l'apertura di nuove rotte o l'ampliamento delle operazioni sulle rotte esistenti che come tale era da considerarsi un «vantaggio sleale»; con riferimento agli aeroporti sardi, invece, non era ravvisabile alcun aiuto statale, poiché il finanziamento pubblico era stato interamente trasferito alle compagnie aeree³¹.

La decisione della Commissione era in linea con gli Orientamenti del 2005 e del 2014 quando affermava che «con gli aiuti pubblici concessi, la Regione Sardegna ha violato le norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, conferendo a Compagnie aeree selezionate che lavorano negli aeroporti di Cagliari e Olbia un vantaggio sleale che deve ora essere rimborsato».

Il caso appena richiamato non fa altro che confermare la linea della Commissione europea in materia di aiuti di Stato agli aeroporti regionali.

5. Gli aiuti di Stato nello scenario *post* "Brexit"

In seguito all'esercizio della clausola di recesso da parte del Regno Unito (c.d. "Brexit")³², la procedura prevista dall'art. 50 TFUE condurrà,

³¹ Comunicato stampa della Commissione europea del 29 luglio 2016 sugli aiuti di Stato nel quale la Commissione ritiene incompatibili gli aiuti concessi dall'Italia alle Compagnie aeree in Sardegna, così argomentando: «Gli interventi pubblici a favore di società che esercitano attività economiche possono essere considerati come privi di elementi di aiuti di Stato ai sensi delle norme dell'UE qualora vengano effettuati a condizioni che sarebbero accettate da un privato operante a condizioni di mercato ("principio dell'investitore operante in un'economia di mercato"). Se questo principio è rispettato, la misura non conferisce alcun vantaggio alla società e non comporta quindi elementi di aiuto di Stato. Se il principio dell'investitore operante in un'economia di mercato non è rispettato, la misura configura un aiuto di Stato e la Commissione ne esamina la compatibilità con le norme comuni dell'UE che garantiscono equità di condizioni nel mercato unico europeo», reperibile sul sito internet http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2682_it.htm

³² E. CANNIZZARO, "Democrazie à la carte" e il futuro dell'Europa. Alcune riflessioni sulla Brexit e sul ruolo della democrazia nel processo di integrazione. Il futuro dell'Unione Europea alla luce della sentenza del BVerfG sugli "OMT" e della "BREXIT", in *Int'l Lis, Rivista di diritto processuale internazionale e arbitrato internazionale*, 2016, n. 2, pp. 62-64.

anche se con tempi e modalità ancora incerte, definitivamente il Regno Unito fuori dall'Unione europea. Il percorso intrapreso sarà sicuramente tanto lungo quanto incerto, se non altro perché è la prima volta in sessant'anni di integrazione europea che uno Stato membro decide di "recedere" dall'Unione. Sul punto non ci sono quindi precedenti per poter attingere per la normativa di riferimento od una interpretazione analogica e perciò risulta evidente che i negoziati tra Londra e l'Unione europea saranno un fatto tanto epocale quanto nuovo e, come tale, sconosciuto.

Il punto di partenza è dato dalla certezza che il Regno Unito non sarà più tenuto a rispettare i sopra richiamati obblighi e le procedure di controllo previsti dal diritto UE, né sarà sottoposto ai controlli della Commissione operanti in tale settore od al sindacato giurisdizionale successivo dei giudici del Lussemburgo.

Come sopra riportato, la normativa degli aiuti di Stato ha una fonte esclusivamente europea è quindi evidente che dopo la "Brexit" i vincoli che tale disciplina pone agli interventi del Regno Unito a favore delle compagnie aeree ma in generale delle imprese verranno meno.

A questo punto si tratta di verificare se e come "La City" intenderà atteggiarsi riguardo a tale nuova situazione, anche se sembra doversi escludere una scelta a favore di una completa liberalizzazione dei sussidi alle imprese; e ciò perché, anche dopo la "Brexit", il Regno Unito dovrebbe pur sempre restare assoggettato alla disciplina anti-sussidi prevista a livello di WTO³³.

I recenti interventi della Commissione in materia di *tax ruling*³⁴, unitamente alla chiara intenzione della stessa di avvalersi degli aiuti di Stato

³³ Sigla dell'inglese «*World Trade Organization*» (anche Organizzazione mondiale del commercio, OMC) istituita il 1° gennaio 1995 per subentrare in maniera più organica agli effetti di un precedente accordo, il GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), a sua volta siglato nel 1947. Il WTO ha sede a Ginevra e si propone di promuovere il più libero commercio globale mediante l'apertura dei mercati nazionali e la progressiva eliminazione degli ostacoli all'interscambio globale di merci e di servizi.

³⁴ Il 19 luglio 2017 la Commissione europea ha reso pubblica la propria decisione n. 2017/1283 del 30 agosto 2016, in *Gu-Ue* n. L 187 del 19 luglio 2017, notificata con il n. C(2016)5605, con la quale ha ritenuto aiuto di Stato incompatibile con il mercato interno il regime fiscale di vantaggio concesso dall'Irlanda per 13 miliardi di euro, sotto forma di *tax ruling*, alla società Apple. Il *tax ruling* può essere descritto come una decisione anticipata in ambito fiscale, attraverso la quale le Autorità di uno Stato membro comunicano a una specifica società le modalità con cui verrà calcolata l'imposta sul reddito societario. Essa non comporta di per sé una evasione fiscale – che consiste in una serie di atti illeciti volti a pagare meno di quanto si dovrebbe per legge, occultando redditi o informazioni alle amministrazioni fiscali – ma può realizzarla quando le società contribuenti organizzano i loro affari al fine di ridurre al minimo il prelievo fiscale gravante su di esse. Cfr. G. BELOTTI, *La nozione di aiuto di Stato e il tuttora angusto ruolo dei giudici nazionali. Prime considerazioni sul caso Apple (Irlanda)*, in questa *Rivista*, 2016, p. 547 ss.

onde reagire a fenomeni che l'Unione europea non appare in grado di regolamentare a livello di politica fiscale, per le forti opposizioni di alcuni Stati membri, potrebbe spingere il Regno Unito a ricercare soluzioni meno restrittive, nel senso di dotarsi di una propria disciplina interna in materia di aiuti di Stato, ovvero, introducendo regimi fiscali a sostegno delle proprie imprese al fine di attenuare gli effetti economici negativi conseguenti all'uscita dal mercato unico.

Ad ogni modo, considerato che i rapporti tra Unione Europea ed il Regno Unito sarebbero come minimo regolati dalle norme del WTO, una tale scelta potrebbe comportare l'introduzione, da parte delle istituzioni europee, di limitazioni all'entrata nel mercato unico delle imprese favorite dagli aiuti oppure di sanzioni anti-sovvenzioni. Una decisione in tal senso sembrerebbe, tuttavia, contraria alle attuali politiche britanniche sugli aiuti di Stato, anche se al momento non può aversi una visione chiara del futuro della disciplina di questi aiuti.

6. Il futuro dell'aviazione europea dopo la "Brexit": ipotesi possibili

Come è intuibile, l'uscita della Gran Bretagna dall'Unione europea avrà conseguenze in diversi settori dell'economia, ivi compreso quello del trasporto aereo.

Sul fronte dell'aviazione, la Gran Bretagna si vedrà costretta a perseguire due obiettivi di per sé non immediatamente convergenti e cioè da un lato, garantire l'accesso al mercato unico dell'aviazione civile alle proprie compagnie aeree e ai cittadini britannici; dall'altro, esercitare la libertà di adottare una propria legislazione nel settore aereo³⁵.

In particolare, è possibile notare come i vertici dell'Unione europea hanno già ricordato alle principali compagnie aeree che, al fine di continuare a operare nel settore dopo la "Brexit", per le rotte con partenza e arrivo all'interno dell'UE sarà necessario avere una sede in Europa. Inoltre la maggioranza del capitale sociale dovrà essere posseduto da uno o più Stati membri o da cittadini di uno o più Stati membri, così da garantire, di fatto, il controllo, diretto o indiretto, sulla società.

³⁵ Per A. LEFEBVRE D'OVIDIO - G. PESCATORE - L. TULLIO, *Manuale di Diritto della Navigazione*, XII ed., Milano, Giuffrè, 2011, p. 124: «I vettori aerei appartenenti all'Unione Europea e, per reciprocità, quelli che non vi appartengono, fissano liberamente le tariffe per il trasporto di passeggeri e merce. Naturalmente, la libertà tariffaria è esclusa nel quadro di un obbligo di servizio pubblico. L'informazione sulle tariffe resa al pubblico deve essere chiara e trasparente e deve sempre indicare il prezzo finale da pagare».

Ciò potrebbe comportare la necessità, per le società di aviazione, di realizzare nuovi investimenti, fuori del Regno Unito, per mantenere la propria quota di mercato e rimanere competitive all'interno dello stesso³⁶.

La prima esigenza per la Gran Bretagna sarà quindi quella di fornire ai propri cittadini e alle compagnie di trasporto aereo nazionali l'accesso al mercato comune. Sul punto è utile ricordare come l'ormai noto Regolamento n. 1008/2008³⁷ che disciplina il funzionamento del mercato unico dell'aviazione civile europea, concede ai vettori comunitari di operare rotte interne al territorio dell'Unione europea senza bisogno di permessi o autorizzazioni³⁸.

Tutto questo verrebbe meno a seguito della "Brexit" perché gli aeroporti britannici smetterebbero di far parte dell'Unione europea e sia l'accesso ad essi da parte delle compagnie europee sia quello agli aeroporti continentali da parte delle compagnie britanniche non sarebbe più libero e immediato.

Verosimilmente, la Gran Bretagna avrà due diverse opzioni per far fronte alla problematica sopra esposta: in primo luogo potrà decidere di non stipulare alcun accordo con l'Unione europea, stabilendo di predisporre in totale e piena autonomia la regolamentazione e la gestione del settore aereo. Ipotesi, questa, fortemente improbabile poiché se, da un lato, al Regno Unito converrebbe avere la massima libertà decisionale circa le proprie politiche interne, rimanendo pur sempre soggetto a livello internazionale alla Convenzione di Chicago³⁹, dall'altro lato, ciò lo renderebbe totalmente estraneo a tutte le iniziative europee, come ad esempio il Cielo Unico Europeo⁴⁰.

³⁶ Ultima in ordine di tempo è la scelta di easyJet di aprire una propria sede in Austria al fine di fissare il quartier generale della nuova società. Per easyJet è infatti necessario un certificato di volo (Aoc) rilasciato da un Paese Ue per poter volare nei i Paesi membri dopo la "Brexit". La nuova licenza consentirà alla compagnia *low cost* di continuare a volare in Europa anche dopo marzo 2019, data che, secondo gli accordi, dovrebbe segnare l'uscita di Londra dalla UE.

³⁷ Cfr. Regolamento (Ce) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 settembre 2008 recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità, in *Gu-Ue* n. L 293 del 24 settembre 2008, p. 3.

³⁸ Cfr. Regolamento (Ce) n. 1008/2008, *cit. supra*, nota 37, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità, art. 15, punto 2, «Gli Stati membri si astengono dall'assoggettare la prestazione di servizi aerei intracomunitari da parte di un vettore aereo comunitario a qualsivoglia permesso o autorizzazione. Gli Stati membri non chiedono ai vettori aerei comunitari di fornire alcun documento o informazione che questi ultimi abbiano già presentato all'autorità competente per il rilascio delle licenze, a condizione che le pertinenti informazioni possano essere ottenute dall'autorità competente per il rilascio delle licenze a tempo debito».

³⁹ Convenzione relativa all'aviazione civile internazionale, stipulata a Chicago il 7 dicembre 1944.

⁴⁰ L'iniziativa del Cielo unico europeo è stata avviata nel 1999 con l'obiettivo di migliorare lo svolgimento delle attività di gestione del traffico *ATM* (*Air Traffic Management*) e dei ser-

Una seconda, possibile, soluzione consiste nella stipula di un accordo bilaterale tra il Regno Unito e l'Unione europea, sull'esempio di quello che disciplina i rapporti tra l'Unione e la Svizzera del 1999⁴¹.

Così facendo, alle compagnie aeree del Regno Unito verrebbe garantito accesso – sebbene non completo – al mercato unico dell'aviazione.

In ogni caso, come insegna l'esperienza svizzera, tale modello vincola l'altra parte contrattuale a rispettare la legislazione e i principi dell'UE, senza che la stessa possa esercitare alcuna influenza politica nell'ambito del loro processo di adozione. Ne consegue che, anche in questo caso, la tanto desiderata libertà del Regno Unito di definire una propria politica in materia di trasporti aerei sarebbe potenzialmente limitata.

Inoltre, l'accordo svizzero sul trasporto aereo è stato siglato nel contesto di un pacchetto che comprende altri accordi con i quali la Svizzera si è impegnata a rispettare non solo la legislazione UE disciplinante il settore dell'aviazione, ma anche le quattro libertà fondamentali di circolazione: dei beni, dei servizi, dei capitali e dei lavoratori. Tutti gli accordi facenti parte del pacchetto sono tra di loro strettamente collegati, nel senso che l'inadempimento ad uno di essi (ad esempio quello sulle libertà fondamentali) comporterebbe la caducazione degli altri (ad esempio quello sul trasporto aereo).

È facile intuire come il Regno Unito non potrebbe ottenere un accordo sull'accesso al mercato unico dell'aviazione senza concedere, in cambio, ad esempio, alcune tipologie di apertura delle proprie frontiere ai lavoratori di altri Stati membri dell'UE; cosa che però rappresenta una delle ragioni principali per cui il popolo britannico ha deciso di votare a favore della Brexit.

vizi di navigazione aerea *ANS (Air Navigation Services)* attraverso una migliore integrazione dello spazio aereo europeo. I vantaggi attesi dell'iniziativa sono enormi: una volta completato, fra il 2030 ed il 2035, il Cielo unico europeo triplicherà la capacità dello spazio aereo, dimezzerà i costi dell'ATM, migliorerà enormemente la sicurezza e ridurrà del 10% l'impatto del trasporto aereo sull'ambiente rispetto ai dati del 2004. Cfr. Regolamento (Ce) n. 549/2004 che stabilisce i principi generali per l'istituzione del cielo unico europeo («regolamento quadro»), in *Gu-Ue* n. L 96 del 10 marzo 2004, p. 1.

⁴¹ L'Accordo sul trasporto aereo firmato il 21 giugno 1999 ed entrato in vigore il 1° giugno 2002, disciplina l'accesso delle compagnie aeree svizzere al mercato liberalizzato del trasporto aereo in Europa. Grazie alla concessione dei diritti di traffico e al divieto di discriminazione, le compagnie aeree svizzere sono equiparate alle loro concorrenti europee. In questo modo possono, per esempio, scegliere liberamente le destinazioni che hanno intenzione di collegare e determinare le tariffe che intendono praticare. Inoltre, possono scegliere liberamente quali velivoli utilizzare per determinati voli. L'Accordo permette alle compagnie aeree svizzere di beneficiare di condizioni concorrenziali equivalenti a quelle delle compagnie europee. Per i passeggeri questo comporta essenzialmente prezzi meno cari e una maggiore scelta di collegamenti aerei. Cfr. decisione del Consiglio e, per quanto riguarda l'Accordo sulla Cooperazione Scientifica e Tecnologica, della Commissione del 4 aprile 2002 relativa alla conclusione di sette accordi con la Confederazione svizzera, in *Guce* n. L 114 del 30 aprile 2002, p. 73.

In conclusione, appare evidente che, con riferimento al settore di mercato concernente l'aviazione, il risultato più probabile della Brexit sarà che il Regno Unito dovrà rinegoziare con l'Unione europea e gli altri *partner*, i diritti riguardanti il traffico aereo, affinché possa come la Norvegia, l'Islanda e altri Paesi non comunitari, continuare a fare parte dello Spazio Aereo Comune Europeo (ECAA)⁴². Tuttavia, per mantenere lo *status quo*, dovrà avviare un nuovo negoziato e continuare ad accettare la maggior parte delle norme comunitarie, non solo sul trasporto aereo, ma anche sugli altri settori del mercato.

Va però sottolineato come il Regno Unito non potrà più partecipare alla formazione di tali norme sulla cui redazione aveva invece potere dispositivo, in qualità di Stato membro dell'Unione europea.

Marco Pinardi*

SINTESI

Gli aiuti di Stato hanno sempre rappresentato un tema di grande interesse comunitario, non solo a livello politico, ma evidentemente anche a livello economico, interesse destinato ad assumere un sempre maggior rilievo a causa dell'instabilità politica derivante da spinte nazionali antieuropeiste.

A queste problematiche non si sottrae il settore del trasporto aereo che, peraltro, a causa della sua operatività è di per sé globalizzato e così dal primo intervento comunitario nel settore, risalente alla fine degli anni Settanta, si è giunti agli orientamenti della Commissione europea del 20 febbraio 2014.

Alle problematiche sottese da sempre all'interpretazione da dare agli aiuti di Stato, che ha riguardato anche aeroporti regionali italiani, si aggiungono oggi i problemi derivanti dalla "Brexit" in considerazione del fatto che tutta la normativa in materia ha una fonte esclusivamente comunitaria.

⁴² Cfr. la decisione del Consiglio del 23 novembre 2015, relativa alla conclusione dell'accordo multilaterale sull'istituzione di uno Spazio Aereo Comune Europeo (ECAA) tra: la Comunità europea e i suoi Stati membri, la Repubblica di Albania, la Bosnia-Erzegovina, l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia, la Repubblica d'Islanda, la Repubblica di Montenegro, il Regno di Norvegia, la Repubblica di Serbia e la Missione delle Nazioni Unite per l'amministrazione *ad interim* nel Kosovo, in *Gu-Ue* n. L 285 del 16 ottobre 2016, p. 1 ss.

* Notaio in Roma

ABSTRACT

State aid has always been a matter of great Community interest, not only politically but clearly also economically, an interest meant to become ever more important due to the political instability resulting from a national anti-European boost.

These issues can't be avoided by the aviation sector, sector that is, moreover, in itself globalised because of its functioning and so from the first Community action in the field, dating back to the end of the Seventies, the result was the European Commission approach on February 20th 2014.

Besides the forever underlying problems of state aid interpretation, which covered also Italian regional airports, there are further problems today resulting from "Brexit", in view of the fact that all the regulations have an exclusively Community-related source.

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni del Consiglio europeo del 19 ottobre 2017*

All'inizio della riunione, il membro del Consiglio europeo che rappresenta lo Stato membro che esercita la presidenza semestrale del Consiglio ha fornito una panoramica dei progressi compiuti nell'attuazione delle precedenti conclusioni del Consiglio europeo.

I. Migrazione

1. L'approccio perseguito dagli Stati membri e dalle istituzioni dell'UE per assicurare il pieno controllo delle frontiere esterne sta dando i suoi frutti e deve essere consolidato. Assistiamo nel complesso a una notevole riduzione dei flussi migratori ed è diminuito il numero di vittime in mare.

2. Il Consiglio europeo è determinato a portare avanti il suo approccio globale, pragmatico e risoluto e ad applicarlo ogniqualvolta sia necessario. Ciò implica:

- vigilanza per quanto riguarda tutte le rotte migratorie e capacità di reagire a ogni nuova tendenza;
- un uso pragmatico, flessibile e coordinato di tutti gli strumenti a disposizione dell'UE e degli Stati membri;
- sostegno agli Stati membri direttamente colpiti o coinvolti, anche attraverso il supporto costante fornito dalle agenzie dell'UE;
- solida cooperazione con i *partner* internazionali nonché con i Paesi di origine, di transito e di partenza;
- riduzione degli incentivi alla migrazione illegale tramite rimpatri efficaci;
- adeguate risorse finanziarie e di altro tipo. (*Omissis*)

5. Il Consiglio europeo esorta a monitorare attentamente la situazione lungo le rotte del Mediterraneo occidentale e orientale alla luce del recente aumento dei flussi migratori.

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo è reperibile sul sito internet <http://www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions/>.

6. Il Consiglio europeo rammenta che affrontare le cause profonde della migrazione e fornire opportunità economiche e sociali nei Paesi di transito e di origine fanno parte del suo approccio a lungo termine in materia di migrazione. In tale contesto il Consiglio europeo accoglie con favore il recente avvio del Fondo europeo per lo sviluppo sostenibile, che sostiene gli investimenti in Africa e nei Paesi del vicinato europeo. Si compiace altresì dell'attuazione dell'iniziativa per la resilienza economica della Banca europea per gli investimenti (BEI), che mobilita investimenti nei Paesi del vicinato europeo. Attende con interesse di discutere della cooperazione con i *partner* africani in occasione del prossimo vertice Unione africana-Unione europea.

7. Il Consiglio europeo ribadisce il proprio impegno nei confronti del sistema Schengen ed esprime l'intenzione di realizzare il prima possibile un "ritorno a Schengen" tenendo pienamente conto, nel contempo, degli interessi proporzionati degli Stati membri in materia di sicurezza. (*Omissis*)

II. Europa digitale

9. Il vertice sul digitale tenutosi a Tallinn il 29 settembre 2017 ha inviato un messaggio deciso in merito alla necessità di un'Europa digitale più forte e coerente. Le conclusioni del primo ministro Ratas dopo il vertice costituiscono una base eccellente per portare avanti i lavori a tutti i livelli.

10. La digitalizzazione offre enormi opportunità di innovazione, crescita e occupazione, contribuirà alla nostra competitività a livello mondiale e rafforzerà la diversità creativa e culturale. Per cogliere tali opportunità è necessario rispondere collettivamente ad alcune delle sfide poste dalla trasformazione digitale e rivedere le politiche interessate dalla digitalizzazione. Il Consiglio europeo è pronto a fare tutto il necessario per la transizione dell'Europa al digitale. (*Omissis*)

III. Sicurezza e difesa

13. Il Consiglio europeo rammenta le sue conclusioni del giugno 2017. Si compiace dei notevoli progressi conseguiti dagli Stati membri nell'elaborazione di una notifica in materia di cooperazione strutturata permanente (PESCO) con un elenco comune di impegni, nonché in materia di governance PESCO. Esorta gli Stati membri in grado di farlo a notificare rapidamente al Consiglio e all'alto rappresentante la loro intenzione di partecipare alla PESCO. Ciò permetterebbe di avviare la PESCO entro la fine dell'anno, con l'obiettivo di attuare rapidamente gli impegni, compreso il lancio dei primi progetti. Il Consiglio europeo accoglie con favore il lavoro svolto finora dai colegislatori sulla proposta della Commissione relativa a un programma europeo di sviluppo del settore industriale della difesa. Chiede di giungere ad un accordo in sede di Consiglio entro la fine dell'anno in modo da portare a termine il prima possibile i negoziati con il Parlamento europeo, affinché nel 2019 possano essere finanziati i primi progetti in materia di capacità definiti dagli Stati membri. (*Omissis*)

IV. Relazioni esterne

17. Il Consiglio europeo ha tenuto un dibattito sulle relazioni con la Turchia.

18. Il Consiglio europeo invita la RPDC a rispettare pienamente, incondizionatamente e senza indugio gli obblighi che le derivano dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, nonché ad abbandonare, in modo completo, verificabile e irreversibile, i propri programmi connessi al nucleare e ai missili balistici. Il recente comportamento della RPDC è inaccettabile e costituisce una minaccia significativa per la penisola coreana e non solo. Il Consiglio europeo sottolinea che una pace duratura e la denuclearizzazione della penisola coreana devono essere raggiunte con mezzi pacifici e attraverso un dialogo credibile e significativo. Il regime di sanzioni dell'UE nei confronti della RPDC è stato ulteriormente rafforzato dalle sanzioni autonome dell'UE adottate dal Consiglio «Affari esteri» del 16 ottobre 2017. Il Consiglio europeo prenderà in considerazione ulteriori risposte in stretta consultazione con i *partner* e l'UE continuerà a sensibilizzare i Paesi terzi esortandoli ad attuare pienamente le sanzioni delle Nazioni Unite. (*Omissis*)

Conclusioni del Consiglio europeo del 20 ottobre 2017 (art. 50)**

1. Alla luce dei primi cinque cicli di negoziato, tenuto conto della valutazione presentata dal negoziatore dell'Unione e riaffermando i propri orientamenti del 29 aprile 2017, il Consiglio europeo:

- si compiace dei progressi compiuti riguardo ai *diritti dei cittadini* e invita il negoziatore a muovere dalla convergenza raggiunta per fornire la certezza giuridica e le garanzie necessarie a tutti i cittadini interessati e ai loro famigliari, che potranno esercitare direttamente i loro diritti derivanti dal diritto dell'UE e tutelati dall'accordo di recesso, anche attraverso procedure amministrative agevoli e semplici e il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea;

- riconosce che, per quanto riguarda l'*Irlanda*, si sono compiuti progressi in merito alla convergenza sui principi e gli obiettivi relativi alla salvaguardia dell'accordo del Venerdì santo e al mantenimento della zona di libero spostamento, e invita il negoziatore dell'Unione a proseguire ulteriormente il perfezionamento di tali principi, tenendo conto della grande sfida rappresentata dal recesso del Regno Unito, che consiste anche nell'evitare una frontiera fisica, e si aspetta

** In <http://www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions/>. A seguito della notifica a norma dell'art. 50 del TUE, il membro del Consiglio europeo che rappresenta lo Stato membro che recede non partecipa né alle deliberazioni né alle decisioni del Consiglio europeo che lo riguardano.

pertanto che il Regno Unito presenti le soluzioni flessibili e creative che la situazione specifica dell'Irlanda richiede, e che vi si attenga;

- rileva che il Regno Unito ha dichiarato che onorerà gli *impegni finanziari* assunti durante la sua appartenenza all'Unione; tuttavia, ciò non si è ancora tradotto in un fermo e concreto impegno da parte del Regno Unito a onorare tali obblighi nella loro totalità.

2. Sulla base di tale stato di avanzamento, il Consiglio europeo esorta a portare avanti i lavori al fine di consolidare la convergenza raggiunta e proseguire i negoziati in modo da poter passare alla seconda fase dei negoziati quanto prima.

3. Nella sua prossima riunione di dicembre il Consiglio europeo valuterà nuovamente lo stato di avanzamento dei negoziati al fine di determinare se siano stati compiuti sufficienti progressi su ognuna delle tre questioni summenzionate. In tal caso, adotterà orientamenti aggiuntivi in merito al quadro della futura relazione e a eventuali modalità transitorie che siano nell'interesse dell'Unione e rispettino le condizioni e i principi fondamentali degli orientamenti del 29 aprile 2017. Alla luce di quanto precede, il Consiglio europeo invita il Consiglio (art. 50) unitamente al negoziatore dell'Unione ad avviare discussioni preparatorie interne.

Conclusioni del Consiglio europeo del 14 dicembre 2017***

I. Sicurezza e difesa (*Omissis*)

II. Dimensione sociale, istruzione e cultura

I *leader* hanno sottolineato l'importanza della dimensione sociale, educativa e culturale delle nostre politiche per unire i cittadini europei e costruire il nostro futuro comune. A norma dei trattati, gli Stati membri restano i primi responsabili di questi settori, ma lavorando insieme, nel pieno rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, si possono ottenere notevoli risultati.

Dimensione sociale (*Omissis*)

Istruzione e cultura (*Omissis*)

III. Cambiamenti climatici (*Omissis*)

*** Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo è reperibile sul sito internet <http://www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions/>.

IV. Gerusalemme

L'UE ribadisce il suo impegno risoluto a favore della soluzione fondata sulla coesistenza di due Stati e, in tale contesto, la posizione dell'UE su Gerusalemme rimane immutata.

Riunione del Consiglio europeo del 15 dicembre 2017 (art. 50) - Orientamenti****

1. Il Consiglio europeo accoglie con favore i progressi compiuti durante la prima fase dei negoziati, quali indicati nella comunicazione della Commissione¹ e nella relazione congiunta², e decide che sono sufficienti per passare alla seconda fase, che concerne la transizione e il quadro delle future relazioni. Invita il negoziatore dell'Unione e il Regno Unito a completare i lavori in merito a tutte le questioni relative al recesso, comprese quelle non ancora affrontate nella prima fase, in conformità degli orientamenti del Consiglio europeo del 29 aprile 2017, a consolidare i risultati ottenuti e ad avviare l'elaborazione delle parti pertinenti dell'accordo di recesso. Sottolinea che i negoziati della seconda fase possono progredire solo nella misura in cui tutti gli impegni assunti durante la prima fase siano pienamente rispettati e tradotti fedelmente in termini giuridici nel più breve tempo possibile.

2. Durante la seconda fase dei negoziati, concernente le modalità transitorie e la visione globale del quadro delle future relazioni, gli orientamenti del Consiglio europeo del 29 aprile 2017 continuano ad applicarsi integralmente e devono essere rispettati. (*Omissis*)

**** In <http://www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions/>. A seguito della notifica a norma dell'art. 50 del TUE, il membro del Consiglio europeo che rappresenta lo Stato membro che recede non partecipa né alle deliberazioni né alle decisioni del Consiglio europeo che lo riguardano.

¹ Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo (art. 50) sullo stato di avanzamento dei negoziati con il Regno Unito a norma dell'art. 50 del trattato sull'Unione europea, Com(2017)784 final.

² Relazione congiunta dei negoziatori dell'Unione europea e del governo del Regno Unito in merito ai progressi compiuti nella prima fase dei negoziati a norma dell'art. 50 del TUE sul recesso ordinato del Regno Unito dall'Unione europea.

DOCUMENTAZIONE

COOPERAZIONE ENERGETICA DELL'UNIONE EUROPEA CON I PAESI TERZI: RUOLO DELL'ASSOCIAZIONE DELLE AUTORITÀ DELL'ENERGIA DEL MEDITERRANEO (MEDREG)

Guidelines of Good Practice on Third Party Access in the Mediterranean region*

(*Omissis*)

1. Scope and Objectives

The Association of the Mediterranean Regulators for Electricity and Gas (MEDREG), set up in 2006 as a working group and in 2007 as a non-profit association, has got among its general objectives «to promote the achievement of a consistent harmonized and investment-friendly regulatory framework aimed at providing the maximum benefits to energy consumers of the Mediterranean region».

The Ad-Hoc Group on Gas, as stated in MEDREG Action Plan 2012-2014, has planned to study possible recommendations and requirements that could lead to the development of an integrated, competitive, secure and functioning gas market in the Mediterranean region, starting from the assessment of the current status of natural gas and LNG markets and of the sector regulation in the MEDREG countries and its expected evolution.

* Med-Reg - Mediterranean Energy Regulators, WG Gas, November 2013. Il testo integrale è reperibile sul sito internet <http://www.medreg-regulators.org>. In argomento v. *infra*, p. 675 ss., il contributo di *PAOLO DAVIDE FARAH e RICCARDO TREMOLADA*.

To achieve this objective of developing an integrated, competitive and secure gas market in the Mediterranean region in the long-run, one of the most important prerequisites is to ensure that all suppliers and consumers have easy-accessible and non-discriminatory access to infrastructures.

As foreseen in MEDREG Action Plan 2012-2014, the Ad-Hoc Group on Gas has two tasks regarding Third Party Access (TPA):

- Study on TPA status in the region and future needs in order to develop an integrated Mediterranean market (2011).

- Carry out a document of Guidelines of Good Practice on Third Party Access (GGP on TPA) in the Mediterranean region (2013).

In December 2011 the General Assembly approved, at its 12th meeting, the report «Status review on Third Party Access in the Mediterranean region» which presents the results of the research regarding the first task.

The main conclusion of this monitoring exercise was that regulated TPA to the infrastructures is linked to the degree of development of the gas market. Many of these obligations are defined for EU countries in the gas Directive EC/73/2009 and the Regulation EC/715/2009. The more developed a gas market is, in terms of penetration of gas consumption, openness and liberalization, the more likely TPA to gas infrastructures is regulated, the rules for access to the infrastructures are published and the national regulatory authority has competencies regarding the approval of these rules.

In the countries that answered the questionnaire, generally and as a conclusion per subject it is possible to remark: -

The status of market opening, the quality of service and the dispute settlement are generally satisfactory.

- Unbundling, TPA to infrastructures, the existence of methodologies for capacity allocation and congestion management, transmission access tariffs, the existence of anti-hording mechanisms and of mechanisms to promote market need some improvement.

Taking into account the conclusions of this monitoring exercise, there is a vast majority of countries (mainly Northern Mediterranean countries) included in the study where the TPA regime to gas infrastructures is regulated. Nevertheless, even if the regulated TPA regime is widely present in the region, the capacity allocation mechanisms (CAM) and congestion management procedures (CMP) are not very developed yet. In many of the countries, the drafting of CAM and CMP rules is under way. In consequence, the regulated TPA has not been translated yet into a significant competition level in some natural gas markets. Furthermore, there are some countries where the natural gas infrastructures are not open to third party access or their gas markets are just emerging markets.

In view of the results obtained, it can be stated that the situation of TPA to infrastructures in the Mediterranean region gas markets can be improved and some measures can be proposed pursuing to this goal, namely the development of Guidelines of Good Practice on Third Party Access in the Mediterranean region.

From the national regulatory authorities perspective the TPA to the infrastructures should be extended as much as possible and the guidelines identified in this document should be followed by the MEDREG countries. The Ad-Hoc Group on Gas also understands that, given the disparity of situations in the region, at the beginning it would be difficult to comply with all of the recommendations as markets are progressively developing.

In consequence, the different TPA requirements have been classified according to three priority levels, depending on the development degree of the natural gas markets concerned:

- Priority 1: Items that all MEDREG countries should comply with, independently from the development degree of their national gas markets.
- Priority 2: Items that all MEDREG countries where there is a TPA regime in place should comply with.
- Priority 3: Items that all MEDREG countries with more developed gas markets, in terms of penetration of gas consumption, openness and liberalization should comply with.

We would like to highlight the fact that these TPA specifications have been set up not only for transmission but also for storage and LNG infrastructures. This is why the operators of all these type of infrastructures are concerned by these guidelines, and they are consequently mentioned in the document.

These Guidelines of Good Practice on Third Party Access in the Mediterranean region are aimed at *i.* clarifying the roles and responsibilities of the main parties dealing with gas infrastructures; *ii.* ensuring the application of the principle of non-discrimination, *iii.* facilitating cross border trade and customer choice through competition in the markets, and *iv.* avoiding distortions to trade. A defined, easy-accessible and non-discriminatory access to the infrastructures shall facilitate the development of a competitive, integrated and secure gas market in the MEDREG region.

Even though the Guidelines of Good Practice on Third Party Access in the Mediterranean region are not legally binding and, consequently no requirement can be made under them that contravene national legislations, MEDREG members are committed to encourage their implementation while respecting their national legal framework.

The progress in implementing the Guidelines of Good Practice on Third Party Access in the Mediterranean region and the compliance with them will be monitored regularly by the MEDREG Ad-Hoc Group on Gas.

2. Guidelines of Good Practice on Third Party Access in the Mediterranean region

According to the aspects addressed in the report «Status review on Third Party Access in the Mediterranean region», the Guidelines of Good Practice on Third Party Access in the Mediterranean region focus on: market opening, un-

bundling, TPA to the infrastructures, network code and TPA rules, tariffs, methodologies for capacity allocation and congestion management, balancing, anti-hording mechanisms, quality of service and dispute settlement.

For each aspect are referred, in a very resumed way, the main conclusions of the previous study «Status review on Third Party Access in the Mediterranean region».

(Omissis)

LA COOPERAZIONE ENERGETICA DELL'UNIONE EUROPEA E IL GAS NATURALE NEL BACINO DI LEVANTE: QUALE RUOLO PER L'ASSOCIAZIONE DELLE AUTORITÀ DELL'ENERGIA DEL MEDITERRANEO (MEDREG)?*

Sommario: **I.** *Giacimenti di gas naturale nell'area del Levante: il difficile contesto geopolitico* - **II.** *L'individuazione delle competenze dell'Unione europea in campo energetico* - **III.** *La pluralità di stakeholder come ostacolo ad una politica energetica dell'Unione europea* - **IV.** *L'Associazione delle Autorità dell'Energia del Mediterraneo (MedReg)* - **V.** *La continuità tra l'acquis eurounitario in materia energetica e il MedReg* - **VI.** *La portata del MedReg nello sviluppo di una cooperazione energetica estesa all'intera macroregione mediterranea* - **VII.** *Conclusioni: il MedReg verso la EU Southern Mediterranean Energy Community.*

I. Giacimenti di gas naturale nell'area del Levante: il difficile contesto geopolitico

Le potenzialità dei giacimenti di gas naturale collocati nell'area orientale del Mediterraneo, nella zona marittima compresa tra Cipro, Siria, Libano, Territori palestinesi e Israele, stanno attraendo le compagnie energetiche di tutto il mondo¹. Invero, la scoperta e lo sfruttamento di giacimenti

* This scientific result is part of the West Virginia University Energy Institute, West Virginia University Center for Innovation in Gas Research and Utilization (CIGRU) and West Virginia University Institute of Water Security and Science (IWSS), WV, USA. The research leading to these results has received funding from the People Programme (Marie Curie Actions) of the European Union's Seventh Framework Programme (FP7/2007-2013) under REA grant agreement n° 269327 Acronym of the Project: EPSEI (2011-2015) entitled «Evaluating Policies for Sustainable Energy Investments: Towards an Integrated Approach on National and International

di gas naturale nel Bacino di Levante potrebbero rivelarsi decisivi nella definizione degli equilibri geopolitici ed energetici del Mediterraneo e dell'Unione europea².

Queste ingenti risorse di idrocarburi hanno nondimeno già dato la stura ad alcune tensioni ingenerate dal coacervo di interessi che caratterizzano quest'area. Anzitutto, il Libano ha rivendicato che i giacimenti denominati Leviathan e Tamar, i principali del Bacino di Levante, rientrino nella zona economica esclusiva di sua competenza, ponendosi in contrasto con le mire energetiche israeliane³. Al contempo, la Turchia e il territorio conteso della Repubblica Turca di Cipro del Nord hanno negato la legittimità delle trivellazioni esplorative svolte dalla Repubblica di Cipro, eccependone la non conformità rispetto alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare⁴.

Orbene, l'analisi della regolazione e degli aspetti di cooperazione energetica in quest'area geografica non può prescindere dalle diverse tensioni aventi un impatto sulla ripartizione e lo sfruttamento delle risorse di gas naturale. Basti pensare al conflitto arabo-israeliano, che crea instabilità a livello sociale e costituisce un alto rischio per gli investimenti, o alle

Stage», within the results coordinate by gLAWcal – Global Law Initiatives for Sustainable Development and led by Professor Paolo Davide Farah. The article is the result of the joint research of the authors as shown in the par. VII. Paolo Davide Farah focused on par. I, II, III, V and Riccardo Tremolada on par. IV and VI. The respective comments and inputs are gratefully acknowledged. Corresponding Author E-mail address, Professor Paolo Davide Farah: paolo-farah@yahoo.com.

¹ C. J. SCHENK - M. A. KIRSCHBAUM - R. R. CHARPENTIER - T. R. KLETT - M. E. BROWNFIELD - J. K. PITMAN - T. A. COOK e M. E. TENNYSON, *Assessment of undiscovered oil and gas resources of the Levant Basin Province, Eastern Mediterranean: U.S. Geological Survey Fact Sheet 2010-3014*, 2010, p. 4 ss., reperibile sul sito internet <https://pubs.usgs.gov/fs/2010/3014/>.

² L'attività esplorativa al largo delle coste orientali del Mediterraneo si è sviluppata a partire dal 1999, quando cinque giacimenti di gas naturale sono stati individuati ad una bassa profondità lungo la costa occidentale della città di Ashqelon e della Striscia di Gaza. Queste scoperte hanno permesso di raccogliere dati geofisici in tutta la regione del Mediterraneo orientale, soprattutto nel Bacino di Levante. Una svolta fondamentale ha avuto luogo nel 2009, quando la società Noble Energy scoprì il campo Tamar (250 miliardi di metri cubi) al largo della costa israeliana. In seguito, la Noble Energy individuò altri due giacimenti nel Bacino di Levante: il campo Leviathan (476 miliardi di metri cubi), ritrovato al largo delle coste di Israele nel 2010, e il giacimento Afrodite (140-220 miliardi di metri cubi), al largo di Cipro nel 2011. S. TAGLIAPIETRA, *Towards a New Eastern Mediterranean Energy Corridor? Natural Gas Developments Between Market Opportunities and Geopolitical Risks*, in Fondazione Eni Enrico Mattei, 2013, reperibile sul sito internet <https://ssrn.com/abstract=2225272>.

³ I. TRILNICK, *Don't Be Nigeria: Israel Must Keep its Gas, Expert Urges*, *Haaretz*, 21 giugno 2012, reperibile sul sito internet <https://www.haaretz.com/don-t-be-nigeria-israel-must-keep-its-gas-expert-urges-1.5183656>. Si veda anche D. AMSELLEM, *Israël, à l'heure du Stress Énergétique. Energie et Transport au Proche-Orient*, 31 ottobre 2012, reperibile sul sito internet <https://israelenergy.hypotheses.org/36>.

⁴ Cfr. United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, reperibile sul sito internet http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf. Si veda J.-P. BEURIER & AL., *Droits maritimes*, Parigi, Dalloz, 2008, p. 1216.

tensioni politiche a Cipro, ai disordini in Egitto e alla perdurante guerra in Siria. Tale articolato contesto incide negativamente sulla domanda di energia rendendone difficilmente prevedibili le fluttuazioni e comprimendone le prospettive di produzione, commercializzazione ed esportazione, impedendo altresì l'avvio dei necessari progetti infrastrutturali funzionali.

A ciò si aggiunga che anche il quadro fattuale energetico dell'area è in costante mutamento: a fine agosto 2015, la società italiana di energia Eni ha annunciato la scoperta di un grande giacimento di gas naturale nella zona del Levante, al largo della costa egiziana (denominato bacino di Zohr), con riserve stimate in 850 miliardi di metri cubi⁵. Resta da valutare l'impatto che una tale scoperta provocherà all'interno del panorama energetico regionale. Nel 2016, Eni ha venduto quote minori nella concessione di Shorouk (all'interno del giacimento di Zohr) a BP e Rosneft: alla compagnia russa è stato ceduto il 30 per cento⁶, mentre al colosso inglese è andata la quota del 10 per cento⁷. Da ultimo, nel febbraio 2017, l'Amministratore Delegato di Eni è stato ricevuto dal Presidente egiziano Abdel Fattah al-Sisi al quale ha confermato l'avvio della produzione di Zohr entro la fine del 2017⁸.

Stante la forte dipendenza energetica dell'UE⁹, la diversificazione delle fonti di energia rimane un imperativo. In tale ottica, il ruolo che il gas del Mediterraneo orientale può svolgere non deve essere sottostimato, atteso il suo potenziale economico ed in termini geopolitici. Il mentovato in-

⁵ ENI, *Eni Discovers a Supergiant Gas Field in the Egyptian Offshore, the Largest Ever Found in the Mediterranean Sea*, comunicato stampa del 30 agosto 2015, reperibile sul sito internet https://www.eni.com/en_IT/media/2015/08/eni-discovers-a-supergiant-gas-field-in-the-egyptian-offshore-the-largest-ever-found-in-the-mediterranean-sea.

⁶ ENI, *Eni vende a Rosneft la quota del 30% nella concessione di Shorouk, nell'offshore dell'Egitto*, comunicato stampa del 12 dicembre 2016 reperibile sul sito internet https://www.eni.com/it_IT/media/2016/12/eni-vende-a-rosneft-la-quota-del-30-nella-concessione-di-shorouk-nelloffshore-dellegitto.

⁷ ENI, *Eni e BP perfezionano la cessione del 10% di Shorouk, nell'offshore in Egitto*, comunicato stampa del 13 febbraio 2017 reperibile sul sito internet https://www.eni.com/it_IT/media/2017/02/eni-e-bp-perfezionano-la-cessione-del-10-di-shorouk-nelloffshore-in-egitto.

⁸ ENI, *Una sfida coraggiosa e il successo del "dual exploration model"*, reperibile sul sito internet https://www.eni.com/it_IT/attivita/upstream/modello-esplorativo/zohr-egitto.page?lnkfrm=serp.

⁹ L'Unione europea dipende per il 53% da risorse energetiche esterne. Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 25 febbraio 2015, *Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente*, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici, Com(2015)80 final, p. 2. EUROSTAT, *Energy production and imports*, maggio 2015, reperibile sul sito internet http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Energy_production_and_imports.

stabile *milieu* geopolitico impone anzitutto un'analisi del quadro giuridico pertinente e degli strumenti normativi rilevanti¹⁰.

Orbene, considerato l'elevato numero di attori il cui coinvolgimento è fondamentale al fine di realizzare una maggiore cooperazione energetica dell'area del Levante mediterraneo, il presente contributo intende vagliare il ruolo svolto dall'Associazione delle Autorità dell'Energia del Mediterraneo («MedReg»), svolgendo alcune preliminari valutazioni in merito al grado di integrazione e sviluppo del mercato energetico nella regione euromediterranea¹¹.

La cooperazione rappresenta un obiettivo fondamentale per l'Unione europea nel settore energetico dell'area geografica in questione. Essa mira ad instaurare un maggior coordinamento tra i Paesi membri dell'Unione europea al fine di consentire un dialogo «*a una sola voce*»¹² con i fornitori

¹⁰ Per un'approfondita analisi delle implicazioni legali e geopolitiche dello sfruttamento delle risorse energetiche nell'area del Mediterraneo orientale, si vedano E. S. ABU GOSH - R. LEAL-ARCAS, *Gas and Oil Explorations in the Levant Basin: The Case of Lebanon and Israel*, in *Oil, Gas & Energy Law Journal*, 2013, vol. 11, issue n. 3; R. LEAL-ARCAS - A. FILIS, *Legal Aspects of Inter-State Maritime Delimitation in the Eastern Mediterranean Basin*, *ivi*.

¹¹ A livello europeo, l'attuale quadro normativo comprende diversi strumenti di regolamentazione dell'energia oltre alle autorità nazionali di regolazione, quali il Council of European Energy Regulators (CEER), l'European Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER), il Council of European Energy Regulators (CEER), l'European Network of Transmission System Operators for Electricity (ENTSO-E, Associazione dei gestori dei sistemi di trasmissione europei (TSO) per l'elettricità), e lo European Network of Transmission System Operators for Gas (ENTSO-G, Associazione dei gestori dei sistemi di trasmissione europei (TSO) per il gas). Un ruolo fondamentale è svolto dall'Energy Charter Treaty (ECT), che costituisce l'unico accordo multilaterale sulla promozione e protezione degli investimenti energetici, la cui principale missione è quella di «set up a legal framework for key dimensions of international energy relations-security of investment and security of supply and demand» nonché «for the demands of the changing international energy market». A. MERNIER, *The Energy Charter Treaty Remains a Vital Legal Instrument in a Rapidly Changing and Challenging Global Environment*, Brussels, 2008, reperibile sul sito internet https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Events/20080416-ECT_10th_Anniversary_AMernier_Speech.pdf. Il trattato può essere definito, non esclusivamente europeo, in quanto ha più una portata eurasiatica o internazionale. J. DORÉ, *Negotiating the Energy Charter Treaty*, in T. W. WÄLDE (eds.), *The Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment & Trade*, London-The Hague-Boston, Kluwer Law International, 1996; H. J. SCHROTH, *The Energy Charter Treaty (ECT) in the Context of the Treaties of the European Union*, in T. W. WÄLDE (eds.), *The Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment & Trade*, *loc. cit.*, p. 240 ss. Il processo di ratifica dell'ECT è consultabile sul sito internet www.encharter.org. Sull'ECT, si vedano C. C. RIBEIRO, *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, Huntington, New York 11743, JurisNet, 2006, reperibile sul sito internet http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/tc_toc_invsmtarbnrgchrtrtrty.pdf; R. PETROV, *Applying the European Union's "Energy Acquis" in Eastern Neighbouring Countries: The Cases of Ukraine and Moldova*, in *Oil, Gas & Energy Law*, 2014, 2. Si veda, altresì, la comunicazione della Commissione dell'11 marzo 2003, *Wider Europe - Neighbourhood: A New Framework for Relations with our Eastern and Southern Neighbours*, Com (2003)104 final dell'11 marzo 2003.

¹² Tale espressione veniva usata in ambito pre-Lisbona con riferimento alle relazioni commerciali esterne della Comunità europea in settori a competenza condivisa. R. LEAL-ARCAS, *Theory and Practice of EC External Trade Law and Policy*, London, Cameron May, 2008.

energetici e gli Stati extra-UE, si da consolidare la posizione dell'UE nel più ampio contesto energetico macroregionale¹³. L'evidente necessità di cooperazione postula infatti l'individuazione di una strategia per creare un mercato interno dell'energia a livello europeo (nell'acronimo inglese, «EIEM» - European Internal Energy Market), in grado di abbracciare anche il Mediterraneo orientale mediante meccanismi di collaborazione compatibili con le esigenze e gli interessi concorrenti degli altri Paesi coinvolti¹⁴.

A questo riguardo, sarebbe anzitutto auspicabile addivenire ad una maggiore integrazione dei diversi mercati energetici nazionali degli Stati membri dell'UE con i mercati energetici dei Paesi limitrofi dell'area mediterranea. Pur ammettendo la ragionevolezza dell'approccio che invoca lo stabilimento di un mercato unico dell'energia di dimensione strettamente eurolunitaria, ad opinione di chi scrive, la messa in atto di un processo graduale che prediliga inizialmente una fase di integrazione tra gli Stati membri e che solo in un secondo momento coinvolga anche i Paesi limitrofi, rischierebbe di risolversi in un'idea obsoleta, concretizzantesi fuori tempo massimo.

D'altronde, un mercato energetico allargato a tutta la regione mediterranea non potrebbe prescindere dall'elaborazione di un quadro normativo, regolatorio e di cooperazione comune all'intera area geografica. La prospettiva di riuscire a forgiare una solida cooperazione energetica, infatti, da un lato contribuirebbe a stabilizzare l'area dal punto di vista politico, mentre dall'altro favorirebbe lo sviluppo dei meccanismi di coordinamento tra regimi giuridici e l'elaborazione di norme più efficaci in materia di concorrenza, attirando quindi gli investimenti esteri nella regione grazie ad un complessivo miglioramento del quadro normativo¹⁵.

¹³ C. HILLION, *Mixity and Coherence in EU External Relations: The Significance of the "duty of cooperation"*, in *CLEER Working Papers*, The Hague, T.M.C. Asser Institute, 2009, reperibile sul sito internet http://www.asser.nl/%5Cupload%5Cdocuments%5C9212009_14629clee09-2full.pdf.

¹⁴ C. JONES (eds.), *EU energy law*, vol. 1, *The Internal Energy Market - The Third Liberalisation Package*, Leuven, Claey's & Casteels Publishing, 2010.

¹⁵ L'auspicato modello di coordinamento appena descritto, pressoché embrionale nel settore del gas, è già presente, o per lo meno maggiormente abbozzato, con riguardo alla fornitura di energia elettrica, e viene attuato dalle Autorità regionali di regolazione, quali il Mediterranean Transmission System Operators ("Med-Tso"), che raggruppa 19 società elettriche di 17 Paesi del Mediterraneo, compresi Israele e Territori palestinesi. L'obiettivo del Med-Tso è quello di promuovere e realizzare un piano di sviluppo e integrazione della rete elettrica nella regione mediterranea. Cfr. www.med-tso.com. Si veda altresì C. CAMBINI - D. FRANZI, *Independent Regulatory Agencies and Rules Harmonization for the Electricity Sector and Renewables in the Mediterranean Region*, in *Energy Policy*, 2013, p. 179 ss.

II. L'individuazione delle competenze dell'Unione europea in campo energetico

Una cooperazione in campo energetico inclusiva della macroregione mediterranea deve anzitutto misurarsi con la complessa individuazione delle competenze delle istituzioni eurounitarie in materia energetica.

Com'è noto, sebbene il Trattato di Roma non contemplasse una base giuridica specificamente consacrata alle competenze della Comunità in materia di energia, un'interpretazione teleologica ha permesso all'Unione europea di esercitare di fatto le proprie competenze in questo settore. In particolare, così interpretando l'art. 8, lett. *a.*, Trattato CEE¹⁶ se ne deduceva un obbligo di porre in essere un mercato interno dell'energia come obiettivo funzionale all'attuazione di un mercato interno *tout court*, atteso il riflesso del mercato energetico sui costi di produzione e sulla competitività degli operatori economici. Ebbene, a partire dagli anni Ottanta del ventesimo secolo, le istituzioni comunitarie iniziarono ad elaborare una disciplina sull'energia nel quadro giuridico del Trattato di Roma, sebbene la carenza di disposizioni specifiche sul punto ingenerasse potenziali conflitti con il principio generale di allocazione delle competenze. In assenza di un fondamento normativo unitario, la normazione in materia di energia si è pertanto sviluppata in modo parcellizzato sulla scorta di strumenti di diritto derivato e nell'alveo di diversi ambiti, quali le relazioni esterne, il diritto ambientale e della concorrenza, dando luogo a non pochi dubbi di interpretazione e di applicazione, perplessità ed incertezze¹⁷.

Lo sviluppo settoriale e non integrato della competenza energetica dell'UE in via di fatto ha dunque avuto luogo muovendo da una serie eterogenea di basi giuridiche e, in specie, dall'art. 114, TFUE (già art. 95 CE). Dal punto di vista sostanziale, lo sviluppo atomistico del diritto dell'energia e della competenza energetica dell'Unione si è riflesso nella dif-

¹⁶ Cfr. Trattato che istituisce la Comunità economica europea (Trattato CEE), firmato il 25 marzo 1957 insieme al Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica (Trattato Euratom): insieme sono chiamati «Trattati di Roma». Si vedano T. WALDE, *The International Dimension of EU Energy Law and Policy*, in MALGOSIA FITZMAURICE - MILENA SZUNIEWICZ, *Exploitation of Natural Resources in the 21st Century*, The Hague, Kluwer Law International, 2003; A. RÖNNE - M. ROGGENKAMP - C. REDGWELL - I. DEL GUAYO, *Energy Law in Europe-National, EU and International Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2016; K. TALUS, *EU Energy Law and Policy: A Critical Account*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

¹⁷ Occorre infatti rilevare che la rilevanza del settore energetico, ancorché non menzionato espressamente dal Trattato CEE, emerge chiaramente, atteso che l'energia investe trasversalmente tutti i settori economici. M. GRIPPO - F. MANCA, *Manuale breve di diritto dell'energia*, Padova, Cedam, 2008. Per una prospettiva evolutiva del tema, cfr. R. LEAL-ARCAS - J. ALEMANY RIOS, *The Creation of a European Energy Union*, in *European Energy Journal*, 2015, 3, p. 24 ss.

ficoltà del legislatore europeo di sviluppare un approccio unitario al diritto dell'energia, in grado di offrire strumenti univoci in grado di realizzare una maggiore integrazione del mercato energetico, operando in un'ottica di lungo periodo¹⁸.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹⁹, il 1° dicembre 2009, ha potenziato notevolmente il ruolo dell'UE nelle relazioni esterne, sia in termini giuridici sia economici. Inoltre, si è operata l'inclusione dell'energia tra le materie di legislazione concorrente tra l'Unione europea e gli Stati membri. Oggi, in maniera maggiormente armonica e comprensiva rispetto al passato²⁰, il TFUE riconosce espressamente gli obiettivi della politica energetica dell'UE (art. 194 TFUE) e delle reti transeuropee, ivi incluse quelle energetiche (le «TEN-E». Cfr. artt. 170-172), promuovendo il funzionamento del mercato interno dell'energia, la sicurezza dell'approvvigionamento energetico, il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo delle energie rinnovabili, l'interconnessione delle reti energetiche.

Il nuovo art. 122, par. 1, TFUE precisa che tali obiettivi devono essere eseguiti in uno spirito di solidarietà, in specie «il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia». Mentre questa disposizione riafferma la competenza dell'UE di adottare misure per prevenire future minacce alla sicurezza, allo stesso tempo, è difficile inquadrare lo «*spirit of solidarity*», dal momento che nessun obbligo giuridico vincolante è stato stabilito per gli Stati membri, e in effetti la solidarietà rimane ancora debole. Un tentativo di rafforzare questo dispositivo è stato fatto con il Regolamento (Ue) n. 994/2010 sulla sicurezza dell'approvvigionamento di gas, adottato alla fine del 2010, ed elaborato in risposta ad alcuni episodi, come le controversie sul gas tra Ucraina e Russia. Il Regolamento promuove un'applicazione più uniforme e coerente delle misure per la sicu-

¹⁸ R. LEAL-ARCAS - A. FILIS, *The Fragmented Governance of the Global Energy Economy: a Legal Institutional Analysis*, in *The Journal of World Energy Law & Business*, 2013, 4, p. 1 ss.; R. LEAL-ARCAS - A. FILIS, *Conceptualizing EU Energy Security Through an EU Constitutional Law Perspective*, in *Fordham International Law Journal*, 2013, 5, p. 1225 ss.

¹⁹ B. DELVAUX - A. GUIMARAES-PUROKOSKI, *Vertical Division of Competences in the Energy Field between the European Community and its Member States - Some Remarks on the Evolution of European Energy Law and Policy*, in B. DELVAUX - M. HUNT - K. TALUS (eds.), *EU Energy Law and Policy Issues*, Bruxelles, Euroconfidentiel, 2008, p. 9 ss.

²⁰ Sui perduranti problemi relativi ad un ancoraggio normativo eurounitario in materia energetica, S. ANDOURA - J.-A. VINOIS, *From the European Energy Community to the Energy Union: A Policy Proposal for the Short and the Long Term*, Paris-Berlin, *Notre Europe - Jacques Delors Institute*, Studies & Report, January 2015.

rezza dell'approvvigionamento di gas, e si propone di raggiungere un livello di programmazione e di pianificazione più elevato e adeguato alla gestione delle crisi energetiche nella maggior parte degli Stati membri. Tuttavia, non è in grado di portare a risultati ulteriori e significativi in materia di solidarietà²¹.

Il TFUE dispone altresì che le misure adottate dalle istituzioni dell'Unione europea al fine di realizzare tali obiettivi non pregiudichino il diritto di uno Stato membro di *a.* determinare le condizioni di utilizzo delle proprie fonti energetiche, *b.* scegliere tra fonti energetiche alternative e *c.* definire la struttura generale del proprio approvvigionamento energetico²².

Si noti inoltre che la riforma di Lisbona ha inquadrato il settore degli investimenti e delle considerazioni di ordine non commerciale nel più ampio ambito della promozione internazionale dei principi e dei valori dell'UE, come ad esempio favorire lo stabilimento dell'economia di mercato nei Paesi terzi e, di conseguenza, sempre a questo scopo, l'obiettivo di "europeizzarne" i sistemi istituzionali e giuridici e di creare uno Spazio giuridico europeo²³. L'Unione europea, infatti, ha spesso cercato di utilizzare un multilateralismo settoriale allo scopo di promuovere il proprio *acquis* in vari ambiti. Tale strumento si è normalmente sviluppato mediante accordi bilaterali settoriali tra l'UE e i Paesi terzi, tesi a favorire una parziale europeizzazione dei Paesi terzi interessati limitatamente al settore in questione²⁴, in specie consentendo loro un graduale accesso al mercato interno dell'UE²⁵.

Orbene, uno degli esempi più significativi di europeizzazione ha avuto luogo in campo energetico attraverso l'adesione di un cospicuo numero di

²¹ J. F. BRAUN, *EU Energy Policy under the Treaty of Lisbon Rules Between a New Policy and Business as Usual*, in *European Policy Institutes Network (EPIN) Working Paper*, 2011.

²² Art. 194, par. 2, TFUE.

²³ M. CREMONA, *The Union as a Global Actor: Roles, Models and Identity*, CMLR, 2004, p. 553; P. LEINO - R. PETROV, *Between "Common Values" and Competing Universals; The Promotion of the EU's Common Values through the European Neighbourhood Policy*, in *European Law Journal*, 2009, p. 654; A. BENDIEK - H. KRAMER, *The EU as a "Strategic" International Actor: Substantial and Analytical Ambiguities*, in *European Foreign Affairs Review*, 2010, p. 453; P. D. FARAH, *Trade and Progress: The Case of China*, in *30 Columbia Journal of Asian Law*, vol. 30, n. 1, 2016, pp. 97-107; P. D. FARAH - E. CIMA (eds.), *China's Influence on Non-Trade Concerns in International Economic Law*, in *Global Law and Sustainable Development Book Series*, New-York-London, Routledge Publishing, 2016.

²⁴ Sul concetto di «europeizzazione», si veda J. P. OLSEN, *The Many Faces of Europeanisation*, in *Journ. Comm. M. St.*, 2003, p. 921.

²⁵ La nozione «*acquis* comunitario» è qui preferita rispetto alla locuzione «diritto dell'Unione europea», in quanto ritenuta più adatta a sottolineare il carattere globale e complesso del patrimonio giuridico dell'UE. Sul campo di applicazione dell'*acquis* eurounitario nel settore energetico, R. PETROV, *Applying the European Union's "Energy Acquis" in Eastern Neighbouring Countries: The Cases of Ukraine and Moldova*, *cit. supra*, nota 11.

Stati extra-UE all'*Energy Community*²⁶: tali Paesi, una volta diventati membri dell'*Energy Community*, si sono impegnati ad applicare e attuare efficacemente l'*acquis* energetico europeo, pur non essendo Stati membri dell'UE a pieno titolo.

È con questi esempi in mente e muovendo da questa prospettiva, dunque, che riteniamo che il MedReg sia uno strumento fondamentale per l'ulteriore europeizzazione del quadro regolatorio della regione²⁷.

III. La pluralità di *stakeholder* come ostacolo ad una politica energetica dell'Unione europea

È utile effettuare una valutazione degli obiettivi perseguiti dalla politica energetica dell'UE nei confronti dei Paesi terzi, tra i quali ovviamente quelli che si affacciano sul Bacino di Levante. La coerenza della politica energetica dell'UE è fondamentale per poter fornire energia sostenibile e sicura in modo competitivo²⁸, e l'efficacia di tale politica dipende dall'evoluzione di un mercato interno integrato e dal regolare e formale coordinamento politico degli obiettivi comuni da raggiungere a livello eurounitario.

Permangono tuttavia numerosi ostacoli alla realizzazione di questi obiettivi.

i. In primo luogo, si rileva l'eterogeneità dei diversi interessi nazionali, che genera la mancanza di un'azione comune esterna a livello europeo su questa materia. Ad esempio, durante la controversia sul gas tra Russia e Ucraina nel gennaio 2009, una politica energetica unitaria a livello europeo avrebbe potuto mitigare le ripercussioni di tale crisi, sia internamente che esternamente. Se l'Unione europea fosse già riuscita ad esercitare compiutamente il proprio potere di agire per eliminare gli ostacoli al raggiungimento dell'obiettivo della piena realizzazione del mercato unico anche nel settore energetico, questo avrebbe probabilmente permesso di contenere le

²⁶ Energy Community, *Facts in brief*, p. 1, reperibile sul sito internet www.energy-community.org. Sulla *Energy Community*, si veda R. LEAL-ARCAS - A. FILIS, *The Energy Community and the Energy Charter Treaty: Special Legal Regimes, their Systemic Relationship to the EU, and their Dispute Settlement Arrangements*, in *Oil, Gas & Energy Law Journal*, 2014, vol. 12, issue 2, p. 1 ss.

²⁷ R. KAROVA, *Rationale Behind the Establishment of the Energy Community*, in *EUI LAW Working Papers*, 2010; S. PADGETT, *Energy Co-operation in the Wider Europe: Institutionalizing Interdependence*, in *Journ. Comm. M. St.*, 2011, p. 1065.

²⁸ Sul punto si veda il libro verde della Commissione europea, dell'8 marzo 2006, *A European Strategy for Sustainable, Competitive and Secure Energy*, Com(2006)105 fin.

conseguenze negative derivanti dalla mancanza di informazioni condivise tra gli Stati membri in materia di approvvigionamento di gas²⁹.

ii. In secondo luogo, non esiste un allineamento o un accordo politico reale e sostanziale sulla relazione tra la dimensione esterna del mercato energetico europeo e la dimensione geopolitica e geostrategica delle relazioni con i Paesi produttori di energia e con quelli di transito.

iii. Infine, in ottica orizzontale, sussiste una profonda frammentazione istituzionale nella politica energetica esterna dell'UE, che sfocia spesso volte in un disaccordo di fondo e dà luogo ad un controllo estremamente diffuso e debole sui vari aspetti della politica energetica esterna³⁰.

Invero, in termini istituzionali, l'ambito energetico a livello europeo rappresenta un sistema multilivello disciplinato da una miriade di diversi soggetti, il cui raccordo non è sempre agevole. In particolare, il Trattato di Lisbona ha reso il coordinamento e la rappresentazione internazionale in campo energetico più complessi, ma non necessariamente più efficienti e razionali. Non può infatti essere taciuto il disorientamento dell'interprete innanzi la frammentazione istituzionale derivata dalla ripartizione delle competenze in materia di politica energetica esterna tra la Commissione europea, l'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e la Presidenza di turno del Consiglio, cui va aggiunto anche il ruolo del Parlamento europeo nel prestare il suo consenso. Tale architettura istituzionale, altresì, favorisce lo sviluppo di strategie incoerenti, finanche conflittuali, in seno ai diversi servizi della Commissione europea, il Segretariato del Consiglio dell'Unione e il Servizio Europeo per l'Azione Esterna con riguardo a questioni politiche e di mercato che necessariamente hanno un riflesso in ambito energetico³¹.

Oltre al ruolo delle istituzioni eurounitarie, un compito essenziale è tutt'oggi riconosciuto in capo agli Stati membri, che conducono la politica

²⁹ Commissione europea, 16 luglio 2007, *The January 2009 Gas Supply disruption to the EU: An assessment*, Com(2009)977; S. DE JONG - J. WOUTERS - S. STERKX, *The 2009 Russian-Ukrainian Gas Dispute: Lessons for European Energy Crisis Management after Lisbon*, in *European Foreign Affairs Review*, 2010, p. 511.

³⁰ B. VAN VOOREN, *Legal and Institutional Obstacles to an EU External EU Energy Policy post-Lisbon: Managing the Vertical and Horizontal Axes*, in *SIEPS Report*, 2011, reperibile sul sito internet <https://ecpr.eu/filestore/paperproposal/9167c3ef-000b-43ac-b76a-2d29c9dfc867.pdf>.

³¹ Questa elefantiaça e confusa ripartizione, come chiarito dall'allora Vicepresidente della Commissione Maros Šefčovič nel 2011, dà luogo di fatto a un gioco "a somma zero", il che significa che tutto ciò che un'istituzione guadagna in termini di competenze inevitabilmente corrisponde ad un'erosione delle competenze delle altre. Cfr. M. ŠEFČOVIČ, *The EU's Institutional Evolution since the Entering into Force of the Lisbon Treaty*, relazione al Convegno «Implementing the Lisbon Treaty», Brussels, 9 February 2011, reperibile sul sito internet [european.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-80_en.pdf](http://ropa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-80_en.pdf).

energetica in seno al Consiglio dell'UE e al Consiglio europeo. Inoltre, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, molte questioni in materia energetica rimangono riservate ai singoli Stati membri e presidiate dalla regola dell'unanimità, ossia *a.* le misure in materia di tassazione dei prodotti energetici, *b.* i diritti degli Stati membri a decidere le condizioni di utilizzo delle loro risorse energetiche, *c.* le scelte tra le diverse fonti di energia, e *d.* la struttura generale del loro approvvigionamento energetico. Oltre a ciò, gli Stati membri godono del diritto di svolgere le loro relazioni bilaterali con i Paesi terzi come meglio credono, ancorché siano soggetti agli obblighi generali di leale collaborazione e alle regole *antitrust*³². Questa nuova base giuridica per la politica energetica chiaramente struttura e consacra la responsabilità condivisa della politica energetica dell'UE tra le istituzioni eurounitarie e gli Stati membri in termini di competenza mista riguardo ad una materia avente una natura trasversale ed orizzontale³³.

Allo stesso modo, anche le aziende energetiche europee, tanto quelle internazionali come quelle nazionali, esercitano un'influenza sostanziale nel settore della politica energetica, poiché prendono parte attivamente al Comitato economico e sociale, e partecipano a diversi *forum* di dialogo europei, nonché a diverse attività di *lobbying* a livello europeo e nazionale³⁴.

Alla luce delle considerazioni svolte finora, è del tutto evidente che le istituzioni eurounitarie e gli Stati membri, sotto il Trattato di Lisbona, risultano dipendenti le une dagli altri, in specie per quanto concerne le politiche di competenza condivisa, qual è l'energia. In tale ottica risulta dunque condivisibile l'appello della Commissione europea nella Comunicazione sull'Energia 2020 ad un maggiore coordinamento della politica energetica a tutti i livelli³⁵.

³² Cfr. art. 194, par. 2 e 3, TFUE.

³³ S. ANDOURA - L. HANCHER e M. VAN DER WOUDE, *Towards a European Energy Community: A Policy Proposal*, in *Notre Europe Studies & Research Series*, 76, 2010, reperibile sul sito internet <http://www.notre-europe.eu/media/etud76-energy-en.pdf?pdf=ok>.

³⁴ F. ERMACORA, *The Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER)*, in E. CABAU - C. JONES (eds.), *EU energy law*, vol. 1, *The Internal Energy Market - The Third Liberalisation Package*, cit. *supra*, nota 14, p. 257; L. HANCHER - A. DE HAUTELOCQUE, *Manufacturing the EU Energy Markets: The Current Dynamics of Regulatory Practice*, in *Competition and Regulation in Network Industries*, 2010, 3, p. 307 ss., reperibile sul sito internet <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/15514>.

³⁵ Il 10 novembre 2010, la Commissione europea ha adottato la comunicazione «Energy 2020 - A Strategy for Competitive, Sustainable and Secure Energy». La comunicazione definisce le priorità energetiche per i prossimi dieci anni, le azioni da intraprendere al fine di affrontare le sfide del risparmio energetico e la realizzazione di un mercato con premi competitivi e forniture sicure, la promozione del primato tecnologico, e l'effettiva negoziazione con i *partner* internazionali. Comunicazione della Commissione europea del 10 novembre 2010, *Energy 2020 - A Strategy for Competitive, Sustainable and Secure Energy*, Com(2010)639 fin.

IV. L'Associazione delle Autorità dell'Energia del Mediterraneo (Med Reg)

Nella sezione che segue, si cercherà di evidenziare il ruolo che l'Associazione delle Autorità dell'Energia del Mediterraneo (o «MedReg») può svolgere nell'ambito della cooperazione energetica dell'Unione europea con i Paesi terzi, segnatamente con riferimento all'area del Levante mediterraneo.

Il MedReg è stato istituito nel 2007 e riunisce le principali autorità energetiche (Ministeri o Autorità indipendenti) di 25 Paesi dell'area mediterranea³⁶. Esso ha come obiettivo primario lo sviluppo di un quadro normativo trasparente, stabile e armonizzato in materia di energia tra i Paesi membri, ponendo su un piano di parità alcuni Stati soggetti al diritto eurounitario e altri che invece non sono formalmente vincolati al rispetto dell'*acquis* dell'UE in materia energetica³⁷. Il MedReg è finanziato dall'European Neighbourhood and Partnership Instrument («ENPI»), che fornisce assistenza ai Paesi nell'ambito della Politica europea di vicinato e la Russia.

Dal punto di vista istituzionale, il MedReg è strutturato attorno ad un'Assemblea Generale, che ne costituisce l'organo decisionale responsabile delle politiche, del piano d'azione, delle linee guida operative, dei documenti di bilancio e dei vari gruppi tecnici. Il Comitato Direttivo, invece, dirige i lavori dell'Assemblea generale e supervisiona l'attuazione del piano d'azione, convocando ogni sei mesi i rappresentanti dei singoli Stati membri. Il Segretariato generale, infine, svolge un ruolo di garanzia per l'attuazione del piano d'azione, la trasparenza e lo scambio di informazioni tra i membri. Il MedReg si compone altresì di diversi gruppi di lavoro tematici, che si occupano specificamente di gas, elettricità, tutela dell'ambiente, fonti di energia rinnovabili ed efficienza, coprendo ambiti che corrispondono alle aree di attività dell'*Energy Community*³⁸.

³⁶ I membri del MedReg sono i seguenti: Albania, Algeria, Bosnia-Herzegovina, Croazia, Cipro, Egitto, Francia, Grecia, Israele, Italia, Giordania, Libia, Malta, Montenegro, Marocco, Autorità palestinese, Portogallo, Slovenia, Spagna, Tunisia e Turchia. Cfr. Mediterranean Energy Regulators, si veda www.medreg-regulators.org.

³⁷ Un esempio recente riguardante la necessità di implementare il *dynamic energy acquis* dell'UE è rappresentato dal «Third Package» energetico adottato nel 2009, che prevede una ulteriore liberalizzazione del mercato del gas e dell'elettricità interna nell'Unione europea, sostituendo la direttiva n. 2003/54/Ce e il Regolamento (Ce) n. 1228/2003, in *Gu-Ue* n. L 176 del 15 luglio 2003, rispettivamente a p. 37 ss. e p. 1 ss., con la nuova direttiva n. 2009/73/Ce e i Regolamenti (Ce) n. 715/2009 e n. 713/2009, pubblicati in *Gu-Ue* n. L211 del 14 agosto 2009, rispettivamente a p. 94 ss., p. 36 ss. e p. 1 ss.

³⁸ In seno al MedReg sono stati infatti istituiti numerosi gruppi di lavoro *ad hoc* sulle seguenti questioni: *i.* l'integrazione dei mercati dell'elettricità nei paesi del Maghreb (Algeria, Marocco e Tunisia); *ii.* la cooperazione con la Confederazione Internazionale dei regolatori dell'energia, che coordina i rappresentanti del MedReg all'interno dei singoli gruppi di lavoro; *iii.* le questioni relative ai consumatori, con lo scopo di tutelare maggiormente i consumatori domestici nei Paesi del MedReg; e *iv.* le infrastrutture. Si veda www.medreg-regulators.org.

A questo proposito, è importante notare che, sebbene il «Concept and Strategy Paper»³⁹ del MedReg rimarchi la continuità rispetto all'*Energy Community*, al fine di favorire il coinvolgimento degli Stati del Mediterraneo nella cooperazione energetica con una maggiore integrazione del mercato, l'approccio metodologico adottato dal MedReg è sostanzialmente diverso da quello dell'*Energy Community*, in quanto, alla luce delle cruciali sfide energetiche della regione del Mediterraneo, riconosce l'importanza di stabilire, attraverso le Autorità nazionali di regolazione dell'energia, un terreno istituzionale che promuova un approccio dal basso («*bottom-up*»), in modo da garantire una maggiore armonizzazione della legislazione sui mercati energetici e realizzare, nel medio periodo, l'integrazione del mercato energetico della macro-regione mediterranea.

Nel merito, invece, l'azione del MedReg ricalca gran parte degli obiettivi della politica estera europea in materia energetica, che a sua volta favorisce l'istituzione di meccanismi di *governance* informali, anche attraverso la creazione dell'Agenzia Europea per la Cooperazione dei Regolatori dell'Energia («ACER» - European Agency for the Cooperation of Energy Regulators). Questa strategia sembrerebbe suggerire, come rilevato da alcuni commentatori, che il legislatore europeo considera le questioni riguardanti il mercato energetico anche come una questione di integrazione, tanto a livello intra-UE come all'esterno dell'UE stessa⁴⁰.

V. La continuità tra l'*acquis* eurounitario in materia energetica e il MedReg

Il ruolo che il MedReg potrebbe svolgere rispetto al mercato energetico del Levante risulta tanto più evidente se si considera che uno dei suoi obiettivi principali è quello di creare in tutti i Paesi del Mediterraneo autorità nazionali di regolazione dell'energia indipendenti che abbiano responsabilità e competenze ben definite. In tale ottica, il MedReg favorisce l'adozione di una serie di misure, tra le quali procedure amministrative stabili e trasparenti, la concessione di licenze basate su linee guida internazionali, l'assicurazione dell'efficacia delle Autorità nazionali di regolazione, così come la loro indipendenza dalle industrie e dagli organi governativi. Il MedReg promuove inoltre buone pratiche in tema di trasparenza e diritto di

³⁹ Parlamento europeo, *Towards a Consistent and Harmonised Regulatory Framework for Electricity and Gas Regulation in the Mediterranean Basin*, 2009, reperibile all'indirizzo internet http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/200/200903/20090316_Medreg_concept_EN.pdf.

⁴⁰ C. CAMBINI - A. RUBINO (eds.), *Regional Energy Initiatives: MedReg and the Energy Community*, Abingdon-New York, Routledge, 2014, p. 55.

accesso di terzi alle reti energetiche (*third-party access* o «TPA»), ambedue aspetti basilari per il corretto funzionamento di un mercato competitivo, in quanto strumentali sia alla tutela dei consumatori sia al mantenimento di un alto livello di investimenti in progetti di ricerca e sviluppo⁴¹.

Un ulteriore proposito perseguito dal MedReg è l'armonizzazione delle norme tecniche e la promozione del progresso tecnologico dei processi di approvvigionamento, trasmissione, distribuzione, e fornitura di gas nell'area del Mediterraneo. In tale ottica, il gruppo di lavoro creato *ad hoc* per il gas nel piano d'azione 2012-2014 del MedReg ha lo scopo di elaborare possibili raccomandazioni e linee guida che possano favorire nella regione mediterranea lo sviluppo di un mercato del gas integrato, stabile, competitivo e operativo. Questo dimostra chiaramente quanto l'integrazione del mercato sia strategicamente importante in relazione alle nuove scoperte di giacimenti di gas nell'area del Bacino di Levante.

Invero, per sviluppare un mercato del gas veramente competitivo, come anche per mantenerlo tale nel lungo periodo, i Paesi dell'area mediterranea dovrebbero adottare un quadro normativo che garantisca a tutti i fornitori ed ai consumatori un accesso agevolato e non discriminatorio alle infrastrutture. Questi principi, d'altronde, sono perfettamente in linea con quanto previsto dalle norme dell'UE sul mercato energetico. Segnatamente, allo scopo di realizzare un mercato unico e concorrenziale del gas naturale⁴², nella seconda metà degli anni Novanta del secolo scorso il legislatore comunitario era già intervenuto per ravvicinare le disposizioni vigenti nei diversi Stati membri, *inter alia* in materia di:

- i. accesso ai sistemi di importazione e relative procedure di c.d. «*escalation*» in caso di rifiuto di accesso,
- ii. separazione tra le attività di rilievo nell'ambito della filiera del gas in caso di imprese verticalmente integrate⁴³ nonché
- iii. procedure per una gestione efficiente della capacità dei sistemi di importazione.

⁴¹ Il MedReg persegue, come parte dei suoi obiettivi generali, «the achievement of a consistent harmonized and investment-friendly regulatory framework aimed at providing the maximum benefits to energy consumers of the Mediterranean region». Si veda www.medreg-regulators.org.

⁴² Tale finalità era prevista già agli artt. 154 e 155 del Trattato CE.

⁴³ C. GROWITSCH - M. STRONZIK, *Ownership Unbundling of Gas Transmission Networks - Theoretical Background and Empirical Evidence*, paper presentato alla prima conferenza della rivista *Competition and Regulation in Network Industries*, 18 novembre 2008; M. HUNT, *Ownership Unbundling: The Main Legal Issues in a Controversial Debate*, in B. DELVAUX - M. HUNT - K. TALUS (eds.), *EU Energy Law and Policy Issues*, cit. *supra*, nota 19, p. 57 ss.; J. C. PIELOW - G. BRUNEKREEFT - E. EHLERS, *Legal and Economic Aspects of Ownership Unbundling in the EU*, in *Journal of World Energy Law & Business*, 2009, p. 96; E. CABAU, *Unbundling of Transmission System Operators*, in C. JONES (eds.), *EU energy law*, vol. 1, *The Internal Energy Market - The Third Liberalisation Package*, cit. *supra*, nota 14, p. 87.

Partendo da uno scenario normativo caratterizzato prevalentemente da situazioni di monopolio – o quasi monopolio – legale in diverse attività della filiera gas e, *in primis*, nel trasporto, i predetti interventi del legislatore comunitario – volti alla creazione di un mercato unico all'interno della Comunità nonché all'apertura dei mercati nazionali alla concorrenza – sono stati gradualmente nel tempo e ciò proprio al fine di permettere agli operatori del settore di adeguarsi in modo flessibile al nuovo scenario⁴⁴.

Un primo intervento⁴⁵ è stato realizzato dalla direttiva n. 98/30/Ce, in vigore dal 10 agosto 1998, con termine al 10 agosto 2000 per l'attuazione delle sue disposizioni a livello nazionale⁴⁶. Tale direttiva, improntata al principio della parità di trattamento, è stata successivamente abrogata dalla direttiva n. 2003/55/Ce⁴⁷ che ha delineato il quadro regolamentare in materia di gas tutt'oggi in vigore. Quest'ultima direttiva ha come obiettivo non solo la creazione di un mercato unico del gas a livello comunitario, ma anche lo sviluppo e la promozione della concorrenza all'interno del medesimo. A tal fine, la direttiva n. 2003/55/Ce si prefigge di assicurare «a level

⁴⁴ Considerando n. 7 della direttiva n. 98/30/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998 relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale: «considerando che il mercato interno del gas naturale deve essere instaurato gradualmente, allo scopo di permettere all'industria di adeguarsi in modo flessibile e ordinato al suo nuovo ambiente e per tener conto delle differenti strutture di mercato degli Stati membri», in *Guce* n. L 204 del 21 luglio 1998.

⁴⁵ Per completezza, si segnala altresì la direttiva n. 91/296/Cee del Consiglio, del 31 maggio 1991, concernente il transito di gas naturale sulle grandi reti, abrogata dalla direttiva n. 2003/55/Ce, *cit. infra*, nota 47, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva n. 98/30/Ce, con la quale il Consiglio dell'UE intendeva promuovere la realizzazione di un mercato interno unico nel settore dell'energia, cercando di favorire gli scambi di gas naturale tra le grandi reti «senza [tuttavia] trascurare le esigenze della sicurezza e della qualità dell'approvvigionamento di gas naturale». La direttiva n. 91/296/Cee prevedeva l'obbligo per gli Stati membri di darvi attuazione entro il 31 dicembre 1992 e trovava applicazione anche nei confronti dei gasdotti di trasporto situati al di fuori della Comunità a condizione che *i*. il trasporto venisse effettuato da uno o più enti «responsabili in ciascuno Stato membro di una grande rete di gas naturale ad alta pressione», *ii*. «la rete di origine o di destinazione finale è situata nel territorio della Comunità», *iii*. «il trasporto implica il superamento di almeno una frontiera intracomunitaria». La direttiva n. 91/296 prevedeva che le condizioni di transito dovessero essere «eque e non discriminatorie» senza per ciò «compromettere la sicurezza dell'approvvigionamento e la qualità del servizio, in particolare tenendo pienamente conto dell'utilizzazione delle capacità di riserva di produzione e di conservazione nonché dell'uso più efficace possibile dei sistemi esistenti».

⁴⁶ Direttiva n. 98/30/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale, *cit. supra*, nota 44.

⁴⁷ Direttiva n. 2003/55/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva n. 98/30/Ce, in *Gu-Ue* n. L 176 del 15 luglio 2003, p. 57, in vigore dal 5 agosto 2003, con termine per la trasposizione fissato al 1° luglio 2004, ad eccezione degli obblighi di separazione societaria il cui termine era fissato al 1° luglio 2007.

playing field»⁴⁸, di ridurre il rischio di posizioni dominanti e, in ogni caso, di strategie predatorie da parte degli operatori *incumbent* nonché un accesso alla rete mediante tariffe regolamentate⁴⁹. Un ulteriore intervento di significativa importanza – circoscritto al solo settore del trasporto transfrontaliero – è stato posto in essere con il Regolamento (Ce) n. 1775/2005⁵⁰ con cui il legislatore comunitario ha inteso dettare ulteriori norme in materia di diritto di accesso per i terzi e, dunque, procedure mirate a massimizzare l'assegnazione della capacità e a gestire le situazioni di congestione contrattuale⁵¹.

In specie, il TPA ha rappresentato uno strumento fondamentale per l'apertura del mercato europeo dell'energia alla libera concorrenza e per la creazione di infrastrutture energetiche accessibili su base non discriminatoria⁵². In tal senso il MedReg supporta questo modello di mercato anche per la macro area del mediterraneo orientale.

Nel dettaglio, il TPA si definisce come il diritto delle imprese economicamente indipendenti di accedere e utilizzare reti energetiche di proprietà di altre aziende in circostanze e secondo requisiti determinati⁵³. A questo diritto corrisponde quindi un dovere del proprietario della rete, un diritto peraltro molto importante, poiché non è infrequente che i proprietari di una rete o gli operatori siano in stretta relazione con alcuni produttori e i fornitori di energia. Questa circostanza infatti li rende inclini a negare o

⁴⁸ V. P. D. CAMERON, *Competition in the Energy Markets*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 175.

⁴⁹ La direttiva n. 2003/55/Ce, *cit. supra*, nota 47, intende altresì assicurare che venga assicurata la tutela dei clienti più vulnerabili.

⁵⁰ Regolamento (Ce) n. 1775/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 settembre 2005, relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale, in *Gu-Ue* n. L 289 del 3 novembre 2005, in vigore a decorrere dal 1° luglio 2006 ad eccezione dell'art. 9, par. 2, seconda frase, che si applica a decorrere dal 1° gennaio 2007.

⁵¹ Il Regolamento n. 1775/2005 definisce la congestione contrattuale «una situazione in cui il livello della domanda di capacità continua supera la capacità tecnica».

⁵² Si veda *considerando* n. 6 della direttiva n. 2003/54/Ce, *cit. supra*, nota 37; *considerando* n. 4 della direttiva n. 2009/72/Ce, in *Gu-Ue* n. L 211 del 14 agosto 2009, p. 55 ss. A. KOTLOWSKI, *Third-party Access Rights in the Energy Sector: A Competition Law Perspective*, in *Utilities Law Review*, 2007, p. 16; A. KOTLOWSKI, *Access Rights to European Energy Networks – a Construction Site Revisited*, in B. DELVAUX - M. HUNT - K. TALUS (eds.), *EU Energy Law and Policy Issues*, *cit. supra*, nota 19.

⁵³ Sul TPA si veda il primo pacchetto energia (direttiva n. 96/92/Ce, artt. 24 e 7.5, in *Guce* n. L 27 del 30 gennaio 1997, p. 20 ss.; direttiva n. 98/30/Ce, art. 7, par. 2, *cit. supra*, nota 44), e il secondo pacchetto energetico (direttiva n. 2003/54/Ce, artt. 3, par. 2, 14, par. 3, 20 e 23, par. 2, lett. a.; direttiva n. 2003/55/Ce, artt. 3, par. 2, 18, 19, 20, 21, 24 e 25, par. 2, lett. a.; Regolamento (Ce) n. 1228/2003; Regolamento (Ce) n. 1775/2005), ed infine il terzo pacchetto (direttiva n. 2009/72/Ce, artt. 3.2, 12, 13, par. 4, 16, 17, par. 2, lett. c., 20, 25 e 32; direttiva n. 2009/73/Ce, artt. 3, par. 2, 13, par. 1, lett. b., 18, 19, par. 3 e 4, 20, par. 1 e 2, 25, 32, 33, 34 e 41, par. 6 - 8; Regolamenti (Ce) n. 714/2009 e n. 715/2009).

limitare l'accesso a terzi, falsando così la concorrenza, soprattutto nelle aree dove si creerebbero situazioni competitive tra i terzi in questione e il gestore del sistema di trasmissione⁵⁴. Inoltre, l'infrastruttura soggetta al regime TPA (vale a dire la rete energetica) non è facilmente replicabile o sostituibile, visto che l'accesso alla rete è un requisito indispensabile per l'ingresso nel mercato, e quindi, poiché la rete è di per sé un monopolio naturale, l'accesso deve essere aperto a nuovi concorrenti. Per avere un mercato energetico davvero competitivo, infatti, le barriere d'ingresso dovrebbero essere limitate in modo tale da permettere ai nuovi attori di accedere, e liberalizzare così il mercato.

È con questa visione che l'Unione promuove la separazione della proprietà dei diversi elementi del sistema energetico, proprio per ottenere il TPA, e di conseguenza realizzare un accesso reale, aperto e non discriminatorio alle infrastrutture della rete energetica⁵⁵. È infatti la connessione tra un operatore di rete e un'impresa associata nel mercato "a valle", a rappresentare l'incentivo più forte per impedire l'accesso, e quindi se questa relazione viene meno, o si indebolisce, il TPA diventa più efficace, con la conseguenza che la concorrenza sui mercati ne risulta rafforzata, con relativo vantaggio per i consumatori.

In proposito, il gruppo MedReg *ad hoc* per il gas ha introdotto alcuni obiettivi in materia di TPA, *inter alia*, a. analizzare lo stato del TPA nella regione, e su questa base comprenderne le future esigenze, al fine di poter sviluppare un mercato integrato nel mediterraneo; e b. elaborare le *Guidelines of Good Practice on TPA* nella regione del Mediterraneo (le «*Guidelines*»), aventi lo scopo di chiarire i ruoli e le responsabilità delle principali parti che si occupano di infrastrutture del gas, garantire l'applicazione del principio di non discriminazione, facilitare il commercio transfrontaliero e la scelta del cliente attraverso la concorrenza sui mercati, ed evitare distorsioni commerciali⁵⁶.

⁵⁴ Rapporto della Commissione europea, del 10 gennaio 2007, *DG Competition Report on Energy Sector Inquiry*, Sec(2006)1724, reperibile sul sito internet: http://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/2005_inquiry/full_report_part1.pdf.

⁵⁵ *Considerando* n. 11 della direttiva n. 2009/72/Ce, *cit. supra*, nota 52: «Solo eliminando l'incentivo, per le imprese verticalmente integrate, a praticare discriminazioni nei confronti dei loro concorrenti in fatto di investimenti e di accesso alla rete si potrà garantire una separazione effettiva delle attività. La separazione proprietaria (...), rappresenta chiaramente un modo efficace e stabile per risolvere il suddetto intrinseco conflitto d'interessi e per garantire la sicurezza degli approvvigionamenti».

⁵⁶ Si vedano gli ultimi *Annual Report* e *Action Plan* elaborati dal MedReg. Da ultimo, cfr. *MedReg Action Plan 2016-2018*, reperibile sul sito internet <http://www.medreg-regulators.org>.

Un accesso definito, facile e non discriminatorio alle infrastrutture faciliterà lo sviluppo di un mercato del gas competitivo, integrato e sicuro nella regione del MedReg. Si deve notare che, ancorché le *Guidelines* debbano essere considerate strumenti di «*soft law*», in quanto non hanno portata normativa vincolante, i membri del MedReg debbono impegnarsi a dare loro attuazione in buona fede.

Invero, già nel dicembre 2011, l'Assemblea generale del MedReg aveva pubblicato un rapporto recante «*Status Review on Third Party Access in the Mediterranean Region*» (c.d. «*Status Report*»)⁵⁷, che illustrava come il TPA per le infrastrutture si ponesse in relazione direttamente proporzionale al livello di sviluppo del mercato di gas in questione.

Dal canto loro, gli Stati membri dell'UE sono già soggetti a tali obblighi, come sancito nella direttiva relativa al gas n. 2009/73/Ce e nel Regolamento (Ce) n. 715/2009. Quanto più un mercato del gas è sviluppato, in termini di accesso al consumo di gas, apertura e liberalizzazione, tanto più sarà probabile che il TPA riguardante le infrastrutture del gas sia regolamentato, che le regole di accesso alle infrastrutture siano pubblicate, e che l'Autorità nazionale di regolazione abbia competenze pertinenti per l'approvazione delle norme stesse.

Nonostante i principali Paesi che si affacciano sul Bacino di Levante non abbiano ancora collaborato tra loro su questi temi, e non abbiano risposto al questionario utilizzato per preparare lo *Status Report*, i risultati dello studio possono essere analizzati alla luce di un quadro generale, che come tale è applicabile anche alla regione del Mediterraneo orientale. Così opinando, si può innanzitutto affermare che, in generale, i dati riguardanti le condizioni di apertura del mercato, la qualità del servizio e la risoluzione di controversie sono soddisfacenti. Tuttavia, sussistono indubbi margini di miglioramento. Tra le misure auspicabili per raggiungere quest'obiettivo vi è sicuramente l'incremento dell'implementazione di buone pratiche riguardanti il TPA nell'area mediterranea. Allo stesso modo, per quanto riguarda le autorità nazionali di regolazione, i diritti TPA per le infrastrutture dovrebbero essere estesi il più possibile, e dunque i Paesi del MedReg dovrebbero adeguarsi e rispettare le *Guidelines*.

Come accennato, un altro aspetto considerevole per lo sviluppo del potenziale mercato del gas nella regione del Levante è il grado di separazione della proprietà delle infrastrutture energetiche necessarie alla trasmissione del gas, i depositi sotterranei per immagazzinarlo, ed i terminali di gas naturale liquefatto.

⁵⁷ MedReg, *WG GAS Guidelines of Good Practice on Third Party Access in the Mediterranean Region*, 2013, reperibili sul sito internet www.medreg-regulators.org.

Nel trattare queste questioni, i Paesi interessati e le rispettive autorità nazionali di regolazione trovano supporto ancora una volta nelle *Guidelines* elaborate dal MedReg, che risultano sostanzialmente allineate con i principi delineati dalle direttive dell'Unione europea in materia. Invero, nei settori regolamentati (come energia, comunicazioni elettroniche e trasporto), caratterizzati dalla presenza di operatori verticalmente integrati che controllano infrastrutture utilizzate per operare in un determinato mercato, la regolamentazione e le norme *antitrust* impongono una separazione tra le diverse società del gruppo (c.d. *unbundling*).

Più specificamente, nel settore del gas, la regolamentazione europea, a cui le *Guidelines* del MedReg rinviano, impone una separazione societaria e funzionale tra le attività di trasporto e vendita di gas naturale⁵⁸. Gli obblighi di separazione limitano i flussi di informazioni commerciali sensibili e garantiscono l'autonomia organizzativa nonché l'indipendenza decisionale delle imprese interessate⁵⁹. Analogamente, le norme *antitrust* vietano lo scambio di informazioni sensibili riguardanti i concorrenti e ingerenze indebite nella gestione delle attività di altre imprese verticalmente collegate. Secondo le *Guidelines* del MedReg, inoltre, le regole di accesso ai terzi devono essere pubblicate previa consultazione degli utenti della rete stessa, e infine essere approvate dalle Autorità nazionali di regolazione.

Inoltre, le *Guidelines* dispongono che le Autorità nazionali di regolazione siano responsabili per la fissazione e l'approvazione delle tariffe. Invero, il corretto funzionamento del mercato energetico nel Bacino di Levante non può prescindere dalla presenza di tariffe per l'accesso e per l'uso delle infrastrutture chiare e stabili nel tempo, che includano anche le

⁵⁸ Com'è noto, nel settore del gas, la direttiva n. 2009/73/Ce, *cit. supra*, nota 37, ha introdotto nuove disposizioni in materia di separazione dei gestori dei sistemi di trasporto dalle altre attività non legate alla rete. In particolare, le norme europee hanno stabilito che gli Stati membri provvedano affinché, a decorrere dal 3 marzo 2012, ciascuna impresa proprietaria di un sistema di trasporto operi nell'ambito di un modello di separazione proprietaria (Ownership Unbundling - OU). Se al 3 settembre 2009, il sistema di trasporto appartiene a un'impresa verticalmente integrata, lo Stato membro interessato può decidere, in alternativa alla separazione proprietaria, tra diversi modelli di separazione delle attività: l'istituzione di un gestore di sistema indipendente che gestisce una rete di proprietà di un soggetto terzo (Independent System Operator - ISO); l'istituzione di un gestore di trasporto indipendente che gestisce ed è proprietario della rete (Independent Transmission System Operator - ITO); l'istituzione di un gestore di trasporto, che rispetti regole di indipendenza già esistenti che garantiscono una separazione effettiva in linea con quanto previsto dal modello ITO. Affinché il modello di separazione sia approvato e un'impresa sia designata come gestore di un sistema di trasporto, è necessaria un'apposita certificazione rilasciata dall'Autorità nazionale di regolazione, con il coinvolgimento della Commissione europea nella procedura che precede la decisione finale. A livello nazionale, il dlgs n. 93/2011, in *Guri* n. 148 del 28 giugno 2011, *suppl. ord.*, ha recepito nell'ordinamento nazionale i requisiti e gli adempimenti europei per la certificazione delle imprese che intendono agire in qualità di gestore di trasporto.

⁵⁹ Sul punto si veda la direttiva n. 2009/73/Ce, *cit. supra*, nota 37, in particolare, artt. 16-19.

interconnessioni transfrontaliere. A tal fine, le tariffe per l'accesso dei terzi alle reti, o le metodologie di calcolo, fissate o approvate dalle Autorità nazionali competenti devono rispettare pienamente i principi di trasparenza e di non discriminazione, devono tenere conto della necessità di integrità del sistema e del suo miglioramento, rispecchiare i costi effettivamente sostenuti, purché corrispondenti a quelli di un gestore di reti efficiente e strutturalmente comparabile, fornire un appropriato rendimento degli investimenti nonché incentivi a costruire nuove infrastrutture.

Gli Stati membri possono decidere che le tariffe siano determinate in base a procedure basate sul mercato, purché tali procedure e gli introiti che ne derivano siano approvati dall'Autorità nazionale di regolazione. In ogni caso, le tariffe non devono limitare la liquidità del mercato né falsare gli scambi transfrontalieri tra sistemi di trasporto diversi, altrimenti i gestori dei sistemi di trasporto devono provvedere attivamente, in cooperazione con le competenti autorità nazionali di regolazione, alla convergenza delle strutture tariffarie e dei principi di addebito, anche in relazione alle regole di bilanciamento.

VI. La portata del MedReg nello sviluppo di una cooperazione energetica estesa all'intera macroregione mediterranea

L'UE riconosce nel settore dell'energia un vettore efficace per promuovere e sostenere la cooperazione euro-mediterranea⁶⁰. La cooperazione internazionale in campo energetico è stata infatti ufficialmente riconosciuta nelle direttive n. 2003/54/Ce e n. 2003/55/Ce, e istituzionalizzata nel Gruppo di Regolatori Europei per il Gas e l'Energia («ERGEG» - European Regulators Group for Electricity and Gas).

In tale contesto, il MedReg è particolarmente attivo. L'Associazione ha infatti sviluppato un'articolata rete di cooperazione con diverse associazioni di regolamentazione europee (tra cui, ad esempio, il «CEER» - Council of European Energy Regulators, l'«ERRA» - Energy Regulators Regional Association), in Sud America (con «ARIAE» - Asociación Iberoamericana de Entidades Reguladoras de la Energía), come anche con le istituzioni e le organizzazioni regionali (l'UfM, Union for the Mediterranean⁶¹), con alcune iniziative industriali (Med-TSO - Association of the Me-

⁶⁰ Eurogroup Consulting, *Vers une Union Euro-Méditerranéenne de l'Energie? Obstacles et Recommendations*, 2012, reperibile sul sito internet www.eurogroupconsulting.fr.

⁶¹ L'Unione per il Mediterraneo (UfM, the Union for the Mediterranean) è un partenariato multilaterale di 43 Paesi dell'Europa e del bacino del Mediterraneo: 28 Stati membri dell'UE e

diterranean Transmission Systems Operators, Medgrid⁶², e DESERTEC⁶³), e infine con le istituzioni finanziarie (la Banca Europea per la Ricostruzione e lo Sviluppo, la Banca Europea per gli Investimenti, la Banca Africana di Sviluppo e la Banca Mondiale).

Il coordinamento tra le diverse istituzioni e le Autorità nazionali di regolazione apporta senza dubbio dei vantaggi all'integrazione energetica, e in questo senso il Mediterraneo orientale non è un'eccezione. Infatti, esistono diverse organizzazioni internazionali e regionali che svolgono un ruolo cruciale nella riforma del settore energetico nella regione, e, in questa prospettiva, il MedReg rappresenta dunque uno strumento informale di *networking* e cooperazione.

La scoperta di giacimenti di gas naturale *offshore* nel Bacino di Levante potrebbe alterare in maniera significativa le dinamiche di approvvigionamento energetico dell'intera regione del Mediterraneo orientale, soprattutto per quanto riguarda gli aspetti legati all'importanza del gas naturale per gli obiettivi strategici di sicurezza energetica esterna dell'UE. Invero, il gas proveniente dal Mediterraneo orientale rappresenta un'alternativa alle importazioni dalla Russia e dal Nord Africa. In proposito il MedReg si pone la sicurezza energetica come obiettivo precipuo, in continuità con i motivi sottesi alla costituzione della *Energy Community* («[...] peace and stability, and improving security of private citizens»). In tale ottica, le infrastrutture energetiche trans-europee e le loro relative interconnessioni e interoperabilità con le reti energetiche dei Paesi terzi, costituiscono le precondizioni necessarie per un efficace funzionamento del mercato interno

15 Paesi *partner* dell'area mediterranea nord africana, medio orientale e sud-est europea. Fu creata nel luglio 2008, come rilancio del partenariato euromediterraneo (Processo di Barcellona), quando venne abbandonato il piano per creare un'Unione mediterranea autonoma. L'Unione ha lo scopo di promuovere la stabilità e la prosperità in tutta la regione mediterranea. Si veda www.ufmsecretariat.org.

⁶² Il progetto Medgrid, creato alla fine del 2010, è un ampio progetto industriale per il Nord Africa, che si propone di promuovere e sviluppare una rete elettrica euromediterranea che fornirebbe al Nord Africa e all'Europa fonti rinnovabili di energia, per lo più energia solare, a basso costo. L'obiettivo principale è quello di installare 20GW di capacità di generazione, dei quali il 5GW viene dedicata alle esportazioni verso l'Europa. Il progetto Medgrid è costituito da un consorzio di oltre 20 operatori di rete, produttori di apparecchiature, istituzioni finanziarie e investitori, per lo più europei. Si veda www.eumedgrid.eu.

⁶³ DESERTEC è un progetto sostenuto da una fondazione che si presenta con lo stesso nome e dal consorzio Dii (Desertec Industrial Initiative). Il progetto è finalizzato alla creazione di un piano globale di energia rinnovabile basato sul concetto di sfruttare la sostenibilità energetica dai siti in cui le fonti rinnovabili di energia sono più abbondanti, e trasferirle attraverso la trasmissione in corrente continua ad alta tensione verso i centri di consumo. DESERTEC è stato sviluppato dalla Trans-Mediterranean Renewable Energy Cooperation (TREC), un'organizzazione volontaria fondata nel 2003. Cfr. www.desertec.org.

dell'energia, e svolgono un ruolo fondamentale nel garantire sicurezza⁶⁴, regolarità e diversificazione dell'approvvigionamento.

Ebbene, l'Unione europea è molto impegnata nella diversificazione delle proprie forniture energetiche, in particolare alla luce delle continue e crescenti tensioni esistenti con la Russia. In questo contesto, sembra che le risorse energetiche della regione del Mar Caspio – nella quale si sviluppano diversi progetti di gasdotti supplementari verso l'Europa, come ad esempio il Corridoio Sud – costituiscano proprio la principale alternativa per l'Europa. Ad oggi, però, a seguito della scoperta di altre risorse di gas nel Mediterraneo orientale, anche questa regione potrebbe costituire una valida alternativa, anche se la diversificazione energetica dovrà essere comunque bilanciata con una politica economica razionale.

Nondimeno, occorre considerare l'impatto persistente della crisi economica sulla domanda europea, che rende finanche troppo abbondante la fornitura di energia attuale, e dunque potrebbe rendere impossibile per l'Europa assorbire il *surplus* di gas fornito dallo sfruttamento di giacimenti presenti nel Bacino di Levante. Questo fattore potrebbe a sua volta incentivare i Paesi produttori della regione a rivolgersi ai grandi mercati asiatici per vendere il loro gas. In secondo luogo, va inoltre considerato che la commercializzazione delle risorse dipende in gran parte dall'esistenza dei mezzi necessari per condurre tali risorse ai clienti finali.

Per quanto riguarda la sicurezza dell'approvvigionamento energetico, il MedReg Gas Group sta lavorando alacremente, identificando e discutendo progetti d'interesse comune con le istituzioni *partner*, e portando avanti azioni di sviluppo legate all'integrazione regionale dei mercati, particolarmente sulla trasparenza (sviluppando un modello di trasparenza e linee guida in materia di gestione dei dati riguardanti il gas), sulle *Guidelines*, e sulle infrastrutture. Il Gruppo di Lavoro GAS del MedReg può dunque svolgere un ruolo importante nel governarne il mercato del gas nel Mediterraneo orientale, poiché monitora e valuta lo stato attuale del mercato di gas naturale e di gas naturale liquefatto nella regione, e inoltre controlla i rispettivi quadri normativi, e ne analizza i possibili miglioramenti.

⁶⁴ Sul tema della sicurezza energetica europea, si veda M.-C. AOUN, *European Energy Security Challenges and Global Energy Trends: Old Wine in New Bottles?*, in *IAI Working papers* 15/03, January 2015.

VII. Conclusioni: il MedReg verso la *EU Southern Mediterranean Energy Community*

In conclusione, occorre vagliare il possibile scenario che potrebbe emergere in conseguenza di una nuova distribuzione delle risorse, come anche i possibili futuri sviluppi delle relazioni tra l'UE e i suoi *partner* dell'area del Mediterraneo orientale.

Nelle sue politiche esterne l'UE promuove e sostiene sia l'*Energy Community* sia il MedReg, il che significa che entrambe le organizzazioni rientrano nell'ambito strategico degli interessi europei. Infatti, nel mese di ottobre 2013, la Commissione ha stilato una lista di 248 progetti di infrastrutture energetiche fondamentali considerati «di interesse comune», che sono considerati rilevanti sia per l'*Energy Community* che per il MedReg. In particolare, i progetti di interesse comune sono quelli concernenti il gas (la sezione europea del South Stream, il Nabucco Pipeline, il Nabucco West, il Trans-Adriatic Pipeline, il Trans-Anatolia Pipeline, e lo Ionian Adriatic Pipeline), e tre progetti per l'energia elettrica (l'Eurasia Interconnector, l'Egitto-Grecia Interconnector e il TuNur), tutti selezionati dai dodici gruppi regionali istituiti dalle nuove linee guida del Trans-European Energy Infrastructure (TEN-E)⁶⁵. Questi progetti potranno avvalersi delle procedure di autorizzazione accelerata e del relativo miglioramento delle condizioni normative, e potranno usufruire del sostegno finanziario del Connecting Europe Facility («CEF»), in base al quale è stato stanziato un *budget* per le infrastrutture energetiche trans-europee di 5.850 milioni di euro per il periodo 2014-20⁶⁶.

Da ultimo, la proposta della Commissione europea di creare una Comunità UE-Mediterraneo Meridionale dell'Energia entro il 2020 (*EU Southern Mediterranean Energy Community*)⁶⁷, che serve come strumento per

⁶⁵ L'elenco dei progetti d'interesse comune per l'UE viene poi confrontato con una corrispettiva lista di progetti dell'*Energy Community*, e le rispettive somiglianze e lacune che vengono individuate nel confronto sono quindi utilizzate per identificare e tracciare i vari interessi degli Stati membri dell'UE e dei Paesi terzi. Commissione europea, *Projects of Common Interest*, 2015, reperibile sul sito internet <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/infrastructure/projects-common-interest>.

⁶⁶ Nel Consiglio europeo dell'8 febbraio 2013, i Capi di Stato e di Governo dei 27 Paesi UE, in un generale riassetto del *budget* europeo per gli anni 2014-2020, hanno concluso che l'impegno finanziario per l'attuazione del CEF sarà pari a € 29,3 miliardi, di cui € 5 miliardi dedicati alle reti dell'energia. Consiglio europeo, *Conclusioni del Consiglio europeo* (7-8 febbraio 2013), EUCO 37/13, reperibile sul sito internet <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-37-2013-INIT/it/pdf>.

⁶⁷ Nel 2011, per la prima volta, la Commissione europea ha introdotto il concetto di una «*EU-Southern Mediterranean Energy Community starting with the Maghreb countries and possibly expanding progressively to the Mashreq*». Cfr. *Comunicazione congiunta della Commissione e dell'Alta Rappresentante dell'Unione europea per gli Affari Esteri e la Politi-*

favorire lo scambio di energia e l'integrazione del mercato in tutto il bacino mediterraneo, sulla base di un approccio differenziato e graduale, è il riflesso della tendenza verso una maggiore cooperazione e integrazione nella *governance* in materia di energia che abbiamo descritto finora.

Mentre la Commissione europea riconosce la rilevanza del MedReg, in quanto struttura di cooperazione regionale e *partner* importante nella creazione della Comunità UE-Mediterraneo Meridionale dell'Energia⁶⁸, il processo di creazione di questa comunità energetica mediterranea è tutt'altro che semplice.

Gli accordi necessari a realizzare le riforme che costituiscono la spina dorsale della potenziale Comunità UE-Mediterraneo Meridionale dell'Energia potrebbero essere conclusi attraverso negoziazioni bilaterali che puntino ad aumentare coerenza e coesione con l'ordinamento europeo nonché attraverso piani d'azione e programmi di lavoro comuni ai diversi Paesi *partner*. Un'altra possibile via per ottenere un accordo sull'energia nel Mediterraneo è quella dell'accordo multilaterale. È evidente, tuttavia, che questo comporterebbe maggiori difficoltà in termini di raggiungimento del consenso di tutti gli *stakeholder*⁶⁹.

In tale contesto, il MedReg risulta essere un attore fondamentale per la cooperazione energetica di questa zona geografica ed un soggetto importante nel processo che porterà alla creazione della *EU Southern Mediterranean Energy Community*, capace di esplicitare la propria portata regolatoria anche sulle risorse situate nel Bacino di Levante. Si prevede infatti che per raggiungere questo scopo il MedReg collaborerà a stretto contatto con l'Associazione dei gestori di sistemi di trasmissione del Mediterraneo

ca di Sicurezza, 8 marzo 2011. Una *partnership* regionale specifica per questa zona potrebbe realizzarsi attraverso la conclusione di negoziazioni bilaterali tesi ad una maggiore armonizzazione con l'*acquis* energetico eurounitario e piani d'azione e programmi di lavoro comuni ai diversi Paesi. Sul punto, si vedano M. BEN ABDALLAH ET AL., *Towards a Euro-Mediterranean Energy Community: Moving from Import-Export to a New Regional Energy Model*, in IPAMED Institut de Prospective Économique du Monde Méditerranéen, 2013, reperibile sul sito internet http://www.ipemed.coop/adminIpemed/media/fich_article/1373880614_Towards%20a%20Euro-Mediterranean%20Energy%20Community.pdf; S. THOLENS, *An EU-South Mediterranean Energy Community: The Right Policy for the Right Region?*, in *The International Spectator*, 2014, 49/2, p. 34; G. ESCRIBANO, *Toward a Mediterranean Energy Community: No Roadmap Without a Narrative*, in A. RUBINO ET AL., *Regulation and Investments in Energy Markets: Solutions for the Mediterranean*, London, Academic Press, 2015, p. 117.

⁶⁸ Commissione europea, *Partnership for Democracy and Shared Prosperity: Report on Activities in 2011 and Roadmap for Future Action*, 2012, SWD(2012) 121 final, reperibile sul sito internet <https://library.e.uneighbours.eu/content/partnership-democracy-and-shared-prosperity-report-activities-2011-and-roadmap-future-action>.

⁶⁹ A. PALLE, *Regional Dimensions to Europe's Energy Integration*, in *The Oxford Institute for Energy Studies*, 2013, reperibile sul sito internet <https://www.oxfordenergy.org/wpcms/wp-content/uploads/2013/11/SP-29.pdf>.

(Med-TSO) per l'energia elettrica, così come con l'Unione per il Mediterraneo. Orbene, tutto ciò postula l'introduzione di nuovi strumenti e politiche per migliorare la collaborazione tra tutti gli attori a livello UE, ovvero tra le istituzioni europee, gli Stati membri, e il settore privato. Chi scrive è ben consapevole che gli interessi dei quali queste parti sono latrici sono spesso contrastanti, tuttavia si auspica che le divergenze vengano superate per fare fronte alla necessità dell'UE di ampliare la propria area di influenza, anche energetica, nella regione del Mediterraneo orientale. In un mondo interdipendente e globalizzato, l'attenzione alla crescita e allo sviluppo del mercato del gas del Levante, anche attraverso un rinnovato ruolo del MedReg, gioverebbe certamente sia alla stabilità dell'Unione europea sia ai singoli Stati membri.

Paolo Davide Farah e Riccardo Tremolada*****

SINTESI

Il gas naturale presente nel Bacino di Levante rappresenta una fonte energetica di primaria importanza non solo per gli Stati che si affacciano sul Mar Mediterraneo orientale, ma per la stessa Unione europea. Ciononostante, il gas naturale in questo tratto di mare è stato finora scarsamente sfruttato, principalmente in ragione delle tensioni geopolitiche che da almeno un secolo interessano questa regione. Prendendo le mosse da tale articolato contesto, il presente contributo analizza le tendenze normative e regolatorie in essere tra i Paesi situati ad occidente del Bacino di Levante e l'Unione europea, operando una disamina del ruolo, corrente e potenziale, svolto dal MedReg, l'Associazione delle Autorità dell'Energia del Mediterraneo, al fine di valutare l'adeguatezza degli attuali strumenti e modalità di cooperazione in materia di scambi energetici.

ABSTRACT

The natural gas present in the Levant Basin is an energy source of primary importance not only for the states bordering the eastern Mediterranean Sea, but

** West Virginia University, John D. Rockefeller IV, School of Policy and Politics, Department of Public Administration and College of Law (WV, USA); Founder, President, Director, Principal Investigator, Research Scientist and Senior Fellow, gLAWcal – Global Law Initiatives for Sustainable Development (United Kingdom)

*** Research Associate, gLAWcal – Global Law Initiatives for Sustainable Development (United Kingdom); LL.M. Candidate (Harvard Law School); Ph. D. (Università di Napoli - Federico II); S.J.D. Candidate (Shanghai JiaoTong University)

for the European Union as well. Nevertheless, natural gas in this stretch of sea has so far been scarcely exploited, mainly because of the geopolitical tensions that have affected the region for at least a century. Against this context, the present contribution analyzes the normative and regulatory trends among the countries situated to the west of the Levant Basin and the European Union, closely examining the current and potential role played by MedReg, the Association of Mediterranean Energy Regulators, to evaluate the adequacy of current methods of cooperation in energy exchanges.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

IL FUTURO DELL'EUROPA? LA DOPPIA CIRCOLAZIONE*

Ringrazio il Circolo degli Esteri nella persona del suo Presidente l'Ambasciatore Alessandro Vattani, di suo fratello Umberto Vattani e del Dr. Maurizio Di Nitto, che con grande impegno si è prodigato in favore dell'iniziativa, per l'invito a tenere questa conferenza, e saluto tutti i presenti.

Da una recente indagine condotta dal Laboratorio di Analisi Politiche dell'Università di Siena in collaborazione con l'Istituto Affari Internazionali, fondato da Altiero Spinelli e sostenuto dalla Fondazione Olivetti, e l'appoggio della Compagnia San Paolo di Torino, è emerso il quadro di un Paese assolutamente diverso da come viene spesso prospettato dai giornali e da alcune parti politiche. La questione della gestione degli emigranti in Italia è alla testa delle emergenze, mettendo in ombra tutti gli altri problemi. Più di un terzo del campione degli intervistati è favorevole ad adottare una politica di respingimento, mentre un altro terzo è favorevole all'invio di militari per controllare le frontiere. L'altro problema è rappresentato dall'Europa: più di un terzo degli intervistati è favorevole all'*Italexit* e ancor più alta è la percentuale di coloro che chiedono l'abbandono dell'euro come moneta ed il ritorno alla lira. Se è questo lo scenario, specie in aree notoriamente vicine al mondo progressista, è più che mai attuale il tema di cui oggi mi avete amabilmente chiamato a parlare. Devo sinceramente ringraziarvi, perché mi consentite per la seconda volta di farlo, dopo la Conferenza sul

* Intervento al Circolo degli Esteri - Roma, 12 ottobre 2017.

Mediterraneo del gennaio 2016, esprimendo tesi che non sempre sono allineate né alla linea governativa, né a quella del dicastero degli Esteri.

Questa sera parlerò dell'argomento «euro» su cui da tempo si discute senza trovare un accordo nel mondo politico.

Volendo trattare questo tema, occorre, a mio parere, collegarlo a quello più generale e complesso del progetto europeo, com'è nato, come si è evoluto e che tipo di prospettive si aprano per esso. Su questo penso che il mio pensiero sia ormai noto a tutti. Nata nell'intento originario di ricomporre le drammatiche fratture del passato bellico delle due guerre attraverso il tentativo di una pacificazione di tutto l'Occidente, intercettando le autentiche aspirazioni dei popoli verso la pace, la ricostruzione e la prosperità, l'unificazione europea, che era indiscutibilmente da auspicare, si rivela nella sua applicazione non corrispondere agli obiettivi dei Padri fondatori e neppure alle aspettative dei popoli, se non con riferimento al mantenimento della pace, che certamente non è poco, ma non sufficiente. L'Europa che si è realizzata c'entra ben poco con il sogno dei Padri fondatori, Spinnelli, Rossi e Colorni, ispiratori del manifesto di Ventotene, e Adenauer, De Gasperi, Monnet, che tale idea tradussero in realtà, e la dolorosa verità è che la grande opportunità di dar vita ad un'unione politica di Stati e di popoli, fondata sulla consapevolezza delle comuni origini e sulla volontà di camminare insieme al di là delle differenze, è andata forse irrimediabilmente perduta. La mancanza di un'identità comune riconosciuta, di una volontà forte degli Stati fondatori di voler costruire un soggetto unitario, in prospettiva, anche politico, la difficoltà nel coordinamento delle politiche nazionali soprattutto in campo economico e fiscale, l'impossibilità di raggiungere un grado soddisfacente di compatibilità nelle parità monetarie, nelle dinamiche dei salari e dei prezzi, l'assenza di precisi impegni a favore delle aree più depresse, mi sembravano ieri, quando ne parlai per la prima volta a Firenze nel 1978, segnali preoccupanti, che indicavano il rischio di ridurre quello che allora si chiamava ancora «SME» ad una semplice area di libero scambio.

L'attenzione che negli anni ho continuato a rivolgere verso questi temi, pubblicando articoli su quotidiani e riviste, ha avuto poi una declinazione ancor più pubblica ed alta quando, nel novembre 2011, ho promosso un grande Convegno dal titolo quanto mai significativo: «*Può l'Italia uscire dall'euro?*». In quella circostanza ribadivo le mie convinzioni di sempre, e cioè che l'Europa unita è stata un'avventura ambiziosa, ma mal avviata, e cresciuta anche peggio e che il nostro Paese era entrato in Europa sotto la spinta dell'esigenza di bilancio nella peggiore delle situazioni possibili. I negoziatori per conto dell'Italia avevano dimenticato il nostro in-

gente patrimonio, e considerato solo il nostro debito pubblico. Le premesse di un esito così poco felice – facevo presente – erano state gettate diversi anni prima, allorché nel settembre del 1992 l'allora Governatore della Banca d'Italia Ciampi, nel gestire il riallineamento della parità delle monete dello SME, determinò una svalutazione del 30% della lira. Anche sul fronte dei conti pubblici – ripetevo – l'adozione d'interventi inadeguati e controproducenti risaliva agli inizi degli anni Novanta, allorché il governo di allora, su indicazione del Governatore della Banca d'Italia, chiese alla Comunità europea un prestito senza che vi fosse alcun motivo di natura finanziaria, ma semplicemente per ragioni di malinteso prestigio del Paese.

Detto prestito contribuì a migliorare i conti pubblici del 1993 rispetto all'anno precedente per una cifra assai modesta, tra i 3 ed i 5 mila miliardi di lire, ma a fronte di ciò, dopo più di trenta anni, la crescita del Paese divenne negativa (-0,7 per cento), e furono persi tra i 500.000 ed i 600.000 posti di lavoro.

Oggi, non c'è più alcun dubbio che siamo ben lontani dall'Europa dei popoli e dal progetto immaginato dai Padri fondatori, ed è palese la distanza siderale che separa le istituzioni comunitarie, burocratiche, invadenti ed i cittadini europei, che devono affrontare quotidianamente i bisogni primari. Il processo di allontanamento dal progetto originario si è approfondito tra la fine degli anni Ottanta e gli inizi degli anni Novanta, allorché è stata ribaltata l'architettura prevista nel Trattato di Roma, sposando via via la forma assurda di una piramide rovesciata. E lo strumento principale per arrivare al punto attuale è stato l'eccesso di regole su tutto, anche sulle cose minime. Questa Europa ha sostituito sia il potere dei governi sia la volontà dei popoli e non è riuscita a gestire nessuna sfida che l'ha coinvolta, in particolare, l'allargamento dell'Unione, la globalizzazione, l'euro, le ripetute crisi. La politica deflazionistica imposta dalla Germania, ossessionata dallo spettro di Weimar, ha fatto il resto.

L'Italia, dal canto suo, ha progressivamente perso quote crescenti di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario (con l'introduzione nella Costituzione nel 2001 dei vincoli europei, con le politiche di austerità durante il governo Monti, con la spoliazione economica causata dal *trade-off* tra contributi versati e contributi ricevuti). Già nel Convegno del 2011 sostenevo che era arrivato il momento di riflettere e di ricercare le soluzioni che potevano consentire di rimodellare il progetto europeo, con una revisione dei trattati in senso più aderente al disegno originario, senza escludere *a priori* anche un ripensamento circa la nostra adesione alla UE ed all'euro. Non si poteva più accettare la visione egoistica e rigorista dell'Europa imposta dalla guida tedesca, che si concentra sulla lotta all'infla-

zione e sull'austerità ed il rigore nei conti pubblici, dimenticando crescita e sviluppo. E sulla questione dicevo che, a mio giudizio, sarebbe stato opportuno sentire come la pensavano gli italiani, attraverso una consultazione popolare, com'era accaduto in molti Paesi membri.

In un successivo Convegno dal titolo «*Una nuova concezione dell'ordine mondiale: gli Stati Uniti (politici) d'Europa*», tenutosi a Roma il 27 gennaio 2016, ho aggiornato e dettagliato le mie riserve verso il progetto europeo, soffermandomi sull'introduzione della moneta unica, per la quale sono stati sbagliati i tempi ed i modi. Invece di fare prima l'Europa come architettura istituzionale e politica, lo stato federale, cui costruire intorno politiche economiche e fiscali comuni, indirizzi di politica estera e di sicurezza condivisi, si è preferito fare l'euro, contraddicendo ogni logica, che contempla che prima vi sia un vero governo politico e delle politiche economiche convergenti, e poi si crea la moneta. A questo risultato ha contribuito, senza dubbio, anche lo scenario internazionale dell'epoca. Una volta finita la guerra fredda, allentatesi le tensioni tra Est e Ovest, avviatosi il processo di globalizzazione, sono ritornati in auge i nazionalismi ed i particolarismi, per cui si è preferito, pur di far avanzare in qualche modo il progetto europeo, percorrere la strada della moneta unica come compromesso e come risposta alle sfide del cambiamento in atto. Il trasferimento di sovranità in materia monetaria, senza un potere politico centrale forte ha, però, reso assai pericolosa l'intera operazione. L'euro, come ho sempre detto, rappresenta, pertanto, un'anomalia assoluta, figlia di una moneta troppo forte per un'economia viceversa debole, e che non è in grado di reagire agli *shock* con tutti gli strumenti che, invece, i Paesi a normale sovranità monetaria possono utilizzare. Nella citata circostanza, dopo aver stigmatizzato le scelte di austerità a livello europeo, nonché quelle altrettanto sbagliate del nostro Paese, per cui invece di ridurre il carico fiscale su famiglie ed imprese, si è preferito aumentarlo, senza tagliare la spesa pubblica improduttiva, ripetevo la proposta del 2011 per l'Europa, e cioè una comunità di Stati federati, politicamente unita, ispirata al liberalismo (competizione, merito, meno *welfare* pubblico ormai insostenibile, Stato leggero), a principi di libertà (troppo spesso limitata in favore di una malintesa giustizia sociale, che equipara al ribasso le possibilità di ciascuno), di solidarietà tra popoli, in cui il benessere diffuso, una maggiore qualità della vita, la tutela dei diritti sociali fossero obiettivi prioritari. Per quanto riguardava l'Italia, ribadivo che occorreva pensare con urgenza ad una soluzione alternativa che contemplasse, se del caso, uno sganciamento morbido e graduale quanto meno dall'euro. Nell'occasione segnalavo come questo passo lo avessero già fatto altri Paesi quali il Regno Unito, alcuni Paesi dell'est Europa, la Grecia, all'apice della crisi che l'ha interessata.

Le medesime tesi ho esposto nel Convegno intitolato «*Costruire l'Europa politica in base a valori condivisi e di convenienza economica*», svoltosi a Roma il 1° dicembre 2016, in cui sottolineavo come l'uscita del Regno Unito decretata dal *referendum* del giugno dello stesso anno non stava causando quei grandi problemi al Paese che erano stati paventati. Ad un anno dall'esito del *referendum*, l'economia inglese ha beneficiato della svalutazione della sterlina, ha consolidato la crescita, ha quasi azzerato la disoccupazione che è al minimo da quarantatré anni. Anche in quell'occasione, ripetevo che bisognava cominciare a pensare seriamente ad una soluzione morbida, fondata sulla permanenza nell'euro, accertato l'impatto devastante che avrebbe un'uscita *tout court*, ma con una graduale reintroduzione di una nuova moneta nazionale accanto all'euro, ipotizzando una doppia circolazione, l'euro per i rapporti esterni, per le importazioni ed esportazioni, e la nuova moneta, che potrebbe tranquillamente chiamarsi lira, per gli scambi interni ed i pagamenti dello Stato. Per i pagamenti dello Stato si sarebbe potuto ipotizzare l'introduzione dei «certificati di credito fiscale» (ccf), che sarebbero stati emessi dal governo e sarebbero stati, in sostanza, dei crediti sulle tasse future (a due anni), con l'auspicio che essi venissero gradualmente percepiti come moneta e utilizzati negli scambi, soprattutto tra imprese e tra quest'ultime e lo Stato. Un po' come il Regno Unito, la Danimarca, la Svezia e Paesi dell'Est come Bulgaria, Romania, Ungheria, Polonia, Repubblica Ceca, che continuano ad avere la propria moneta nazionale, sebbene, in taluni casi, i prezzi di beni e servizi siano espressi anche in euro.

Numerosi sono anche gli esempi di valute integrative e complementari introdotte per ampliare la massa monetaria interna e per consentire ai possessori l'acquisto di beni e servizi. Negli Stati Uniti, ad esempio, l'«Ithaca Hours», in Svizzera il «Wir», creato nel 1934 ed ancora circolante come sistema di valuta complementare per le piccole e medie imprese, in Giappone con un sistema di crediti destinati all'assistenza domiciliare ed agli anziani, in Gran Bretagna, più precisamente a Bristol, dove nel 2012 è stata lanciata una moneta locale da affiancare al *pound*, con cui poter pagare anche le tasse. Ancor più di recente, l'agosto scorso, in Estonia è stata lanciata la proposta di emettere una criptovaluta sulla scorta del «*bitcoin*» per finanziare la digitalizzazione del Paese, già avanzatissima, ed addirittura di emettere un'offerta pubblica di moneta mediante gli «*estcoin*». Senza parlare, infine, della moneta che sta diventando universale, denominata, appunto, «*bitcoin*». L'innovazione digitale (per esempio, la «piattaforma *Blockchain*» alla base del funzionamento delle criptomonete come i «*bitcoin*», sistema che diverse *authorities* internazionali e la Banca d'Italia stessa stanno cominciando a

studiare e monitorare), accompagna le idee e le iniziative di introdurre valute complementari, utilizzabili per gli scopi più vari. Sono tutti segnali che l'euro non è l'unica soluzione possibile.

Alla mia idea di doppia circolazione si associavano successivamente, almeno a giudicare dalle affermazioni sulla stampa, alcuni *leader* politici nazionali, ma senza dare alla proposta contenuti concreti e, direi, con ben scarsa convinzione. Peraltro, nel proporla fin da allora, non potevo fare a meno di sottolineare che un'operazione del genere presenta grandi difficoltà e complessità e richiede, dunque, di essere studiata con la massima attenzione ed equilibrio, valutandone la fattibilità e la convenienza in termini economico-finanziari per il nostro Paese. Quest'analisi è stata egregiamente fatta, ancora una volta con grande professionalità, da Mediobanca che, in un rapporto uscito all'inizio del 2017, si è soffermata soprattutto sugli eventuali costi legati alla reintroduzione della lira con riferimento al nostro debito. Dopo aver evidenziato che la ridenominazione del debito nell'eurozona dipende dal grado di libertà concesso, dal fatto, cioè, che i titoli di stato rispondono alle leggi nazionali ma, allo stesso tempo, alle clausole dell'Unione europea sulle azioni collettive (CAC acronimo di «*Collective Action Clauses*»), che impediscono di ridenominare il debito in una nuova valuta se almeno il 25% dei possessori dei titoli non è d'accordo), Mediobanca stima una perdita di 280 miliardi di euro, assumendo una svalutazione della lira del 30% e un raddoppio del differenziale dei prezzi tra Italia e Germania. Tale perdita, tuttavia, sarebbe in parte controbilanciata da un guadagno di 191 miliardi di euro dovuto alla *Lex monetae* sui titoli in base alla legge nazionale. Con il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 96717 del 7 dicembre 2012 l'Italia, infatti, ha dato il suo consenso all'implementazione obbligatoria dei «CAC» su ogni emissione sovrana con scadenza superiore all'anno. Sulla base delle stime di Mediobanca, la migrazione ai *bond* soggetti alle clausole CAC nel periodo 2013-2016 ha lasciato il Paese con titoli per un controvalore di euro 932 miliardi, che potrebbero beneficiare della *Lex monetae*, che consente il pagamento dei debiti in lire. La ridenominazione porterebbe, pertanto, a un guadagno di euro 191 miliardi. Ma quello che al di sopra di ogni altra considerazione ha evidenziato il rapporto di Mediobanca è che l'Italia è a un punto di svolta tra i guadagni derivanti dalla *Lex monetae* e le perdite derivanti dalle clausole CAC. Le possibilità e la convenienza per l'Italia di uscire dall'euro, tuttavia, si riducono con il passare del tempo. Anzi, si aggiunge che il momento ottimale per uscire dall'euro è stato già superato, almeno in termini strettamente finanziari, e che col passare degli anni farlo diventerà sempre più costoso e meno conveniente. Nel corso dei prossimi quattro anni diventerà proibitivo.

Non ci sarebbe, dunque, tempo da perdere, e la classe politica dovrebbe mostrarsi finalmente responsabile e matura, mettendo da parte le divisioni e valutando seriamente questa ipotesi con saggezza e lungimiranza, come vado proponendo da tempo. Perfino Draghi, che fino a poco tempo fa considerava l'unione monetaria un progetto irreversibile, ha sostenuto che sarebbe possibile, ipoteticamente, uscire dall'euro, anche se prima bisognerebbe regolare i pagamenti tramite il «Target 2», cioè i rapporti di debito/credito vigenti con il resto dell'Eurozona, che per l'Italia, significherebbe sostenere un previo pagamento di passività per 358,6 miliardi di euro, stando ai dati al 30 novembre 2016.

E in questo scenario potrebbe prevedersi, ed è un'altra mia ipotesi, la creazione di una o più aree di libero scambio da individuare nel Meridione, per contribuire a sanare il divario sopra ipotizzato.

Come si vede, uscire unilateralmente dall'euro è assai oneroso e sempre meno praticabile col passare del tempo. Certamente meglio una soluzione più morbida, come la doppia circolazione da me ipotizzata. La mia proposta, condivisa anche da diversi osservatori economici, contempla una riforma dell'unione monetaria che consenta ai Paesi membri che lo richiedano di mantenere la propria valuta nazionale in circolazione nel mercato interno e di utilizzare la moneta comune negli scambi esterni. L'euro diverrebbe in tal modo un'unità di conto internazionale per agevolare gli scambi fra Paesi europei (sul modello del «*bancor*» keynesiano), mentre la nuova moneta nazionale verrebbe emessa da Bankitalia. In tal modo il Paese riacquisterebbe una forma mediata di sovranità (parziale, in quanto il cambio con la moneta comune, l'euro, dovrebbe essere comunque semi-fisso), pur non rinunciando alla prospettiva d'integrazione europea. La BCE si trasformerebbe in una sorta di camera di compensazione fra debiti e crediti dei sistemi bancari dei Paesi membri, e si porrebbe a garanzia del debito estero degli stessi; mentre il debito interno sarebbe garantito dalle banche centrali nazionali.

Certamente, come tutte le azioni di politica economica, anche una scelta in tal senso avrebbe dei costi e dei benefici. Ma poiché sono assolutamente convinto che l'Europa così com'è non uscirà dalla crisi in cui versa, meglio quanto meno cominciare ad esaminare nel nostro Paese la possibilità di introdurre la doppia moneta, piuttosto che continuare a sperare in soluzioni miracolistiche che difficilmente si realizzeranno.

Emmanuele F.M. Emanuele**

** Presidente / Fondazione Roma

SINTESI

Nel testo sopra riportato l'Autore svolge interessanti considerazioni su come affrontare in Europa i problemi monetari prendendo in esame le possibili soluzioni.

ABSTRACT

In the paper above, the Author carries out interesting considerations on how to tackle monetary problems in Europe by considering possible solutions.

COME PREVENIRE LA CORRUZIONE ALL'INTERNO DEGLI ENTI LOCALI*

Ringrazio innanzitutto gli organizzatori per l'invito a partecipare, come relatore, a questo interessante Convegno.

Ho chiesto di parlare per ultimo, in questa tavola rotonda, per poter prima ascoltare le osservazioni e le critiche sollevate dagli altri relatori sui vari aspetti del problema in discussione, ai quali il mio intervento dovrà indirizzarsi.

Desideravo infatti raccogliere dalle osservazioni e dalle critiche dei relatori, informazioni utili che potessero confermare alcune convinzioni che mi sono da tempo formato.

Le informazioni acquisite, unite ai dati che avevo in precedenza raccolto, mi consentono quindi, dopo un'esposizione schematica di alcuni concetti di base, di formulare qualche proposta concreta su come organizzare un sistema di controlli destinato ad arginare la corruzione all'interno degli Enti comunali.

Cominciamo dai dati storico-normativi.

Per vari anni, prima come membro italiano del «Comitato consultivo per la riforma degli appalti pubblici» presso la Commissione europea a Bruxelles e poi come membro del Consiglio di formazione dei magistrati della Corte dei conti a Roma, mi sono occupato di problemi aventi attinenza con la corruzione e con fenomeni corruttivi.

Proprio con la Corte dei conti e con la Rappresentanza italiana della Commissione europea, la nostra Rivista, *Diritto comunitario e degli scam-*

* Sintesi dell'intervento al Convegno svoltosi a Reggio Emilia il 4 novembre 2016 sul tema: «Da Reggio Emilia l'anticorruzione partecipata ed efficace».

bi internazionali, ha organizzato a Roma, nel 2010, un Convegno dedicato alla lotta alla corruzione¹.

In tale Convegno è stata proposta una soluzione innovativa in materia di controlli anticorruzione. Preso atto che nell'amministrazione pubblica italiana venivano unicamente praticati controlli esterni con risultati di scarsa o nulla rilevanza, nel Convegno è stato proposto di introdurre un sistema di controlli analogo a quello previsto dalla normativa europea ed applicato da tempo, con successo, da tutti gli Stati membri, nei settori dell'alimentazione, della tutela ambientale e della tutela dei lavoratori sul luogo di lavoro.

Come è noto, il sistema introdotto dalla normativa europea nei settori appena indicati² ha consentito di rivoluzionare la tecnica dei controlli, migliorando notevolmente le prestazioni delle imprese che l'hanno adottata. Ad esempio, nel settore alimentare, per quanto riguarda l'Italia, l'abbinamento dei controlli interni eseguiti direttamente dalle imprese, ai controlli ufficiali esterni, effettuati dalle autorità di controllo, ha reso possibile un miglioramento impressionante della qualità dei prodotti alimentari sotto tutti i profili, al punto che il comparto alimentare italiano ha raggiunto, negli ultimi anni, il secondo posto in classifica, dopo quello della meccanica, con riferimento al PIL.

Per questo, la proposta presentata al citato Convegno prevedeva, anche all'interno della Pubblica Amministrazione, l'introduzione di controlli interni, eseguiti secondo tecniche specifiche che dovevano essere abbinati ai controlli esterni affidati alla Corte dei conti.

Tale proposta avrebbe dovuto essere accolta dal Governo e destinata ad essere portata in discussione in Parlamento, dove era in corso il dibattito sulla legge anticorruzione.

Trattandosi, però, di una proposta decisamente innovativa, la stessa non fu accolta dal Governo allora in carica e fu del tutto ignorata fino alla fine del 2011.

Con l'avvento del «Governo dei tecnici», che ha cominciato ad operare senza intralci a partire dal dicembre 2011, è stato istituito un "Comitato consultivo" incaricato di seguire i lavori parlamentari per la legge anticorruzione. Di tale Comitato facevano parte specialisti di varia estrazione,

¹ Cfr. la raccolta degli atti del Convegno in F. CAPELLI (a cura di), *Una battaglia di civiltà e per lo sviluppo - Combattere la corruzione e prevenire lo sperpero del pubblico denaro*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

² Per un approfondimento di tale sistema v. F. CAPELLI, *Trasparenza e lotta alla corruzione: necessità di avviare corsi di formazione in materia di controlli all'interno della pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*, 2013, p. 565.

compresi i magistrati della Corte dei conti ed alcuni procuratori della Repubblica, tra i quali *Raffaele Cantone*, che diventerà, in seguito, Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

Grazie all'assistenza e alla consulenza del predetto Comitato, è stato possibile far inserire nella nostra legislazione, in materia di lotta alla corruzione, anche alcune disposizioni sui controlli anticorruzione ispirati ai principi in precedenza indicati.

Volendo ora sintetizzare le disposizioni, contenute nel nostro ordinamento, che hanno rilevanza per la creazione e la messa a punto di un adeguato sistema di controlli in materia di lotta alla corruzione all'interno degli Enti comunali, possiamo ricorrere alla seguente schematica descrizione.

Negli Enti comunali sono legittimati ad operare, in materia di controlli, diversi soggetti ai quali vengono ora affidate funzioni di controllo interno.

I. In materia di appalti pubblici (ed ora anche in materia di concessioni) il soggetto incaricato dei controlli interni è qualificato «responsabile del procedimento» (la sua figura, come pure le sue funzioni, sono previste dalla normativa sugli appalti pubblici).

II. In materia di lotta alla corruzione, il soggetto incaricato dei controlli interni è qualificato «responsabile anticorruzione» (la sua figura e le sue funzioni sono, in particolare, previste dall'art. 1, par. 7, della legge anticorruzione n. 190/2012).

III. In materia di trasparenza amministrativa, il soggetto incaricato dei controlli interni è qualificato «responsabile della trasparenza» (la sua figura e le sue funzioni sono previste dagli artt. 43 ss. del dlgs sulla trasparenza n. 33/2013, modificato dal dlgs n. 97/2016. È da notare che, se l'organo politico competente lo decide, la figura del responsabile anticorruzione e quella del responsabile della trasparenza possono essere riunite nello stesso soggetto).

IV. In materia di gestione amministrativa il soggetto incaricato dei controlli interni è qualificato «responsabile di gestione» (la sua figura e le sue funzioni sono previste dagli attuali artt. 147 e 147 *bis* del Testo Unico degli Enti locali, così come modificato dalla legge n. 213/2012).

V. In materia di contabilità, il soggetto incaricato dei controlli interni è qualificato «agente contabile» (la sua figura e le sue funzioni sono previste dagli artt. 137 ss. del recente dlgs n. 174/2016 che costituisce il c.d. «Codice di giustizia contabile»).

Ai dati storico-normativi appena esposti, vorrei ora aggiungere alcuni altri dati che ho appena raccolto leggendo il libro di *Michele Corradino*, Consigliere di Stato e membro del Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

Il libro di Corradino, dal titolo «*È normale..., lo fanno tutti*»³, risulta sostanzialmente composto dal testo trascritto delle intercettazioni telefoniche che la magistratura inquirente ha utilizzato nei procedimenti penali contro gli imputati di atti di corruzione e di malaffare.

Dai dati rilevabili da tali intercettazioni si può chiaramente dedurre che:

a. in quasi tutti i procedimenti ai quali le intercettazioni si riferiscono, risultavano coinvolti imputati che avevano maneggio del pubblico denaro e, in particolare, soggetti legati, direttamente o indirettamente, a procedure di appalti pubblici o ad erogazioni di finanziamenti tramite fondi pubblici di origine nazionale o europea.

b. In quasi tutti i procedimenti penali per i quali le intercettazioni sono state effettuate, l'accusa di corruzione riguardava funzionari pubblici che accettavano remunerazioni, compensi o vantaggi per i "servizi" resi.

c. Generalmente, dalle intercettazioni effettuate, si ricava l'impressione che le persone coinvolte nei procedimenti penali consideravano "cosa normale" ricevere vantaggi come compenso per comportamenti anche illeciti (contrari a norme imperative).

I dati appena riferiti conducono ad una univoca conclusione. All'interno della pubblica amministrazione italiana, i controlli preventivi anticorruzione non funzionano e i soli controlli che hanno avuto successo, sono unicamente quelli repressivi della magistratura penale che arrivano però, in genere, quando ormai le violazioni sono state commesse e il pubblico denaro è stato sperperato.

Dalla conclusione appena riportata, possiamo ora ricavare un preciso insegnamento.

All'interno della nostra pubblica amministrazione, a cominciare da quella degli enti locali, occorre introdurre un sistema di controlli preventivi che sia effettivamente in grado di funzionare.

Per identificare il sistema di controllo più adeguato, occorre tener conto non solo dei dati in precedenza esaminati, ma anche delle informazioni raccolte dagli interventi dei vari relatori che mi hanno preceduto.

Due informazioni, riprese da tali interventi, mi sembrano utili per completare il nostro ragionamento.

Nel primo intervento viene lamentata l'eccessiva rilevanza attribuita al comportamento dei funzionari della pubblica amministrazione nella commissione di atti illeciti, mentre vengono trascurate le gravissime responsabilità imputabili agli esponenti del mondo della politica ed ai partiti politici.

³ M. CORRADINO, *È normale..., lo fanno tutti*, Milano, Chiarelettere, 2016.

A questo riguardo potrei subito osservare che le responsabilità dei partiti e degli esponenti del mondo politico appaiono innegabili e sono enormi, ma che è molto difficile ipotizzare che un atto illecito, consistente nell'erogazione indebita di pubblico denaro o di altri vantaggi connessi all'applicazione di disposizioni normative od amministrative, possa essere commesso da un esponente politico senza un collaterale intervento con l'interessata connivenza o complicità di un pubblico funzionario.

D'altra parte, dal libro di Corradino si deduce che quando le intercettazioni sono effettuate nei procedimenti penali che riguardano uomini politici, immancabilmente vengono coinvolti anche funzionari pubblici che con i primi risultano collegati.

Ne consegue che un sistema efficace dei controlli, in grado di prevenire le condotte illecite dei funzionari pubblici, consentirà anche di arginare le interferenze degli uomini politici corrotti.

La seconda informazione utile, ricavata dagli interventi degli altri relatori, si riferisce al senso di abbandono e di isolamento che provano i funzionari pubblici incaricati di svolgere l'attività di controllo all'interno dell'amministrazione. Si sentono invisibili ed esposti a critiche malevoli.

Orbene, questa informazione deve essere considerata estremamente importante, perché rafforza la nostra convinzione sulla necessità di far ricorso al meccanismo, in grado di far funzionare il sistema dei controlli, al quale ci siamo all'inizio riferiti.

Cerchiamo di chiarire meglio il nostro pensiero.

I cinque soggetti delegati ai controlli, sopra menzionati, esercitano le loro funzioni sulla base di norme diverse che perseguono obiettivi diversi e, quindi, possono normalmente operare svolgendo singolarmente le loro rispettive attività in modo separato.

Poiché, però, il risultato che deve essere conseguito da un Ente comunale ben governato è quello di realizzare una buona gestione amministrativa non contaminata dalla corruzione e dal malaffare, appare necessario, a mio avviso, coordinare l'attività dei soggetti predetti, mettendoli, per così dire, in rete, in modo che ciascuno di essi possa contribuire, con le proprie informazioni, ad aiutare l'attività degli altri nell'esecuzione dei rispettivi controlli.

A tale scopo si potrebbero adattare le banche dati esistenti in modo da agevolare lo scambio di informazioni nel senso sopra indicato.

Mettendo in rete i cinque soggetti addetti ai controlli, si eviterà che qualcuno di essi possa sentirsi isolato, perché, pur con diverse modalità e sulla base di competenze diverse, tutti contribuiranno al buon funzionamento del sistema dei controlli. Verrebbe anche meno in loro il senso di colpa.

In questo modo, i cinque soggetti coordinati dall'Ente comunale, operando come "controllori interni" in permanente collegamento con la Corte dei conti competente per territorio e, nei casi in cui le norme lo prevedano, con l'Autorità Nazionale Anticorruzione, che fungono da "controllori esterni", potranno svolgere una proficua ed efficace attività di controllo.

A questo punto, a nostro avviso, il cerchio si chiude: i controlli interni dei cinque soggetti fra loro coordinati, abbinati a quelli esterni della Corte dei conti ed eventualmente dell'ANAC, potranno rendere possibile il funzionamento di un sistema di controllo preventivo che in Italia non è mai esistito.

Fausto Capelli

SINTESI

Nel testo sopra riportato l'A. ha esposto la propria tesi sulle modalità da impiegare per prevenire la corruzione all'interno degli Enti locali. Secondo l'A., la prevenzione della corruzione è possibile soltanto se viene applicato un sistema di controllo che abbinati i controlli interni – eseguiti dai funzionari degli stessi enti locali – ai controlli esterni di competenza della Corte dei conti (e di altre Autorità legittimate ad eseguire i controlli esterni).

ABSTRACT

In the paper above, the A. has presented his thesis on how to prevent corruption within local Institutions. According to the A., prevention of corruption is possible only if the control system combines internal controls – performed by local officials – with external controls which fall under the jurisdiction of the Court of Auditors (and of other Authorities authorized to carry out external controls).

RECENSIONI

Ugo Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, V edizione riveduta ed aggiornata, Collana di studi sull'integrazione europea, Bari, Cacucci Editore, 2017, € 40,00

Nel variegato panorama della migliore dottrina italiana che, com'è noto, annovera un'eccellente produzione di manuali di Diritto dell'Unione europea si segnala l'opera qui recensita. Essa costituisce la quinta edizione – riveduta ed aggiornata rispetto alle precedenti – di un volume che, nella sequenza delle sue riedizioni (la prima risale al 2008), testimonia come il diritto istituzionale dell'Unione europea sia contrassegnato da un *continuum* evolutivo cui contribuisce, ampiamente, la giurisprudenza dell'Unione europea.

Nell'opera il riconoscimento tributato all'apporto giurisprudenziale al fine di definire il *diritto vivente* emerge con immediatezza per effetto dei cospicui riferimenti a brani di sentenze particolarmente significative e/o più recenti che impreziosiscono il testo: una giurisprudenza (prevalentemente) della Corte di giustizia e del Tribunale che, in ragione della consistenza e della tipologia dei richiami, assume un ruolo quasi *pariordinato* rispetto al dato normativo – soprattutto il diritto primario e, in alcuni casi, il diritto derivato – nella ricostruzione del sistema giuridico-istituzionale dell'Unione europea.

Il manuale, nella sua articolata e completa strutturazione, costituisce uno strumento prezioso per lo studio di tale sistema. Oltre al capitolo iniziale sulle origini, evoluzione e caratteri dell'integrazione europea ed a quello finale sui rapporti tra l'ordinamento dell'Unione e quello italiano, gli altri sette capitoli del volume sono dedicati rispettivamente alla trattazione di: obiettivi, valori e principi dell'UE, principi delimitativi delle competenze tra organizzazione e Stati membri, cittadinanza europea, istituzioni, procedimenti interistituzionali, fonti e competenze giudiziarie.

Rispetto alle precedenti versioni l'edizione qui recensita riflette ampiamente il momento attuale di ripensamento sulle ragioni fondanti della costruzione europea laddove il recesso del Regno Unito costituisce un «evento appariscente» ma non l'unico segnale di una più ampia situazione di crisi e forse di «involuzione del processo di integrazione europea», produttiva di «serie implicazioni economiche, sociali, politiche» (come l'A. sottolinea nella prefazione).

Il ricorso ad un piano di esposizione lineare, ad un linguaggio chiaro e ad un'efficace diversificazione dei caratteri tipografici che facilita la lettura, rendono il volume particolarmente idoneo a soddisfare esigenze didattiche senza che tale destinatarietà infici la completezza della trattazione: lo prova un *manuale istituzionale* che, tuttavia, per l'accuratezza nell'inquadramento dei temi e per l'eshaustività della bibliografia finale (suddivisa per capitoli e adeguatamente ricognitiva tanto delle opere generali che di quelle settoriali, per un totale di quarantasei pagine), si configura, per certi versi, anche come *manuale monografico*.

Angela Di Stasi*

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea e di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno

Hanno collaborato a questo numero:

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara; cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

BERNARDO CALABRESE, *Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Udine; assegnista di ricerca in Diritto commerciale / Alma Mater Studiorum - Università di Bologna*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista (www.capellilex.it)*

ANGELA DI STASI, *Ordinario di Diritto dell'Unione europea e di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Salerno*

EMMANUELE F.M. EMANUELE, *Presidente / Fondazione Roma*

PAOLO DAVIDE FARAH, *West Virginia University, John D. Rockefeller IV, School of Policy and Politics, Department of Public Administration and College of Law (WV, USA); Founder, President, Director, Principal Investigator, Research Scientist and Senior Fellow, gLAWcal – Global Law Initiatives for Sustainable Development (United Kingdom)*

MARCO PINARDI, *Notaio in Roma*

GIAN FRANCO SIMONINI, *Avvocato / Foro di Modena; Docente a contratto / Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

ENRICO TRAVERSA, *Consigliere giuridico principale, Direttore dell'équipe «Giustizia e affari interni» del Servizio giuridico della Commissione europea*

RICCARDO TREMOLADA, *Research Associate, gLAWcal – Global Law Initiatives for Sustainable Development (United Kingdom); LL.M. Candidate (Harvard Law School); Ph. D. (Università di Napoli - Federico II); S.J.D. Candidate (Shanghai JiaoTong University)*

PIETRO TROIANIELLO, *Avvocato / Foro di Roma*

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Trimestrale diretto da *F. Capelli*

INDICE 2017

ARTICOLI

Bernardo Calabrese - L'assetto delle competenze europee e nazionali in materia di proprietà industriale e intellettuale con particolare riferimento alle indicazioni geografiche
(*The Order of European and National Competences on Intellectual Property with Particular Reference to Geographical Indications*)

Pag. 539

Fausto Capelli - Cultura dell'etica e della legalità in un mondo dominato dalla politica e dall'economia (*Come tutelare gli interessi della generalità dei cittadini e provvedere alla difesa dei beni comuni*) - PARTE PRIMA - Etica e legalità in politica e in economia: definizioni ed evoluzione storica
(*Culture of Ethics and Legality in a World Dominated by Politics and Economics* (How to Safeguard the Interests of the Citizens and Provide for the Defense of Common Goods) - PART ONE - *Ethics and Legality in Politics and Economics: Definitions and Historical Evolution*)

» 1

Fausto Capelli - Cultura dell'etica e della legalità in un mondo dominato dalla politica e dall'economia (*Come tutelare*

- gli interessi della generalità dei cittadini e provvedere alla difesa dei beni comuni) - PARTE SECONDA - Etica e legalità in politica e in economia nel sistema degli Stati democratici* Pag. 267
(Culture of Ethics and Legality in a World Dominated by Politics and Economics (How to Safeguard the Interests of the Citizens and Provide for the Defense of Common Goods) - PART SECOND - Ethics and Legality in Politics and Economics inside Democratic Countries)
- Valentina Petralia - La PESC e i suoi confini materiali. Il contributo delle istituzioni "minori" alla loro delimitazione* » 19
(The Material Boundaries of the EU CFSP. The Contribution of the "Minor" Institutions to Their Delimitation)
- Monica Spatti - Gli strumenti per rafforzare il rispetto dei valori dell'Unione europea da parte degli Stati membri: la proposta del Parlamento europeo* » 317
(The Instruments to Strengthen the Respect of the Values of the European Union by Member States: the Proposal of the European Parliament)
- Enrico Traversa - La storia giuridica "segreta" del programma Erasmus (1985-87)* » 513
(The Juridical Unknown Story of the Erasmus Program (1985-87))

COMMENTI

- Michela Capozzolo - La contumacia quale *ficta confessio* ai fini della nozione di credito «non contestato»* » 61
*(The Default as *ficta confessio* Respect to the Concept of «Uncontested Claim»)*
- Paola De Franceschi - Il *ne bis in idem* nei reati tributari. Procedure parallele: una coesistenza difficile ma possibile* » 373
(Ne bis in idem in Tax Crimes. Parallel Procedures: a Coexistence Difficult but Possible)
- Paolo Davide Farah - Riccardo Tremolada - La cooperazione energetica dell'Unione Europea e il gas naturale nel Bacino di Levante: quale ruolo per l'Associazione delle Autorità dell'Energia del Mediterraneo (MedReg)?* » 675
(EU Energy Cooperation and Natural Gas in the Levant Basin: Assessing the Role of the Mediterranean Energy Regulators' Association)

- Federico Ferri - Il marchio dell'Unione europea tra legislazione e giurisprudenza: la recente evoluzione del diritto dei marchi Ue* Pag. 167
(*The European Union Trade Mark within Legislation and Case Law: the Recent Evolution of the Law Relating to EU Trade Marks*)
- Federico Forni - Medicinale galenico e pubblicità: questo matrimonio non s'ha da fare?* » 83
(*Galenic Formulation and Advertising: Is this Marriage not to Be Performed?*)
- Federico Forni - La legge dell'infinitamente piccolo: Unione europea e nanomateriali* » 411
(*The Law of Infinitely Small: European Union and Nanomaterials*)
- Antonio Oddo - Il Consiglio di Stato nel dare attuazione ad una decisione della Corte di giustizia condanna la pubblica amministrazione al risarcimento dei danni per violazione della direttiva n. 98/34/Ce in materia di ostacoli tecnici al commercio* » 141
(*The Italian State Council Implementing a Decision of the Court of Justice has Condemned the Public Administration to Restore Damages for Breach of Directive no. 98/34/Ec Concerning Technical Obstacles on Trade*)
- Marco Pinardi - Aiuti di Stato: il settore del trasporto aereo dopo "Brexit"* » 649
(*State Aid: the Aviation Sector after "Brexit"*)
- Daniele Pisanello - Divieto di utilizzo di denominazioni lattiero-casearie per designare prodotti esclusivamente vegetali: tra regolazione dei mercati agricoli e protezione del consumatore "suo malgrado"* » 341
(*Prohibition on the Use of Dairy Products Designations on Vegetable Products: Considerations between Agricultural Markets Regulation and Consumer Protection*)
- Gian Franco Simonini - Il problema della distrazione del conducente di una vettura indotta dall'utilizzo dei sistemi informatici di bordo (Why is technology an issue?)* » 213
(*The Problem of Driver Distraction Induced by the Use of In-Vehicle Computer Systems - Why is Technology an Issue?*)

Gian Franco Simonini - Il curioso caso degli *air bag* Takata
(*The Curious Case of Air Bag Takata*) Pag. 467

Gian Franco Simonini - L'accertamento amministrativo sui
requisiti essenziali di sicurezza di una macchina può essere
eseguito dal Giudice ordinario? » 631
(*The Administrative Assessment on the Essential Safety Require-
ments of a Machine Can it Be Performed by any Judge, Either Civ-
il or Criminal?*)

Pietro Troianiello - La trasformazione transfrontaliera delle
società quale esercizio della libertà di stabilimento » 595
(*Cross-border Conversion of a Company as Exercise of Freedom
of Establishment*)

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

Fausto Capelli - Come prevenire la corruzione all'interno de-
gli Enti locali » 709
(*How to Prevent Corruption Inside Local Institutions*)

Emmanuele F. M. Emanuele - Il futuro dell'Europa? La dop-
pia circolazione » 701
(*The Europe's Future? The Double Circulation*)

Giuseppe Portale - Dalla «pietra del vituperio» al «*bail-in*» » 487
(*From «pietra del vituperio» to the «Bail-In»*)

Marco Vitale - Amore e coraggio. Riflessioni sull'enciclica
«*Laudato si'*» » 253
(*Love and courage. Reflections on Encyclical «Laudato si'»*)

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

**Libera circolazione delle decisioni giudiziarie: per la Corte
di giustizia un credito è «non contestato» quando il debitore
non si costituisce in giudizio, benché invitato con atti scritti,
o non compare in udienza**

Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2016 in causa
n. C-511/14

Pebros Servizi Srl c. Aston Martin Lagonda Ltd Pag. 59
(con commento di *Michela Capozzolo*)

Pubblicità e medicinali galenici

Sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2016 in causa
n. C-276/15

*Hecht-Pharma GmbH c. Hohenzollern Apotheke, Winfried
Ertelt* » 81
(con commento di *Federico Forni*)

La Corte di giustizia conferma il divieto di usare nella commercializzazione e nella pubblicità di prodotti vegetali la denominazione «latte» e le denominazioni riservate ai prodotti lattiero-caseari

Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2017 in causa
n. C-422/16

Verband Sozialer Wettbewerb Ev c. TofuTown.com GmbH » 339
(con commento di *Daniele Pisanello*)

Per la Corte di giustizia l'esercizio della libertà di stabilimento include la possibilità per una società con sede legale in uno Stato membro di trasferire solo la propria sede legale in un altro Stato membro pur mantenendo la propria sede effettiva nel primo Stato membro

Sentenza della Corte di giustizia del 25 ottobre 2017 in causa
n. C-106/16

Polbud– Wykonawstwo sp. z o.o., in liquidazione » 593
(con commento di *Pietro Troianiello*)

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

Diritto d'autore: la Corte di giustizia si pronuncia sulla diffusione di programmi per elaboratore e di lettori multimediali senza l'autorizzazione del titolare

Sentenza della Corte di giustizia del 12 ottobre 2016 in causa
n. C-166/15

Aleksandrs Ranks, Jurijs Vasilevičs, in presenza di: Finanšu un ekonomisko noziegumu izmeklēšanas prokuratūra, Microsoft Corp. » 131

Nell'ambito della libera circolazione delle persone la Corte di giustizia ha precisato le condizioni per la concessione di una borsa di studio per il figlio di un lavoratore frontaliero

Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2016 in causa n. C-238/15

Maria do Céu Bragança Linares Verruga e altri c. Ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche

Pag. 355

Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 2016 in cause riunite da n. C-401/15 a n. C-403/15

Noémie Depesme e a. c. Ministre de l'Enseignement supérieur et de la recherche

» 356

La Corte di giustizia indica i criteri per la determinazione dell'ammenda a carico dei partecipanti ad un'intesa contraria alla normativa antitrust

Sentenza della Corte di giustizia del 26 gennaio 2017 nella causa n. C- 619/13 P

Mamoli Robinetteria SpA c. Commissione europea

» 115

Il Tribunale accoglie due ricorsi di cittadini europei e annulla le decisioni della Commissione per la mancanza di motivazione nel rifiuto di registrazione della proposta di iniziativa e per la difesa del principio di democrazia

Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 3 febbraio 2017 in causa n. T-646/13

Bürgerausschuss für die Bürgerinitiative Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe sostenuto da Ungheria c. Commissione europea sostenuta da Repubblica Slovacca e da Romania

» 117

La Corte di giustizia interpreta la direttiva sulla pubblicità comparativa nell'ambito di un confronto di prezzi di prodotti venduti in negozi diversi quanto a dimensioni o tipologia

Sentenza della Corte di giustizia dell'8 febbraio 2017 in causa n. C-562/15

Carrefour Hypermarchés SAS c. ITM Alimentaire Internationale SASU

» 122

Tutela dei consumatori nell'ambito delle comunicazioni telefoniche con riferimento alle tariffe richieste

Sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 2017 in causa n.

- C-568/15
Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main eV c. comtech GmbH Pag. 125
- Il datore di lavoro può vietare il velo islamico alla dipendente**
 Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2017 in causa n. C-157/15
Samira Achbita e Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. G4S Secure Solutions NV » 126
- Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2017 in causa n. C-188/15
Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA, già Micropole Univers SA » 127
- Reti e servizi di comunicazione elettronica: il consenso prestato dagli abbonati per l'inserimento in un elenco nazionale vale per l'inserimento in elenchi in tutta l'Unione europea**
 Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2017 in causa n. C-536/15
Tele2 (Netherlands) BV, Ziggo BV, Vodafone Libertel BV c. Autoriteit Consument en Markt (ACM) con l'intervento di: European Directory Assistance NV » 358
- Diritto d'autore: la Corte di giustizia si pronuncia sulla diffusione di programmi per elaboratore e di lettori multimediali senza l'autorizzazione del titolare**
 Sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2017 in causa n. C-527/15
Stichting Brein c. Jack Frederik Wullems » 130
- Il Tribunale accoglie due ricorsi di cittadini europei e annulla le decisioni della Commissione per la mancanza di motivazione nel rifiuto di registrazione della proposta di iniziativa e per la difesa del principio di democrazia**
 Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 10 maggio 2017 in causa n. T-754/14
Michael Efler e altri c. Commissione europea » 119
- La compagnia aerea, senza la prova che i passeggeri siano stati informati della cancellazione del volo, è tenuta a risar-**

cire il danno ai sensi del Regolamento (Ce) n. 261/2004

Sentenza della Corte di giustizia dell'11 maggio 2017 in causa n. C-302/16

Bas Jacob Adriaan Krijgsman c. Surinaamse Luchtvaart Maatschappij NV

Pag. 134

Pirateria internet e diritti di autore

Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2017 in causa n. C-610/15

Stichting Brein c. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV

» 360

Limitazioni imposte dalla normativa europea all'utilizzo dei nomi: latte, crema di latte e panna

Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2017 in causa n. C-422/16

Verband Sozialer Wettbewerb eV c. TofuTown.com GmbH

» 362

Esenzioni fiscali a favore della Chiesa cattolica

Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2017 in causa n. C-74/16

Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania c. Ayuntamiento de Getafe

» 363

Le spese di annullamento viaggio richieste dalle compagnie aeree possono essere abusive - Cancellazione del volo e risarcimento per i passeggeri

Sentenza della Corte di giustizia del 6 luglio 2017 in causa n. C-290/16

Air Berlin plc & Co. Luftverkehrs KG c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV

» 365

Sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2017 in causa n. C-559/16

Birgit Bossen e a. c. Brussels Airlines SA/NV

» 366

Tutela dei consumatori e obblighi di informazione nell'ambito dei mutui espressi in valuta estera

Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2017 in causa n. C-186/16

Ruxandra Paula Andriciuc e altri c. Banca Românească SA

» 368

Sulla commercializzazione *on line* dei prodotti biologici la Corte di giustizia non riconosce alcuna esenzione

Sentenza della Corte di giustizia del 12 ottobre 2017 in causa n. C-289/16

Kamin und Grill Shop GmbH c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV

Pag. 615

Interpretazione della direttiva n. 2001/29/Ce nell'ambito della ritrasmissione di programmi televisivi: l'offerta di programmi registrati su *cloud* è soggetta al diritto d'autore

Sentenza della Corte di giustizia del 29 novembre 2017 in causa n. C-265/16

VCAST Limited c. RTI SpA

» 616

Registrazione dei segni «Master» e «MI PAD» come marchi comunitari

Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 5 dicembre 2017 in causa n. T-893/16

Xiaomi, Inc. c. Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO)

» 619

Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 7 dicembre 2017 in causa n. T-61/16

The Coca-Cola Company c. Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO)

» 620

Interpretazione della direttiva n. 95/46/Ce nell'ambito di un reclamo presentato da un candidato in un concorso tendente a contestare il risultato dell'esame sostenuto

Sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017 in causa n. C-434/16

Peter Nowak c. Data Protection Commissioner

» 618

Il gelato può essere venduto con la denominazione «Champagner Sorbet» se il gusto è allo Champagne

Sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017 in causa n. C-393/16

Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne c. Aldi Süd Dienstleistungs - GmbH & Co.OHG, con l'intervento di Galana NV

» 622

Divieto per i distributori di prodotti di lusso di ricorrere ad un terzo soggetto non autorizzato nella vendita *on line*

Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2017 in causa n. C-230/16

Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH

Pag. 625

Il Regolamento (Ue) n. 1259/2010 non trova applicazione in caso di «divorzi privati»

Sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017 in causa n. C-372/16

Soha Sahyouni c. Raja Mamisch

» 627

**GIURISPRUDENZA
ITALIANA E STRANIERA**

Il Consiglio di Stato – sulla base di una decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea – condanna l'amministrazione al risarcimento del danno riformando la sentenza del TAR del Lazio che aveva indebitamente ritenuto legittimo un provvedimento nazionale restrittivo della libera circolazione delle merci

Sentenza del Consiglio di Stato, sezione III, del 22 settembre-24 novembre 2016 n. 4954

Beca Engineering srl c. Ministero dell'interno e altri
(con commento di *Antonio Oddo*)

» 137

La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia sui limiti all'applicabilità del principio *ne bis in idem*

Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 15 novembre 2016 - ricorsi n. 24130/11 e n. 29758/11

A. e B. c. Norvegia

(con commento di *Paola De Franceschi*)

» 371

I requisiti essenziali di sicurezza di una macchina all'esame del giudice civile

Ordinanza del Tribunale di Siena, sezione unica, del 22 aprile 2017

Consorzio di Bonifica Oristanese c. Arnus Srl - Generali Italia Spa - CNH Spa

(con commento di *Gian Franco Simonini*)

» 629

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Gli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree nei nuovi orientamenti della Commissione europea

Orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree -
(con il contributo di *Marco Pinardi*)

Pag. 647

Versione codificata del Regolamento sul marchio europeo adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio

Regolamento (Ue) n. 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017 sul marchio dell'Unione europea (versione codificata)
(con il contributo di *Federico Ferri*)

» 165

I Regolamenti europei contenenti le definizioni di nanomateriali con riferimento a specifici settori

Tabella riepilogativa
(con il contributo di *Federico Forni*)

» 409

Consiglio europeo

Riunione straordinaria del Consiglio europeo del 29 aprile 2017 - Orientamenti a seguito della notifica del Regno Unito a norma dell'art. 50 del TUE

» 201

Conclusioni del Consiglio europeo del 22 e 23 giugno 2017

» 461

Conclusioni del Consiglio europeo del 19 ottobre 2017

» 665

Conclusioni del Consiglio europeo del 20 ottobre 2017 (art. 50)

» 667

Conclusioni del Consiglio europeo del 14 dicembre 2017

» 668

Riunione del Consiglio europeo del 15 dicembre 2017 (art. 50) - Orientamenti

» 669

DOCUMENTAZIONE

Cooperazione energetica dell'Unione europea con i Paesi terzi: ruolo dell'Associazione delle Autorità dell'energia del Mediterraneo (MedReg)

Guidelines of Good Practice on Third Party Access in the Mediterranean Region

(con il contributo di *Paolo Davide Farah e Riccardo Tremolada*)

» 671

I pericoli che gli strumenti di bordo possono creare al conducente di una vettura

Salvare vite umane: migliorare la sicurezza dei veicoli nell'UE -

Relazione sul monitoraggio e la valutazione delle caratteristiche avanzate di sicurezza dei veicoli, del loro rapporto costi-benefici e della fattibilità di una revisione dei regolamenti sulla sicurezza generale dei veicoli e sulla protezione dei pedoni e di altri utenti della strada vulnerabili (Doc. Com(2016)787 fin. del 12 dicembre 2016)

(con il contributo di *Gian Franco Simonini*)

Pag. 207

Gli *air bag* Takata: il più grande scandalo nella storia del settore automobilistico

Il difettoso funzionamento degli *air bag* ha causato il ritiro dal mercato di oltre trecento milioni di veicoli (*nota redazionale*)

(con il contributo di *Gian Franco Simonini*)

» 465

RECENSIONI

Susanna Cafaro, *L'Unione Economica e Monetaria dopo la crisi. Cosa abbiamo imparato?* (Giuseppe Gioffredi)

» 261

Massimo Panebianco, *Codici Diplomatici Internazionali e Diritto europeo* (Miriam Immediato)

» 505

Mario Savino (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea. Diagnosi e prospettive* (Renzo Rossolini)

» 503

Ugo Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea* (Angela Di Stasi)

» 715

Hanno collaborato

263, 509, 717

Indice 2017

» 719